

## ABHANDLUNGEN

### Grundfragen des gewerblichen Grundstückshandels

Von Richter am BFH Dr. Peter Fischer, München

#### I. Die Rechtsgrundlage

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des EStG (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Hierzu bestimmt § 15 Abs. 2 EStG:

„Eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, ist Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit im Sinne des Einkommensteuerrechts anzusehen ist.“

Das durch die Rechtsprechung geschaffene (ungeschriebene) negative Tatbestandsmerkmal besagt, daß sich die Tätigkeit nicht als private Vermögensverwaltung (§ 14 AO)<sup>1</sup> darstellen darf. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z. B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) *entscheidend in den Vordergrund tritt*<sup>2</sup>. Bereits hier sei angemerkt, daß die Kennzeichnung als „Ausnutzung von Vermögenswerten durch Umschichtung“ nur für die Fallgruppe des „Handels“, nicht aber für die der grundstücksbezogenen „Produktion für den Markt“ (unten IV. 6., VI. 3. und 4.) paßt.

<sup>1</sup> Hierzu Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Kommentar, § 14 AO.

<sup>2</sup> Erstmals BFH v. 2.11.1971 VIII R 1/71, BStBl II 1971, 360; seither ständige Rechtsprechung; Großer Senat des BFH v. 3.7.1995, GrS 1/93, BStBl II 1995, 617, unter C. I [= MittBayNot 1995, 492].

#### II. Typus versus Klassenbegriff – ein methodologisches Lehrstück

##### 1. Von den Typen des Händlers und des Produzenten

Bereits das Preußische OVG und der RFH<sup>3</sup> hatten zur ein- kommen- und gewerbesteuerrechtlichen Beurteilung des gewerblichen Grundstückshandels eine umfangreiche und ursprünglich typologisch orientierte Judikatur entwickelt. Danach erzielt ein Steuerpflichtiger durch den An- und Verkauf bzw. durch den Verkauf von nicht zu einem Betriebsvermögen gehörenden Grundstücken – unter weiteren Voraussetzungen – Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn er

- *unbebaute oder bebaute* Grundstücke, die er in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht erworben hat, in zeitlichem Zusammenhang mit dem Erwerb veräußert, d. h. „wie ein Grundstückshändler“ – ohne zwischenzeitliche werterhöhende Maßnahmen – „durchhandelt“ oder
- Grundstücke veräußert, nachdem er diese aufgrund einer (bei oder nach Erwerb gefaßten) zumindest bedingten Veräußerungsabsicht *entweder bebaut* hat („wie ein Bauunternehmer“ oder „wie ein Bauträger“)<sup>4</sup> oder der Bebauung rechtliche bzw. wirtschaftlich gleichwertige werterhöhende Maßnahmen vorgenommen hat, die über eine „technisch bedingte Parzellierung“ hinausgehen („wie ein Sanierungs-<sup>5</sup> oder Erschließungsunternehmer“)<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Zur Rechtsentwicklung Fischer, Gewerbliche Betätigung am Grundstücksmarkt – Zu den rechtlichen Typen des Grundstückshändlers und des Bauunternehmers, FR 1995, 803.

<sup>4</sup> BFH v. 23.10.1987 III R 275/83, BStBl II 1988, 293; v. 22.3.1990 IV R 23/88, BStBl II 1990, 637.

<sup>5</sup> BFH v. 17.3.1981 VIII R 149/78, BStBl II 1981, 522.

<sup>6</sup> BFH v. 26.1.1961 IV 138/58, HFR 1961, 219; v. 28.9.1961 IV 5/59, BStBl III 1962, 32; v. 28.6.1984 IV R 156/81, BStBl II 1984, 798; zuletzt BFH v. 5.10.1989 IV R 35/88, BFH/NV 1991, 317, jeweils m.w.N.

- oder ohne Verkaufsabsicht erworbene Grundstücke veräußert, nachdem er aufgrund nachträglich gefaßter zumindest bedingter Veräußerungsabsicht auf zusätzliche Wertschöpfung gerichtete Tätigkeiten entfaltet hat, die der Bebauung rechtlich gleichzustellen sind (*Modernisierung* „in nicht unerheblichem Umfang“)<sup>7</sup>.

## 2. Typus und Tatbestandsbestimmtheit

Die typologische Sicht kommt auch in der Aussage zum Ausdruck, daß in Zweifelsfällen die gerichtsbekannt und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend ist, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, *dem Bild entspricht*, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist<sup>8</sup>. Diese Verweisung auf „die Verkehrsauffassung“ ist normativ fruchtbarer als eine begriffliche Umschreibung. In Bezug genommen wird das „Bild des Gewerbebetriebs“ – besser: „die (Ur-)Bilder des Gewerbebetriebs“ in Gestalt von Handel, Produktion und – damit wird die Trias vervollständigt – dienstleistendem Gewerbe, wie sie ausdrücklich – anders als im ebenso wie § 15 Abs. 2 EStG „klassenbegrifflich“ formulierten § 2 UStG – in Art. 4 der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie als die Grundtypen unternehmerischer Betätigung benannt werden. Die hier zutage tretende Antinomie von „Begriffsbildung und Subsumtion“ einerseits und „Typenbildung und Zuordnung“ andererseits bildet einen Konflikt methodologischer Grundauffassungen ab. Zahlreiche Autoren feinden die typologisch orientierte Tatbestandsbildung als rechtsstaatlich unbestimmt an<sup>9</sup>. M.E. zu Unrecht, denn es ist offensichtlich, daß sich die Anwendungsergebnisse einer klassenbegrifflichen Handhabung des § 15 Abs. 2 EStG, welche sich z.B. in Endlos-Paraphrasen eines Tatbestandsmerkmals „Nachhaltigkeit“ erschöpft, nicht mehr an einer selbst manifesten Verkehrsanschauung verproben lassen. Beispielsweise mutet es befremdlich an, daß die Errichtung von zwei Supermärkten zum Zwecke der Veräußerung und deren zeitnaher Absatz am Grundstücksmarkt mangels einer von der Zahl der veräußerten Objekte abhängenden Nachhaltigkeit von *Absatzgeschäften* – es werden nur „zwei Objekte“ veräußert – als vermögensverwaltende Tätigkeit reklamiert wurde, obwohl der schon aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit gebotene typologische Abgleich mit der Tätigkeit eines Bauträgers/Bauunternehmers wegen der Produktion für den Markt eindeutig Gewerblichkeit indiziert (unten VI.3.) und von einer „Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten“ offenkundig nicht mehr die Rede sein kann. Es soll ernstlich zweifelhaft sein, ob eine GbR, die drei Wohnhäuser mit insgesamt 32 Mietwohnungen errichtet und veräußert, gewerblich tätig ist<sup>10</sup>. Ein anderes Beispiel: Der er-

folglose Grundstückshändler, dem nur die Veräußerung eines einzigen Grundstücks gelingt, ist für eine begriffliche Ausdeutung des Tatbestandsmerkmals „nachhaltig“ ein kaum zu bewältigendes Problem – in gleicher Weise wie der erfolglose Unternehmer, der über die Vorbereitung von Umsätzen nicht hinauskommt und *insofern* nicht „nachhaltig“ i. S. des § 2 Abs. 2 UStG tätig ist. Das vergleichbare umsatzsteuerrechtliche (Schein-)Problem hellt sich auf, wenn man wie der EuGH im Falle INZO<sup>11</sup> nach näherer Maßgabe des Art. 4 Abs. 2 der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie auf den wirtschaftlichen Gehalt der Trias „typischer“ unternehmerischer Tätigkeiten abstellt. Andererseits betätigt sich „nachhaltig“ auch derjenige, der hobbymäßig Briefmarken tauscht; er ist dennoch kein „Händler“ und daher umsatzsteuerrechtlich weder „Unternehmer“ noch einkommen- und gewerbsteuerrechtlich „Gewerbetreibender“<sup>12</sup>. Hieraus wird deutlich, daß ein Tatbestandsmerkmal „nachhaltig“ keine wirkliche normative Steuerungsfunktion hat<sup>13</sup>.

## 3. Die Auffassung des Großen Senats zur „3-Objekt-Grenze“

Die rechtlich gebotene und in früheren Zeiten praktizierte typologische Zuordnung, die im wesentlichen abstellte auf die Unterscheidung zwischen Handel und Wertschöpfung für den Markt (gewerbliche Produktion), ist in den 80er Jahren durch die ausschließlich an einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 15 Abs. 2 EStG orientierten Kriterien der „3-Objekt-Grenze“ überlagert worden, die ein rechtsstaatliches Eigenleben entwickelten. Der Beschluß des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995<sup>14</sup> hat einen Paradigmenwechsel in die entgegengesetzte Richtung eingeleitet, indem er die wohlfeile Maßgeblichkeit der „3-Objekt-Grenze“ relativierte:

„Nach Auffassung des Großen Senats haben die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) für die Beurteilung am Maßstab des § 15 Abs. 1 EStG, wie der vorlegende Senat ausgeführt hat, eine indizielle Bedeutung. Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebes“... – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen. Eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung ist im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert werden. Dabei wird vorausgesetzt, daß diese Rechtsakte nicht bereits zu einem anderweitig bestehenden Gewerbebetrieb gehören. Nur diejenigen Grundstücksgeschäfte sind als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, daß der Schluß auf einen einheitlichen gewerblichen Betätigungswillen möglich ist.“

Dies heißt in methodologischer Hinsicht: Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG muß typologisch gesteuert und kontrolliert werden.

<sup>7</sup> BFH v. 10.8.1983 IR 120/80, BStBl II 1984, 137; v. 28.4.1988 IV R 130-131/86, BFH/NV 1989, 102.

<sup>8</sup> BFH Großer Senat v. 3.7.1995, a.a.O. (Fn. 2), unter C. I.

<sup>9</sup> S. nur *Tipke* in *Tipke/Kruse*, § 14 AO Rdnr. 2a: „Überall da jedoch, wo es dem Gesetzgeber im besonderen Maße um Rechtssicherheit und Berechenbarkeit geht, muß er danach trachten, den offenen Typus baldmöglichst in einen abstrakten Begriff umzuwandeln.“ Nachdrücklich auch *Weber-Grellet*, *Der Typus des Typus*, in FS *Beisse*, 1997, S. 551. M. E. ist gerade die nachfolgend dargestellte „Drei-Objekt-Lehre“ ein Beispiel für die teleologisch und typologisch nicht mehr kontrollierte Anwendung von abstrakten Begriffen.

<sup>10</sup> IV. Senat des BFH v. 22.4.1998 IV B 19/98, BFHE 185, 480, BFH/NV BFH/R 1998, 1033, BB 1998, 1145; zu dieser Entscheidung unten V. 3.

<sup>11</sup> EuGH v. 29.2.1996 Rs. C-110/94 – INZO, BStBl II 1996, 655, DStR 1996, 419.

<sup>12</sup> BFH v. 29.6.1987 – X R 23/82, BStBl II 1987, 744; 16. Juli 1987 X R 48/82, BFHE 150, 224, BStBl II 1987, 752 – Veräußerung einer Münzsammlung.

<sup>13</sup> Ausführlich zur typologischen Zuordnung mittels „Ähnlichkeitsvergleichs“ *Schmidt-Liebig*, *Abgrenzung zwischen gewerblichen und privaten Grundstücksgeschäften*, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 77 ff.

<sup>14</sup> BFH v. 3.7.1995 (Fn. 2).

### III. Unproblematische Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG

#### 1. Selbständigkeit

„Selbständige“ *Betätigung* bedeutet „Handeln auf eigene Rechnung und Verantwortung“. Selbständig handelt, wer Unternehmerrisiko trägt und Unternehmerinitiative entfalten kann<sup>15</sup>. Dieses auch im Umsatzsteuerrecht maßgebende (vgl. § 1 Abs. 3 LStDV) Merkmal dient der Abgrenzung gegenüber der Tätigkeit des Arbeitnehmers und ist spezifisch steuerrechtlich auszulegen<sup>16</sup>. Maßgebend ist stets eine *Gesamtwürdigung der Verhältnisse des Einzelfalles*. Eine Tätigkeit erlangt dann gewerblichen Charakter, wenn sie als unternehmerisch, also auf Risikotragung gerichtet zu werten ist<sup>17</sup>. Es sind alle Umstände des Einzelfalles in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, und zwar nicht nur die der streitigen Veranlagungszeiträume, sondern die der gesamten überschaubaren – in sachlichem Zusammenhang stehenden – Tätigkeit<sup>18</sup>.

#### 2. Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

Mit dem Tatbestandsmerkmal der *Beteiligung am „wirtschaftlichen“ Verkehr* werden solche Tätigkeiten aus dem Begriff des Gewerbebetriebes ausgenommen, die von Gewinnabsicht getragen, aber nicht auf Leistungs- oder Gütertausch gerichtet sind<sup>19</sup>. Erforderlich ist, daß Leistungen am Markt gegen Entgelt für Dritte äußerlich erkennbar angeboten und/oder daß Leistungen Dritter zur eigenen Wertschöpfung in Anspruch genommen werden<sup>20</sup>.

Der Steuerpflichtige muß am „*allgemeinen*“ wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen. Er muß sich mit seiner Verkaufsabsicht an einen nicht abgeschlossenen Kreis von Personen wenden. Hierfür bedarf es keiner besonderen Werbemaßnahmen. Für den Bereich des gewerblichen Grundstückshandels hat es der BFH genügen lassen, wenn die Verkaufsabsicht nur einem kleinen Kreis von Personen – unter Umständen auch nur einer Person – bekannt wird und der Verkäufer damit rechnet, die Verkaufsabsicht werde sich herumsprechen<sup>21</sup>. Dieses Merkmal ist de facto bedeutungslos: An ihm ist soweit ersichtlich die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels noch nie gescheitert.

<sup>15</sup> BFH v. 11.4.1989, VIII R 266/84, BStBl II 1989, 621. Dieses Merkmal dient der Abgrenzung gegenüber der nichtselbständigen Arbeit i. S. des § 19 EStG; BFH v. 17.1.1973 I R 171/72, BStBl II 1973, 260.

<sup>16</sup> BFH v. 2.12.1998 X R 83/96, FR 1999, 521 – Rundfunkermittler.

<sup>17</sup> BFH v. 17.3.1981, a.a.O. (Fn. 5); v. 11.12.1992 III R 59/89, BFH/NV 1992, 464, m.w.N.

<sup>18</sup> BFH v. 14.3.1989 VIII R 96/84, BFH/NV 1989, 784, m.w.N.

<sup>19</sup> BFH v. 9. 7. 1986 I R 85/83, BStBl II 1986, 851.

<sup>20</sup> BFH v. 12.7.1991 III R 47/88, BStBl II 1992, 143; v. 28.10.1993 IV R 66-67/91, BStBl II 1994, 463 jeweils m.w.N.

<sup>21</sup> BFH v. 10.8.1983, a.a.O. (Fn. 7); v. 11.12.1991, a.a.O. (Fn. 17), unter 4. b; BFH v. 21.5.1993 VIII R 10/92, BFH/NV 1994, 94, 96, jeweils m.w.N. Entscheidend ist, daß der Verkäufer an jeden verkaufen will, der die Kaufbedingungen erfüllt; BFH v. 23.2.1998 X B 136/97, BFH/NV 1998, 1084. BFH v. 6.2.1997 III B 122/94, BFH/NV 1997, 477: Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr kann auch dann vorliegen, wenn für ein Grundstücksgeschäft vom Steuerpflichtigen selbst kein Anstoß ausgegangen ist und dieser lediglich auf ein an ihn herangetragenenes Angebot eingeht.

### 3. Gewinnerzielungsabsicht

Die *Gewinnerzielungsabsicht* (Gewinnabsicht) ist Streben nach Betriebsvermögensmehrung in Gestalt eines Totalgewinns<sup>22</sup>. Die Gewinnabsicht braucht nicht der Hauptzweck der Betätigung zu sein (§ 15 Abs. 2 Satz 3 EStG i.d.F. ab 1984). Diese innere Tatsache „wird mit der Veräußerung deutlich“; der tatsächlich erzielte Vermögenszuwachs erlaubt den Schluß auf eine von Anfang an bestehende Gewinnerzielungsabsicht<sup>23</sup>. Außer Betracht bleiben solche Grundstücke, mit deren Weitergabe kein Gewinn erzielt werden soll<sup>24</sup>; desgleichen auf Dauer für eigene Wohnzwecke genutzte Grundstücke<sup>25</sup>. Die rechtlich erforderliche Gesamtschau kann nicht nachträglich einen gewerblichen Grundstückshandel bei solchen Verkäufen ergeben, bei denen vorher feststeht, daß sie für sich gesehen nicht Gegenstand eines gewerblichen Grundstückshandels sind<sup>26</sup>.

### IV. Die über die „Vermögensverwaltung“ hinausgehende „nachhaltige“ Tätigkeit

Das nur noch für wenige Experten überschaubare Fallrecht dient derzeit (noch) vor allem einer Quantifizierung der als allein maßgeblich angesehenen *Veräußerungshandlungen*. Die einschlägigen Kriterien werden teils dem Tatbestandsmerkmal „nachhaltig“, teils der ungeschriebenen Voraussetzung des Fehlens einer privaten Vermögensverwaltung zugeordnet. Zu den miteinander rechtlich verwobenen Merkmalen der „Nachhaltigkeit“ und des „Fehlens der Vermögensverwaltung“ gibt es eine umfangreiche Kasuistik, die sich mittels der Stichworte „Ausnutzung von Substanzwerten“, „Veräußerungsabsicht“, „zeitlicher Zusammenhang“ und „Drei-Objekt-Grenze“ gliedern läßt. Die Darstellung aller Feinheiten der Kasuistik würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung sprengen.

#### 1. Ein rechtssystematischer Eckstein: Veräußerungen als letzte Akte der Vermögensverwaltung

Der Erwerb von Grundstücken für Zwecke der Eigennutzung oder Vermietung ist keine gewerbliche Tätigkeit. Die *Errichtung von Häusern* – auch z. B. durch Architekten oder Bauunternehmer – in der Absicht, sie zu vermieten, hält sich selbst dann im Rahmen der Vermögensverwaltung, wenn sie einen erheblichen Umfang annimmt und wenn überwiegend Fremdkapital eingesetzt wird<sup>27</sup>. Eine selbst grundlegende Modernisierung von Bausubstanz ist grundsätzlich eine Maßnahme der Vermögensverwaltung. Die Parzellierung eines unbebauten Grundstücks oder die Aufteilung eines Mietwohngrundstücks in Eigentumswohnungen und deren *Veräußerung* be-

<sup>22</sup> BFH Großer Senat v. 25.6. 1984 GrS 4/82, BStBl II 1984, 751.

<sup>23</sup> BFH v. 25.6.1984, a.a.O. (Fn. 22).

<sup>24</sup> BFH v. 14.3.1989 VIII R 373/83, BStBl II 1990, 1053; v. 20.5.1998, III B 9/98, BStBl II 1998, 721, unter II. 4. 4. c, m.w.N.

<sup>25</sup> BFH v. 23.1.1991 X R 105-107/88, BStBl II 1991, 519; zur Veräußerung des ersten im privaten Vermögensbereich gebauten und veräußerten Einfamilienhauses durch einen nicht mit der Baubranche verbundenen Steuerpflichtigen s. BFH-Urteil v. 19.12.1990 X R 165/87, BFH/NV 1991, 381; zur nur vorübergehenden Eigennutzung BFH v. 28.11.1991 XI R 39/89, BFH/NV 1992, 310, m.w.N.

<sup>26</sup> BFH v. 22.5.1987 III R 212/83, BFH/NV 1987, 717.

<sup>27</sup> BFH v. 12.3.1964 IV 136/61 S, BStBl III 1964, 364; v. 24.1.1996 X R 255/93, BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326].

gründen für sich allein – wenn diese Immobilien nicht zeitnah in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht erworben worden waren – unabhängig von der Zahl der Veräußerungsfälle und von der Branchennähe des Steuerpflichtigen keinen gewerblichen Grundstückshandel<sup>28</sup>. Denn zur privaten Vermögensverwaltung gehören auch der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken, wenn diese beiden Vorgänge den Beginn und das Ende einer in erster Linie auf Fruchtziehung durch Vermietung oder sonstige Nutzung gerichteten Tätigkeit darstellen. Ein letzter Akt der privaten Vermögensverwaltung kann darin bestehen, daß der Inhaber sein Vermögen – gegebenenfalls in zahlreichen Teilakten – veräußert<sup>29</sup>.

## 2. Von der Vermögensverwaltung zur gewerblichen Marktteilnahme

Der gewerbliche Grundstückshandel kommt „in der Regel“ erst dadurch zustande, daß der Veräußerer „Objekte“ zuvor gekauft oder selbst errichtet hat und sie in engem zeitlichen Zusammenhang hiermit veräußert. Für die Steuerbarkeit bedarf es mithin einer zeitlichen und quantitativen Komponente. Da die gesetzliche Grundwertung des § 23 EStG zu respektieren ist, nach welcher eine Wertsteigerung im Bereich des Privatvermögens nur unter engen Voraussetzungen einkommensteuerbar ist, wird jedenfalls das einmalige „Durchhandeln“ jedweden Objekts außerhalb der Spekulationsfrist grundsätzlich – ausgenommen ist hier u.a. der gescheiterte Grundstückshandel (unten 5) – steuerlich nicht erfaßt. Entscheidend ist der durch die zeitliche Nähe indizierte sachliche Zusammenhang zwischen Erwerb des Grundstücks<sup>30</sup> und/oder der Wertschöpfung (Gebäudeerrichtung bzw. Modernisierung) einerseits und der Veräußerung andererseits<sup>31</sup>. Da die h.M. derzeit noch, indes mit rückläufiger Tendenz bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nachhaltig“ ausschließlich auf die Anzahl der Verkaufsfälle abhebt, bedarf es Regeln für deren Quantifizierung (unten 4.).

## 3. Erwerb oder Bebauung eines Grundstücks in Veräußerungsabsicht

Bereits im Zeitpunkt der Anschaffung bzw. zu dem hiernach maßgeblichen Zeitpunkt der Wertschöpfung muß eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht vorliegen. Nach „steuerrechtlich neutralem Erwerb“ zwecks Vermögensverwaltung kann eine gewerbliche Tätigkeit nach Art eines Bauträgers/Bauunternehmers begonnen werden, wenn das Grundstück mit zumindest bedingter Veräußerungsabsicht bebaut (nicht: lediglich parzelliert) und sodann veräußert wird<sup>32</sup>. Der zeit-

liche Zusammenhang zwischen dem Erwerb bzw. der Bebauung einerseits und der Veräußerung andererseits ist ein Anzeichen dafür, daß das Grundstück bereits in der Absicht der Weiterveräußerung erworben wurde und damit ein innerer Zusammenhang zwischen Erwerb und Veräußerung besteht<sup>33</sup>.

### a) Konkretisierung des zeitlichen Zusammenhangs

Ein die Marktteilnahme indizierender enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den hierdurch Marktrelevanz erlangenden Betätigungen (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) wird in der Regel angenommen, wenn die Zeitspanne zwischen Kauf des Grundstücks oder der Errichtung des Gebäudes<sup>34</sup> einerseits und dem Verkauf der Objekte andererseits nicht mehr als fünf Jahre beträgt<sup>35</sup>. Dieser Fünfjahreszeitraum ist keine starre Grenze<sup>36</sup>. Der zeitliche Zusammenhang ist ein Beweisanzeichen für den Erwerb oder die Bebauung in Veräußerungsabsicht, das durch andere Sachverhaltsmerkmale erschüttert werden kann<sup>37</sup>. Maßgebend ist das Gesamtbild. Eine geringfügige Überschreitung beeinträchtigt noch nicht ohne weiteres den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Kauf und Verkauf. Die Anzahl der verkauften Objekte kann den Schluß rechtfertigen, daß auch Objekte in den Grundstückshandel mit einbezogen werden müssen, bei denen dieser Zeitraum überschritten ist<sup>38</sup>. Es kann ausreichen, wenn bei An- und Verkäufen, die in planmäßigem Zusammenhang stehen, nur ein Teil der An- und Verkäufe innerhalb des Fünfjahreszeitraums getätigt wird. Dann kann für Gewerblichkeit eine höhere Zahl von Veräußerungen nach Ablauf dieses Zeitraums, aber auch eine hauptberufliche Tätigkeit im Baubereich sprechen<sup>39</sup>. Diese Beurteilung gilt auch für Fälle, in denen zwar in dem Fünfjahreszeitraum weniger als vier Objekte veräußert werden, sich aber in der Folgezeit weitere Veräußerungen planmäßig anschließen<sup>40</sup>. Unter Einbeziehung der Anschaffung oder Errichtung eines Einzelobjekts kann sich ein Beurteilungszeitraum von zehn Jahren ergeben<sup>41</sup>. Es können aber nicht generell alle Grundstücke außer Betracht bleiben, die der Steuerpflichtige länger als zehn Jahre im Eigentum hatte<sup>42</sup>. Auch letztere zeitliche Grenze ist nicht starr zu handhaben<sup>43</sup>.

### b) Der Indizcharakter des zeitlichen Zusammenhangs

Nur diejenigen Grundstücksgeschäfte sind als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, daß der Schluß auf einen einheitlichen gewerblichen Betätigungswillen möglich ist<sup>44</sup>.

<sup>28</sup> BFH v. 12.3.1964 IV 136/61 S, BStBl III 1964, 364; BFH v. 22.10.1969 I R 61/68, BStBl II 1970, 61; v. 10.8.1983, a.a.O. (Fn. 7); v. 23.10.1987, a.a.O., (Fn. 4); v. 5.9.1990 X R 107-108/89, BStBl II 1990, 1060; v. 4.6.1992 IV R 79/91, BFH/NV 1992, 809, m.w.N.

<sup>29</sup> BFH v. 10.8.1983, a.a.O. (Fn. 7).

<sup>30</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20): „planmäßiger Zusammenhang der An- und Verkäufe“.

<sup>31</sup> BFH v. 23.10.1987, a.a.O. (Fn. 4); v. 6.4.1990 III R 28/87, BStBl II 1990, 1057, mit Abgrenzung zum BFH-Urteil v. 10.8.1983, a.a.O. (Fn. 7), wo der Kläger das Grundstück im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung anlässlich einer Scheidung erworben hatte. Nur solche Objekte sind in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, hinsichtlich derer eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht festgestellt werden kann; BFH v. 23.2.1977 I R 28/75, BStBl II 1977, 552; v. 3.6.1987 III R 209/83, BStBl II 1988, 277; v. 14.3.1989 VIII R 373/83, BFH/NV 1990, 38.

<sup>32</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20), m.w.N. der Rechtsprechung.

<sup>33</sup> BFH v. 16.4.1991 VIII R 74/87, BStBl II 1991, 844.

<sup>34</sup> BFH v. 22.3.1990, a.a.O. (Fn. 4); v. 21.5.1993, a.a.O. (Fn. 21).

<sup>35</sup> BFH v. 23.10.1987, a.a.O. (Fn. 4); v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20), m.w.N.

<sup>36</sup> BFH v. 5.9.1990, a.a.O., (Fn. 27); vom 2.3.1990 III R 75/85, BFH/NV 1991, 584; vom 11.12.1991, a.a.O. (Fn. 17), unter 4. c. m.w.N.

<sup>37</sup> BFH-Urteil vom 4.6.1992, a.a.O. (Fn. 28), m.w.N.

<sup>38</sup> BFH v. 5.9.1990, a.a.O. (Fn. 27); BFH/NV 1993, 656, 657.

<sup>39</sup> BFH v. 5.9.1990, a.a.O. (Fn. 27); v. 18.9.1991 XI R 23/90, BStBl II 1992, 135; BFH v. 11.12.1992, a.a.O. (Fn. 17); v. 15.12.1992, a.a.O. (Fn. 38).

<sup>40</sup> BFHE v. 5.9.1990, a.a.O., (Fn. 27).

<sup>41</sup> BFH v. 18.9.1991, a.a.O. (Fn. 39).

<sup>42</sup> BFH-Urteil vom 17.2.1983 X R 108/90, BFH/NV 1994, 84.

<sup>43</sup> BFH-Urteil vom 26.6.1987 VI B 33/87, BFH/NV 1988, 156.

<sup>44</sup> BFH v. 3.5.1995, a.a.O. (Fn. 2), unter C. II. 2.; v. 11.12.1996 X R 241/93, BFH/NV 1997, 396.

Gewinnerzielungsabsicht, Wiederholungsabsicht und Verkaufsabsicht, die für die gewerbliche Tätigkeit vorausgesetzt werden, sind innere Einstellungen, die wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge nur anhand äußerer tatsächlicher Umstände (Beweisanzeichen bzw. Indizien) beurteilt werden können<sup>45</sup>. Besteht ein solcher zeitlicher Zusammenhang, „zwingt dies nach den Regeln der Lebenserfahrung mangels eindeutiger gegenteiliger Anhaltspunkte zu der Schlußfolgerung, daß beim Kauf der Wohnungen zumindest eine bedingte Verkaufsabsicht bestanden hat“<sup>46</sup>. Je kürzer der Zeitraum zwischen Erwerb und Veräußerung ist, um so eher ist davon auszugehen, daß ein Grundstück zum Zwecke der Veräußerung erworben worden ist. An die Widerlegung der Vermutung sind bei kurzen Zeitabständen „sehr strenge Anforderungen“ zu stellen<sup>47</sup>; desgleichen wenn der Steuerpflichtige im übrigen eine Bau- und Verkaufstätigkeit ausübt, also „branchennah tätig“ ist. Beträgt der Zeitabstand weniger als ein Jahr, ist „ohne weiteres davon auszugehen“, daß zumindest auch die Ausnutzung des Vermögenswertes selbst in Erwägung gezogen war<sup>48</sup>.

Nach ständiger Rechtsprechung sind die konkreten Anlässe und Beweggründe für den Verkauf, deren Ursache in der Sphäre des Steuerpflichtigen liegen, unbeachtlich. Die neuere Rechtsprechung stellt strenge Anforderungen: Objektive Tatsachen müssen Anhaltspunkte dafür bieten, daß der Steuerpflichtige die Grundstücke bei ihrem Kauf „auf keinen Fall alsbald wieder verkaufen, sondern unbedingt anderweitig als durch Verkauf nutzen wollte“<sup>49</sup>. Diese Gründe sagen – so die ständige Rechtsprechung – nichts darüber aus, ob der Steuerpflichtige nicht aus anderen Gründen zum Verkauf bereit gewesen wäre und insofern von Anfang an eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht hatte<sup>50</sup>. De facto ist die Indizwirkung des zeitlichen Zusammenhangs nicht – auch nicht durch den Hinweis auf schicksalhafte und nicht vorherseh-

bare Wechselfälle des Lebens (Ehescheidung, schwere Krankheit, Finanzierungsprobleme) – widerlegbar<sup>51</sup>. Dies ist wiederum ein Indiz dafür, daß die Rechtsprechung eigenmächtig einen neuen Steuertatbestand geschaffen hat.

#### 4. Quantifizierung der gewerblichen Tätigkeit

##### a) „Begriffliches“ zur Nachhaltigkeit

Die Definitionsbemühungen der h.M. erweisen die Schwierigkeit eines normativ richtungweisenden Verständnisses der „Nachhaltigkeit“. Nach gängiger Lesart – es gibt zahlreiche Deutungsversuche – ist eine Betätigung grundsätzlich nachhaltig, „wenn sie auf Wiederholung angelegt ist, d. h. wenn die Tätigkeiten von dem Entschluß getragen sind, sie zu wiederholen und daraus eine (ständige) Erwerbsquelle zu machen, und die Tätigkeiten dann auch tatsächlich wiederholt werden“. Das Merkmal der Nachhaltigkeit „ist bei einer Mehrzahl von Handlungen im Gegensatz zu einer einmaligen Handlung im Regelfall zu bejahen“<sup>52</sup>. Eine einmalige Tätigkeit kann nachhaltig sein, wenn sie in der Absicht ausgeübt wird, sie zu wiederholen, und wenn sie sich auf andere Weise als durch tatsächliche Wiederholung als nachhaltig darstellt<sup>53</sup>. Wiederholte Tätigkeiten liegen aber auch vor, wenn der Grund zum Tätigwerden auf einem einmaligen Entschluß beruht, die Erledigung aber mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert. Dabei ist die Nachhaltigkeit nicht schon deshalb zu verneinen, weil die wiederholten (Einzel-)Tätigkeiten „unselbständige Teile einer in organisatorischer, technischer und finanzieller Hinsicht aufeinander abgestimmten Gesamttätigkeit“ sind<sup>54</sup>. Es läßt sich kaum sagen, daß diese Umschreibungen Tatbestandsgewißheit gewährleisten könnten.

##### b) „Nachhaltige Verkäufe“

Es nimmt auch nicht Wunder, daß sich ein tatbestandlich enger Definitionsansatz durchgesetzt hat, der ausschließlich auf die Nachhaltigkeit der *Absatzakte* – vulgo: auf die Anzahl der *Verkäufe* – bezogen ist. Der Aspekt, daß sich die Gewerblichkeit aus dem zielgerichtet produktiven Bündeln der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital ergeben kann, wird damit ausgeblendet. Beim Kauf bzw. der Errichtung und dem Verkauf von Wohnungen hat die Rechtsprechung die Nachhaltigkeit überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich anhand der Anzahl der *Verkäufe* beurteilt<sup>55</sup>. Gibt es bei einem einzigen Veräußerungsgeschäft keine objektiven Umstände, die auf eine Wiederholungsabsicht schließen lassen, reicht hiernach eine wiederholte Tätigkeit auf der Beschaffungsseite für die Annahme einer Nachhaltigkeit nicht aus<sup>56</sup>. Auch wer etwa durch vielaktiges Aufkaufen und Erschließen eines großen Areals dem somit vereinigten Grundstück eine andere Marktgängigkeit verschafft und dieses mit einem einzigen Vertrag verkauft, soll grundsätzlich nicht „nachhaltig“ tätig

<sup>45</sup> BFH 25.6.1984, a.a.O. (Fn. 22); v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20).

<sup>46</sup> So die Formulierung BFH v. 6.4.1992, (Fn. 33). Der Sprachgebrauch wechselt; z. B. heißt es Urteil v. 5.9.1990, a.a.O. (Fn. 38): Der enge zeitliche Zusammenhang, die Anzahl der Objekte und die Tatsache der Veräußerung rechtfertigten als objektiv erkennbare Umstände nach der Lebenserfahrung den Schluß, daß bereits der Ankauf und die Bebauung in Verkaufsabsicht vorgenommen wurden. „Dies reicht regelmäßig zur Überzeugungsbildung auf der Grundlage eines Indizienbeweises aus. Diese Umstände sind als Beweisanzeichen im Zusammenhang zu würdigen...“.

<sup>47</sup> BFH v. 14.1.1998, X R 1/96, BStBl II 1998, 348, unter II. 7., m.w.N [= MittBayNot 1998, 375].

<sup>48</sup> BFH v. 14.1.1998, a.a.O. (Fn. 47), unter II. 7., m.w.N.

<sup>49</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20). Solche Umstände hat der BFH z. B. nach Errichtung von Wohnungen in dem Abschluß langfristiger Mietverträge oder (unter bestimmten Voraussetzungen) in der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken gesehen (vgl. BFH-Urteil vom 28.9.1987 VIII R 46/84, BStBl II 1988, 65; v. 19.12.1990, a.a.O. (Fn. 25). Besonders streng BFH-Urteil v. 15.12.1992, a.a.O. (Fn. 38): Die unmittelbare Beweisführung durch Beteiligtenvernehmung und Vernehmung eines Zeugen, der seine Kenntnisse nur aus den Gesprächen mit dem Steuerpflichtigen bezogen hat, ist ausgeschlossen. „Der Beweisantrag muß sich auf objektive Umstände beziehen, die den Schluß auf das Vorliegen der inneren Tatsache ermöglichen (vgl. BGH WM IV 1983, 825). Unsubstantiierten Beweisanträgen muß das Gericht nicht nachgehen; dies gilt auch dann, wenn dieser Beweis dem Nachweis dienen soll, daß auch eine andere als die Schlußfolgerung des FG im Rahmen eines Indizienbeweises ernstlich möglich ist...“.

<sup>50</sup> Urteile vom 22.3.1990, a.a.O. (Fn. 4); v. 21.5.1993, (Fn. 21), jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> Ausführlich *Fischer*, a.a.O. (Fn. 3).

<sup>52</sup> BFH v. 11.4.1989, a.a.O. (Fn. 15), m.w.N.

<sup>53</sup> BFH v. 28.4.1977 IV R 98/73, BStBl II 1977, 728; v. 4.3.1993 IV R 28/92, BFH/NV 1993, 728.

<sup>54</sup> Ausführlich mit umfangreichen Nachweisen das Grundsatzurteil v. 21.8.1985 I R 60/80, BStBl II 1986, 88.

<sup>55</sup> BFH v. 11.4.1989, a.a.O. (Fn. 7); v. 16.4.1991, a.a.O. (Fn. 33); v. 11.12.1991, a.a.O. (Fn. 17); v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); m.w.N.; v. 10.10.1991 XI R 22/90, BFH/NV 1992, 238.

<sup>56</sup> BFH v. 15.7.1986 VIII R 289/81, BFH/NV 1987, 92; v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); v. 4.3.1993, a.a.O. (Fn. 53).

sein<sup>57</sup>, obwohl er als Erschließungsunternehmer jenseits einer bloßen „Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten“ agiert.

### c) Das „Objekt“

Sachlicher Bezugspunkt der Nachhaltigkeit ist das veräußerte Objekt. Ein Objekt im vorgenannten Sinne ist jede einzelne Immobilie, die selbständig veräußert und genutzt werden kann<sup>58</sup>. „Objekt“ ist auch ein Miteigentumsanteil an einem solchen Grundstück. Jedes Wohnungseigentum ist grundsätzlich als selbständiges Objekt anzusehen<sup>59</sup>. Mehrere Miteigentumsanteile werden auch dann einzeln gezählt, wenn sie zum gleichen Zeitpunkt veräußert werden<sup>60</sup>. Gewerblicher Grundstückshandel ist auch durch Verfügung über Anteile an grundstücksbesitzenden Gesellschaften möglich (unten VII.).

### d) Veräußerung von Objekten an mehrere Erwerber

Bei einem einmaligen Entschluß, dessen Umsetzung *mehrere* Veräußerungshandlungen erfordert, nimmt die Rechtsprechung wegen der notwendigen Wiederholung des Veräußerungsgeschäftes Nachhaltigkeit an<sup>61</sup>. Mit dem zeitgleichen Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen selbst eines einzigen Wohnhauskomplexes an verschiedene Erwerber werden mehrere Objekte im Sinne der sog. Objektgrenze veräußert<sup>62</sup>. Ein einmaliges Verkaufsangebot über Miteigentumsanteile an einem Grundstück an noch unbekannte Erwerber, bei dem eine andere Person als der Eigentümer die Erwerber zu benennen hat, kann im vorstehenden Sinne nachhaltig sein<sup>63</sup>.

### e) Veräußerung von Objekten an einen einzigen Erwerber

Die Veräußerung von mehreren zusammenhängenden unbebauten Grundstücken auch ohne vorherige Vereinigung zu einem einzigen Grundstück an einen Erwerber ist eine einmalige Tätigkeit<sup>64</sup>. Wird ein Gebäude mit einer Vielzahl von Wohnungen an *einen einzigen Erwerber* veräußert, fehlt es in der Regel an einer nachhaltigen Betätigung<sup>65</sup>. Das Urteil des BFH vom 12.7.1991<sup>66</sup> hat es im Ergebnis – vorbehaltlich einer Anwendung der § 41, 42 AO 1977 – als ein einziges Verkaufsgeschäft angesehen, wenn ein Steuerpflichtiger an einem Tage seinen gesamten Grundbesitz – 19 Mietwohngrundstücke – an eine ausschließlich aus nahestehenden Personen gebildete KG veräußert. Die Verkaufstätigkeit sei nur dann „objektiv auf Wiederholung angelegt“, wenn in zeitlichem Zusammenhang hiermit weitere Grundstücke erwor-

ben und veräußert würden oder wenn objektive Umstände bei dem bereits bekannten Veräußerungsgeschäft den Schluß auf eine Wiederholungsabsicht zuließen. Wolle freilich der Verfügungsberechtigte je nach Marktsituation mehrere Objekte einzeln oder insgesamt verkaufen, könne es für die Beurteilung der Nachhaltigkeit keinen Unterschied machen, ob dann tatsächlich Einzelverkäufe erfolgten oder ob (zufällig) ein Gesamtabnehmer gefunden werde. Dann verdichteten sich die an sich auf Wiederholung angelegten Einzelverkäufe bei Gesamtabnahme lediglich zu einem einzigen Verkaufsgeschäft<sup>67</sup>. Eine Steuerumgehung kommt nach dem BFH-Urteil vom 4.3.1993<sup>68</sup> in Betracht, wenn die Mittel für den Ankauf ganz oder zu einem erheblichen Teil vom Veräußerer stammen (s. auch unten VIII.).

Im Falle der zeitgleichen Veräußerung von fünf Eigentumswohnungen an einen einzigen Erwerber „in einem einheitlichen Vorgang“ sah das BFH-Urteil vom 30.6. 1993<sup>69</sup> die erforderlichen weiteren objektiven Anhaltspunkte für die Nachhaltigkeit im Verkauf eines weiteren Objekts, in der Branchennähe des Veräußerers und in der Errichtung jener Wohnungen in Veräußerungsabsicht. Nach dieser Entscheidung bedeutet der Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen eines Mehrfamilienhauses zum gleichen Zeitpunkt und in einem einmaligen und einheitlichen Vorgang – „durch fünf selbständige, zeitlich zusammenfallende Veräußerungsgeschäfte“ – an *einen einzigen* Erwerber trotz der Einheitlichkeit der Bauplanung und des Veräußerungsentschlusses im Rahmen der sog. Objektgrenze die Veräußerung mehrerer Objekte. Die lediglich zeitliche Zusammenfügung mehrerer Rechtshandlungen sei für die Frage einer Wiederholungsabsicht ohne Bedeutung. Das für die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels erforderliche Merkmal der Nachhaltigkeit könne in diesem Zusammenhang gegeben sein, wenn der Verkäufer im Bau- und Immobilienbereich tätig sei und wenn er zeitnah weitere Grundstücksgeschäfte tätige. Bei einem einzigen Verkauf mehrerer Wohnobjekte oder Grundstücke ist Nachhaltigkeit nur anerkannt worden, wenn sich aus anderen objektiven Umständen ergab, daß noch weitere Grundstücksgeschäfte geplant waren<sup>70</sup>. Eine *einmalige Veräußerung* kann nachhaltig sein, wenn sie nämlich in der Ab-

<sup>57</sup> BFH v. 13.12.1995 XI R 43-35/89, BStBl II 1996, 232.

<sup>58</sup> BFH v. 16.4.1991, a.a.O. (Fn. 33).

<sup>59</sup> BFH v. 10.8.1983, a.a.O. (Fn. 7), m.w.N.; zur wirtschaftlichen Einheit i. S. von § 93 Abs. 1 BewG s. BFH v. 11.3.1992 XI R 17/90, BStBl II 1992, 1007.

<sup>60</sup> BFH v. 10.10.1991, a.a.O. (Fn. 55).

<sup>61</sup> BFH v. 2.11.1971 VIII R 1/71, BStBl II 1972, 360; v. 23.10.1987, a.a.O. (Fn. 4), m.w.N.; v. 10.10.1991 XI R 22/90, BFH/NV 1992, 238.

<sup>62</sup> BFH v. 17.6.1998 X R 68/95, BStBl II 1998, 667, unter II. 2. a [= MittBayNot 1999, 214].

<sup>63</sup> BFH v. 12.2.1990 X R 124/88, BFH/NV 1990, 640.

<sup>64</sup> BFH v. 15.7.1986 VIII R 289/81, BFH/NV 1987, 92; BFH v. 17.6.1998, a.a.O. (Fn. 62), unter II: 2. a.

<sup>65</sup> Beiläufig BFH v. 15.12.1971 I R 49/70, BStBl II 1972, 291; BFH v. 29.10.1997 X R 112, 153/94, BFH/NV 1998, 853.

<sup>66</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); ähnlich BFH-Urteil v. 30.11.1982 VIII R 136/80, n.v.: Verkauf an eine vom Steuerpflichtigen beherrschte KG.

<sup>67</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20). Nur wenn bei diesem einzigen Ankauf – z.B. eines Mietwohnhauses – keine (auch keine bedingte) Absicht zur Weiterveräußerung von Eigentumswohnungen bestanden hatte, hat der BFH gewerblichen Grundstückshandel verneint; BFH v. 28.4.1988 IV R 102/86, BFH/NV 1989, 101; IV R 130-131/86, BFH/NV 1989, 102; BFH v. 22.4.1998 X R 17/96, BFH/NV 1998, 1467.

<sup>68</sup> BFH v. 4.3.1993, a.a.O., (Fn. 53).

<sup>69</sup> BFH v. 30.6.1993 XI R 38, 39/91, BFH/NV 1994, 20. Der Kläger, Dipl.-Ing. der Fachrichtung Hochbau, war Geschäftsführer eines in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG betriebenen Hoch- und Tiefbauunternehmens. Dessen Gesellschaftszweck war u.a. die Veräußerung von schlüsselfertigen Bauten und Eigentumswohnungen. Der Kläger erwarb von dieser Gesellschaft ein Grundstück, das er mit einem Mehrfamilienhaus, bestehend aus fünf Eigentumswohnungen, bebaute. Nach der vom X. Senat in seinem Vorlagebeschluß vertretenen Auffassung (unten V. 4.) ist bereits die Errichtung eines solchen Objekts zum Zwecke der Veräußerung durch einen „Privatmann“ gewerblich (unten VI. 4.). Erst recht muß dies gelten, wenn ein hauptberuflicher „Branchenangehöriger“ tätig wird. Der XI. Senat hat dahingestellt sein lassen, ob die gewerblichen grundstücksbezogenen Aktivitäten der GmbH & Co. KG bei der Ermittlung der Objektgrenze einzubeziehen seien.

<sup>70</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); s. ferner BFH v. 21.11.1989 VIII R 19/85, BFH/NV 1990, 625.

sicht vorgenommen wird, sie zu wiederholen und wenn sie sich auf andere Weise als durch tatsächliche Wiederholung als nachhaltig darstellt<sup>71</sup>.

## 5. Atypische Fälle: z. B. der gescheiterte Grundstückshandel

Nachhaltig kann auch das erfolglose Verkaufsbemühen sein, wenn das in Absicht der Weiterveräußerung erworbene Grundstück an den Veräußerer zurückübertragen werden muß. Der BFH erachtete es als entscheidend, daß Grundstücke am Immobilienmarkt *mehrmals angeboten* worden waren<sup>72</sup>. Bei einem beginnenden Grundstückshandel kann sich die ganze Geschäftstätigkeit zunächst auf den Verkauf eines einzigen Grundstücks konzentrieren<sup>73</sup>.

## 6. Die begriffliche Fehlsteuerung bei einer „Produktion für den Markt“

Werterhöhende Maßnahmen (Errichtung von Gebäuden bzw. rechtlich gleichwertige Modernisierung) werden am rechtlichen Maßstab der „Nachhaltigkeit“ nicht einheitlich beurteilt. Schon frühzeitig hatte die einem einzigen Verkaufsfall vorangegangene umfangreiche Modernisierung eines größeren Gebäudekomplexes nicht zu der Frage veranlaßt, ob diese mit Veräußerungsabsicht vorgenommene Wertschöpfung als solche gewerblich sei<sup>74</sup>. Andererseits wurden werterhöhende Maßnahmen im Regelfall in eine zusammenfassende Beurteilung von Bau- und Verkaufsaktivitäten einbezogen. Die insoweit nicht einheitliche Rechtsprechung hat bei der Errichtung des Gebäudes, der Aufteilung in Eigentumswohnungen und deren anschließender Veräußerung auf „diese von vornherein geplante und aufeinander abgestimmte Gesamttätigkeit“ abgehoben<sup>75</sup>. Das Urteil vom 31.1.1980<sup>76</sup> legt sachverhaltsbezogen dar, der „Umfang der Bau- und Veräußerungsmaßnahmen“ entspreche dem, für den der BFH bereits in anderen Fällen eine gewerbliche Tätigkeit bejaht habe. Seit etwa 1990 behandelt die Rechtsprechung die Veräußerung gekaufter Gebäude hinsichtlich der vorausgesetzten Häufigkeit von Veräußerungsfällen im Regelfall ebenso wie die *Errichtung* von

„Objekten“ und ihre Veräußerung<sup>77</sup>. Diese Rechtsfolge ist sogar in dem Fall gezogen worden, daß sich der Veräußerer den Erwerbern gegenüber zur schlüsselfertigen Bebauung zweier Grundstücke verpflichtet hatte<sup>78</sup>.

## VI. Aktuelle Grundfragen einer typologischen Zuordnung

### 1. Der „sichere Hafen“: Ankauf und Verkauf von bis zu drei „Wohnobjekten“

Der Große Senat des BFH hat im Beschluß vom 15.7.1995<sup>79</sup> entschieden: Eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung ist im Regelfall dann anzunehmen, „wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert“ werden. „Wohneinheiten“ sind Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen sowie die für eine entsprechende Bebauung vorgesehenen Grundstücke<sup>80</sup>. In dieser Hinsicht bestätigt der Große Senat die ständige Rechtsprechung, daß eine zahlenmäßige Begrenzung der gebotenen Vereinfachung Rechnung trägt. Darüber hinaus dürfte die Zahl „4“ die zwingende Untergrenze eines gewerblichen Handelns mit Grundstücken sein, weil der „marktmäßige Umschlag von Waren“ auch *rechtlich* eine Mehrzahl von Anschaffungs- und Umsatzakten („Grundstücke als Ware“) voraussetzt. Die Drei-Objekt-Grenze gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Veräußerer oder der Gesellschafter der veräußernden Gesellschaft einen Beruf des Baugewerbes ausübt<sup>81</sup>.

Die Drei-Objekt-Grenze ist maßgeblich für die Beurteilung, ob überhaupt ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt.

<sup>71</sup> BFH v. 28.4.1977, a.a.O. (Fn. 53) – „Fischkutter-Fall“. Zu den Voraussetzungen der gewerblichen Erschließung eines Geländes s. BFH v. 8.7.1982 IV R 20/78 BStBl II 1982, 700. Unter Bezugnahme auf sein vorgenanntes Urteil weist der BFH im Urteil v. 4.3.1993, a.a.O. (Fn. 53) für den Fall des An- und Verkauf von „zusammenhängendem Grundbesitz“ an einen einzigen Erwerber darauf hin, daß der BFH für den Verkauf unbebauten Grundbesitzes keine feste „Drei-Objekt-Grenze“ aufgestellt habe.

<sup>72</sup> BFH v. 7.4.1992 VIII R 34/91, BFH/NV 1992, 797, zum „gescheiterten“ Grundstückshandel.

<sup>73</sup> BFH v. 21.11.1989, BFH/NV 1990, 625, zu einem „abgebrochenen“ Grundstückshandel.

<sup>74</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20). Nach dem BFH-Urteil v. 20.11.1982 VIII R 136/80 (n.v.) sind bei einem einmaligen Grundstücksverkauf werterhöhende Vorbereitungshandlungen nicht geeignet, die Merkmale eines Gewerbebetriebes zu erfüllen.

<sup>75</sup> Z.B. BFH v. 23.10.1956 I 116/55, BStBl III 1957, 17; v. 10.10.1983 I R 106/79, n.v. – Nach dem BFH-Urteil v. 2.11.1971 VIII R 1/71 BStBl II 1972, 360 m.w.N., ist „der Umfang des jeweiligen Bau- und Verkaufsprogramms als wesentlich zu betrachten“: Ein hierauf gerichteter Willensentschluß „führt zwangsläufig, planmäßig und von vornherein beabsichtigt zu einer Auffächerung der einheitlichen Entscheidung in eine Vielzahl rechtlich und wirtschaftlich eigenständiger Handlungen“.

<sup>76</sup> BFH v. 31.1.1980 IV R 13/76 BStBl II 1980, 318, m.w.N.; s. ferner BFH vom 9.2.1983 I R 29/79, BStBl II 1983, 451.

<sup>77</sup> Vgl. z. B. BFH v. 11.3.1992, a.a.O. (Fn. 59); v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); v. 30.6.1991, a.a.O. (Fn. 69); „Errichtung und Verkauf von bis zu drei Objekten“. Ferner BFH v. 20.11.1990 VIII R 15/87, BStBl II 1991, 345: Ein Maurermeister (Gesellschafter einer GmbH, die ein Baugeschäft betreibt) und seine Ehefrau errichteten in Personengesellschaft drei Einfamilienhäuser zum Verkauf. S. ferner BFH v. 1.12.1989 III R 56/85, BStBl II 1990, 1054 (Leitsatz): „Die Errichtung (!) und der Verkauf von bis zu drei Wohnungen oder Eigenheimen überschreiten grundsätzlich nicht die Grenze privater Vermögensverwaltung.“ In diesem Falle war der Kläger als Bauträger tätig geworden: Er hatte sich verpflichtet, auf den von ihm veräußerten Grundstücken Gebäude schlüsselfertig zu erstellen. Im Falle des BFH-Urteil v. 14.3.1989, a.a.O. (Fn. 24) hatte der Kläger, ein Bauunternehmer, in GbR mit seiner Ehefrau drei Reihenhäuser – offenbar in Verkaufsabsicht – bebaut; die Rohbauarbeiten wurden „von ihm selbst durchgeführt“. S. auch BFH-Urteil v. 14.3.1989 VIII R 96/84, BFH/NV 1989, 784. A.A. FG des Saarlandes, Urteil vom 28.2.1992 I K 152/91, EFG 1992, 407.

<sup>78</sup> BFH v. 1.12.1989 III R 56/85, BStBl II 1990, 1054. Hier hätte die Errichtung des Gebäudes jedenfalls nach § 22 Nr. 3 EStG besteuert werden müssen.

<sup>79</sup> A.a.O. (Fn. 2); s. das wörtliche Zitat oben unter II.3.

<sup>80</sup> BFH v. 15.7.1995, a.a.O. (Fn. 2), unter C. II. 1. Werden mehr als drei Objekte veräußert, ist es ohne Belang, daß das entsprechende Grundstück durch ein einziges Kaufgeschäft angeschafft worden war (BFH-Urteil vom 6.4.1990, a.a.O. (Fn. 31)).

<sup>81</sup> Sog. Branchennähe; vgl. BFH v. 3.6.1987, a.a.O. (Fn. 31); v. 14.3.1989, a.a.O. (Fn. 24); v. 30.6.1993, a.a.O. (Fn. 69); v. 29.11.1989 X R 100/88, BFH/NV 1990, 440. „Branchennah“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung sind insbesondere Architekten, Immobilienmakler, Bauunternehmer, Baubetreuer, Bauingenieure einschließlich Baustatikingenieure (zu letzteren BFH v. 18.9.1991, a.a.O., Fn. 39). Unerheblich ist, ob diese Berufsangehörigen die branchennahe Tätigkeit selbständig oder nichtselbständig ausüben; BFH v. 10.2.1987 VIII R 167/85, BFH/NV 1987, 440.

Ist lediglich der Umfang des Betriebsvermögens eines gewerblichen Grundstückshandels zu bestimmen, so ist jedes einzelne Objekt zu berücksichtigen<sup>82</sup>. Die Objektgrenze trägt daher nicht bei zur Abgrenzung von Betriebs- und Privatvermögen z. B. eines Bauunternehmers<sup>83</sup>. Geschäftstypische Vorgänge sind im Zweifel im betrieblichen Bereich zu erfassen<sup>84</sup>. Grundsätzlich kann auch ein gewerblicher Grundstückshändler Grundstücke im Privatvermögen halten<sup>85</sup>. Allerdings ist erforderlich, daß diese Grundstücke dem Privatvermögen eindeutig zugeordnet werden können.

## 2. Ungeklärt: An- und Verkauf von bis zu drei „Großobjekten“.

Noch nicht abschließend entschieden ist in der Rechtsprechung des BFH der Fall, daß bis zu drei „Großobjekte“ (als Gegensatz zu „Wohnobjekten“, z.B. ein Mehrfamilienhaus und ein Fabrikgrundstück, d.h. solche Immobilien, deren Wert mutmaßlich den Wohnobjekten übersteigen) ohne zwischenzeitliche Werterhöhung „durchgehandelt“ werden<sup>86</sup>. Der – die anderen Ertragsteuersenate des BFH nicht bindende – Vorlagebeschluß des XI. Senats des BFH vom 2.9.1992<sup>87</sup> hat sich für eine Gleichbehandlung aller Objekte ausgesprochen. Dem ist m.E. zu folgen, da beim „Typus des Handels“ ein Mindestvolumen des Warenumschlages vorausgesetzt wird und die dogmatische Sperrwirkung des § 23 EStG zu beachten ist. Weniger als vier An- und Verkäufe sind auch hier nicht steuerbar. Das BMF-Schreiben vom 20.12.1990<sup>88</sup> nimmt Gewerblichkeit auch dann an, wenn die Zahl von vier Objekten nicht erreicht ist.

## 3. Geklärt: Errichtung und Veräußerung von Großobjekten

Gegenüber dem vorstehend erörterten Durchhandeln von „Großobjekten“ hat die gewerbliche Produktion für den Markt eine besondere steuerliche Qualität. Der X. Senat des BFH hat entschieden<sup>89</sup>: Erwirbt jemand zwei Grundstücke,

errichtet er hierauf in Verkaufsabsicht jeweils ein Supermarktgebäude und veräußert er diese Grundstücke in zeitlichem Zusammenhang mit der Bebauung, unterhält er einen Gewerbebetrieb; die zu Wohneinheiten entwickelte „Drei-Objekt-Grenze“ schließt diese Annahme nicht aus. Errichtet ein Bauherr „nach Art eines Bauträgers/Bauunternehmers“ zwei gewerbliche Großobjekte in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht, ergibt sich die Gewerblichkeit nicht lediglich aus der wiederholten Anschaffung und Veräußerung von Wirtschaftsgütern i.S. eines marktmäßigen Umschlages von Sachwerten: Die Errichtung von Gebäuden der in jenem Fall zu beurteilenden Größenordnung entspreche dem Bild des „typischen“ – produzierenden – Unternehmers, der eigeninitiativ tätig werde und Produktionsfaktoren – die eigene Arbeit, Eigen- und Fremdkapital, selbständig und nichtselbständig erbrachte Leistungen Dritter – zu marktfähigen Güter- und Dienstleistungsangeboten bündele und sie auf eigenes Risiko am Markt absetze. „Urbild“ des auf dem Grundstücksmarkt tätigen Produzenten sei der Bauunternehmer. Ergebe sich hiernach die Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebs“ bereits unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen und mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen „Produktion für den Markt“, könne dieses Ergebnis nicht mehr aufgrund der Indizwirkung einer geringeren Zahl von Objekten korrigiert werden.

Durch Urteil vom 14.1.1998<sup>90</sup> hat der X. Senat des BFH diese Rechtsgrundsätze auf den Fall angewandt, daß ein der Baubranche nahestehender Steuerpflichtiger ein einziges Grundstück erworben, dieses mit einem Sechsfamilienhaus bebaut und an eine ihm selbst und seinen Söhnen gehörende GmbH veräußert hatte<sup>91</sup>. Zur Begründung führt er u.a. aus: Nur aufgrund dieser Auslegung des § 15 Abs. 2 EStG sei eine den Erfordernissen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1

<sup>82</sup> BFH v. 27.2.1991 XI R 37/89, BFH/NV 1991, 524.

<sup>83</sup> BFH-Urteil vom 23.1.1991 X R 105-107/88, a.a.O. (Fn. 25).

<sup>84</sup> BFH v. 16.1.1969 IV R 34/67, BStBl II 1969, 375, mit der Einschränkung für das eigengenutzte Haus; BFH v. 27.9.1991, a.a.O. (Fn. 82), m.w.N.

<sup>85</sup> BFH-Urteile vom 28.1.1988 IV R 2/85, BFH/NV 1988, 580; vom 23.1.1991, a.a.O. (Fn. 25); Urteil in BFH/NV 1993, 24; vgl. generell zu branchengleichen Geschäften BFH-Urteil vom 18.3.1982 IV R 183/78, BFHE 136, 76, BStBl II 1982, 587.

<sup>86</sup> BFH v. 20.11.1990 VIII B 102/89, BFH/NV 1991, 304; ausdrücklich offengelassen durch BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); BFH v. 15.12.1992, a.a.O. (Fn. 38).

<sup>87</sup> BFH v. 2.9.1992 XI R 21/91, BStBl II 1993, 668. Der IV. und der X. Senat sind der Auffassung, diese Frage sei noch offen; s. BFH v. 24.1.1996 XR 255/93, a.a.O. (Fn. 27); v. 22.4.1998 IV B 19/98, BFH/NV 1998, 1033.

<sup>88</sup> BMF v. 20.12.1990, BStBl I 1990, 884, Rdnr. 9.

<sup>89</sup> BFH v. 24.1.1996, a.a.O. (Fn. 27). Die Grundsätze über die Indizwirkung der sog. Drei-Objekt-Grenze stehen dieser Annahme schon deswegen nicht entgegen, weil Gegenstand der Tätigkeit keine Wohneinheiten, sondern gewerbliche Großobjekte (Supermärkte) sind. Die Entscheidung verweist auf das BFH-Urteil v. 23.10.1956 I 116/55 U, BStBl III 1957, 17; vgl. ferner BFH v. 15.12.1971 IR 49/70, BStBl II 1972, 291. Dort hatte der BFH entschieden, daß ein im übrigen freiberuflich tätiger Architekt, der sich zur Erstellung eines schlüsselfertigen Baus auf einem dem Erwerber zu übereignenden Grundstück verpflichtet hatte, über die freiberufliche Tätigkeit hinaus gewerblich tätig ist.

<sup>90</sup> BFH v. 14.1.1998, a.a.O. (Fn. 47). Das Gebäude wurde sodann in 6 Eigentumswohnungen aufgeteilt, die bald veräußert wurden. Zur Frage einer Steuerumgehung s. unten VII. 1. Die Behauptung von *Herzig/Lutterbach* (DStR 1999, 521, 525), der X. Senat sei mit dieser Entscheidung von der ständigen Rechtsprechung abgewichen, und er habe mit seinem Urteil vom 14.1.1998 (Fn. 47) der Entscheidung des Großen Senats vorgegriffen, entbehrt jeder Grundlage. Die sachlichen Zusammenhänge sind dargestellt im BMF-Schreiben v. 16.12.1998 (FR 1999, 222). Das BMF stellt zutreffend heraus, daß der Vorlagebeschluß des X. Senats vom 29.10.1997 (Fn. 94) die Frage betrifft, „ob die ‚Drei-Objekt-Grenze‘ in ihrem klassischen Anwendungsbereich, nämlich der Veräußerung von Eigentumswohnungen oder Einfamilienhäusern, in den sog. ‚Errichtungsfällen‘ generell aufgegeben werden soll“. Es könne mithin nicht die Rede davon sein, daß der X. Senat mit dem Urteil vom 14.1.1998 die noch ausstehende Entscheidung des Großen Senats vorweggenommen habe. Das BMF weist darauf hin, daß nach seinem Schreiben vom 20.12.1990 (BStBl I 1990, 884) die Drei-Objekt-Grenze bei der Veräußerung von Mehrfamilienhäusern und Großobjekten überhaupt nicht angewendet werde. Mit dieser Begründung hat er es abgelehnt, eine Übergangsregelung zu treffen. – *Herzig/Lutterbach* arbeiten mit einem fragwürdigen (oben II. 2.) „Begriff der Nachhaltigkeit“, wenn sie Errichtung und Veräußerung von zwei Supermarktgebäuden als nicht nachhaltige Vermögensverwaltung (!) einstufen. Weiterhin schreiben sie (a.a.O. S. 526): Die Vernachlässigung der Unterscheidung zwischen einem Bauherrn und einem Bauunternehmer „würde zu dem recht absurden (sic!) Ergebnis führen, daß auch die Errichtung und der zeitnahe Verkauf eines Einfamilienhauses als typische Tätigkeit eines Bauunternehmers anzusehen wäre, auch wenn das Gebäude zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden sollte“. *Herzig/Lutterbach* übersehen, daß eigengenutzte Einfamilienhäuser generell „nicht mitzählen“ (s. oben zu Fn. 24).

<sup>91</sup> Unter Bezugnahme auf die Arbeitsgemeinschaften betreffende Grundsatzentscheidung zum Begriff „nachhaltig“ BFH v. 23.2.1961, IV 323/59, BStBl III 1961, 194.

GG) genügende Erfassung aller Fälle einer gewerblichen Produktion für den Markt möglich, wie sie der Große Senat des BFH in seinem Beschluß vom 3. 7. 1995<sup>92</sup> gefordert habe.

Der IV. Senat des BFH ist, indem er im Beschluß vom 22.4.1998<sup>93</sup> die Rechtslage hinsichtlich der Errichtung und Veräußerung von „Großobjekten“ für „ernstlich zweifelhaft“ (§ 69 FGO) erklärt hat, von der Rechtsprechung des X. Senats abgewichen.

#### 4. Vorlage an den Großen Senat: Errichtung und Veräußerung von bis zu drei Wohnobjekten.

Nunmehr hat der X. Senat des BFH dem Großen Senat die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Errichtung von bis zu drei *Wohnobjekten* (in jenem Streitfall Eigentumswohnungen) in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht und die hiermit in sachlichem sowie zeitlichem Zusammenhang stehende Veräußerung dieser Objekte eine gewerbliche Tätigkeit darstelle, weil diese „dem Bild eines Bauunternehmers/Bauträgers entspreche“<sup>94</sup>. Er selbst bejaht diese Frage, da eine Zuordnung zum Typus des Bauunternehmers/Bauträgers bereits dann möglich sei, wenn ein einziges Wohnobjekt für Zwecke des Absatzes am Grundstücksmarkt errichtet werde. Der X. Senat führt u.a. aus:

„Diese Auslegung ist gleichheitsrechtlich geboten, da andernfalls der steuerrechtliche Belastungsgrund des § 15 EStG nicht folgerichtig umgesetzt würde. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fordert der Gleichheitssatz nicht eine immer mehr individualisierende und spezialisierende Steuergesetzgebung, sondern die Regelung eines allgemein verständlichen und möglichst unausweichlichen Belastungsgrundes; deshalb darf der Gesetzgeber einen steuererheblichen Vorgang um der materiellen Gleichheit willen im typischen Lebensvorgang erfassen und individuell gestaltbare Besonderheiten unberücksichtigt lassen<sup>95</sup>. Die Steuerrechtsprechung ihrerseits muß bei der Auslegung des Gesetzes die Verständlichkeit des Belastungsgrundes sichern. Sie muß die der Schaffung des Steuertatbestandes zugrundeliegende gesetzliche Belastungsentscheidung – hier: die Steuerbarkeit der Einkünfte von Produzenten, Händlern und Dienstleistenden auf der Rechtsgrundlage des § 15 EStG – folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umsetzen<sup>96</sup>...“

Wer selbständig und unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ein Gebäude errichtet, ist ebenso Gewerbetreibender wie der Baubetreuer, der als Dienstleistender die Wertschöpfung auf dem Bausektor organisiert, ohne dem Abnehmer zugleich ein Grundstück zu verschaffen. Ihrer Art nach gewerbliche Leistungen ändern nicht aus dem einzigen Grund die Rechtsqualität, weil der Unternehmer dem Besteller/Abnehmer zusätzlich auch das Eigentum an dem bebauten Grundstück verschafft.“

<sup>92</sup> A.a.O. (Fn. 2).

<sup>93</sup> BFH v. 22.4.1998, a.a.O. (Fn. 10): Die Frage, ob eine GbR durch die Errichtung von drei Mehrfamilienhäusern mit insgesamt 32 Wohnungen auf einem Grundstück und dessen Veräußerung unmittelbar nach Fertigstellung der Wohnungen gewerblich tätig wird, sei im Hinblick auf den Vorlagebeschluß des X. Senats v. 29.10.1997 X R 183/96 (BFHE 184, 355, DStR 1998, 367 [= MittBayNot 1998, 206]; hierzu unten 4.) ernstlich zweifelhaft. Dieser Vorlagebeschluß betrifft die Errichtung von „Wohnobjekten“ und zielt auf eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung ab. Zur Errichtung von „Großobjekten“ gab es hingegen keine Rechtsprechung; der X. Senat war daher bei Erlaß des „Supermarkt-Urteils“ nicht gebunden. Es ist derzeit noch nicht absehbar, wann der Große Senat des BFH über diese Vorlage entscheiden wird.

<sup>94</sup> BFH v. 29.10.1997 X R 183/96, BStBl II 1998, 332 [= MittBayNot 1998, 206].

<sup>95</sup> BVerfG v. 10.4.1997 2 BvL 77/92, BStBl II 1997, 518.

<sup>96</sup> Vgl. BVerfG v. 22.6.1995 2 BvL 37/91, BStBl II 1995, 655, unter C.II.1.d.

## VII. Gewerblichkeit bei Beteiligung an Gesellschaften

### 1. Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft

Die zivilrechtliche Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft ist grundsätzlich auch steuerrechtlich zu respektieren<sup>97</sup>. Veräußert der Erbauer eines Gebäudes dies an eine ihm nahestehende (Kapital-)Gesellschaft, ist stets zu prüfen, ob in deren Zwischenschaltung ein Scheingeschäft (§ 41 AO) oder ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO) zu sehen ist<sup>98</sup>. Nach dem BFH-Urteil vom 12.7.1991<sup>99</sup> kommt eine mißbräuchliche Gestaltung insbesondere dann in Betracht, wenn die in den Vertrieb eines sofort oder wenig später parzellierten Grundstücks eingeschaltete Gesellschaft im wesentlichen nur zu dem Zweck des Kaufs und Weiterverkaufs der Grundstücke gegründet worden ist und einen so hohen Kaufpreis gezahlt hat, daß von vornherein nur ein Verlust oder ein unerheblicher Gewinn aus dem Weiterverkauf zu erwarten war.

Das BFH-Urteil vom 17.6.1998<sup>100</sup> geht einen Schritt weiter. Ein Tiefbauunternehmer hatte ein großes Areal erworben, mit dessen Erschließung begonnen und das Grundstück sodann an eine ihm selbst und seinem Sohn gehörende GmbH veräußert. „Für sich betrachtet“ waren An- und Verkauf mangels Nachhaltigkeit nicht steuerbar<sup>101</sup>. Nach Auffassung des BFH ist aber zu prüfen, ob sich die Steuerbarkeit „aus § 15 EStG – jedenfalls i.V.m. § 42 AO“ – unter dem Gesichtspunkt ergibt, daß der Einzelunternehmer „aufgrund mittelbarer Tatherrschaft“<sup>102</sup> „den einkommensteuerbaren Handlungstatbestand arbeitsteilig organisiert und sich selbst den wirtschaftlichen Erfolg der Transaktion sichert“. Die Entscheidung unternimmt es, die „Subsumtion“ unter die sehr vagen und vielfach changierenden Definitionen der Steuerumgehung zu vermeiden, unmittelbar der „umgangenen“ Norm zur Rechtsgeltung

<sup>97</sup> BFH v. 25.1.1996 IV R 76/92, BFH/NV 1996, 678; die Frage ist ausdrücklich offengeblieben in den Entsch. v. 2.9.1992, XI R 21/91, BStBl II 1994, 668, unter B. II: 12; v. 25.1.1996 IV R 76/92, a.a.O. (Fn. 97). Gegen eine Anrechnung von Grundstücksgeschäften einer GmbH auch OFD Düsseldorf, DStR 1997, 1208; OFD Münster Vfg. v. 30.6.1997, zitiert bei *Schmidt-Liebig*, Inf 1998, 257. Zum Problemstand BFH v. 20.5.1998, a.a.O. (Fn. 24), m.w.N. von Rechtsprechung und Literatur.

<sup>98</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20); v. 4.3.1993, a.a.O. (Fn. 53), unter 2.; BFH v. 14.1.1998, a.a.O. (Fn. 47), unter II. 8.; v. 20.5.1998, a.a.O. (Fn. 24), unter II. 4. e aa. S. ferner BFH v. 25.4.1996 VIII B 50/95, BFH/NV 1996, 746; diese Entscheidung bezieht sich für seine Aussage auf die Rechtsprechung zur Zwischenschaltung ausländischer Kapitalgesellschaften und zur sog. umsatzsteuerrechtlichen Zwischenvermietung sowie zur zivilrechtlichen Rechtslage bei Mißbrauch der Rechtsform einer juristischen Person zu rechtlich mißbilligten Zwecken. Ernstliche Zweifel zur Anwendbarkeit des § 42 äußert noch der zeitlich zuvor ergangene BFH-Beschluß v. 20.5.1998, a.a.O. (Fn. 24).

<sup>99</sup> BFH v. 12.7.1991, a.a.O. (Fn. 20).

<sup>100</sup> BFH v. 17.6.1998, a.a.O. (Fn. 62); s. bereits BFH v. 4.3.1993 IV R 28/92, BFH/NV 1994, 773.

<sup>101</sup> Etwas anderes gilt m.E., wenn der Steuerpflichtige „als Erschließungsunternehmer“ agiert und mittels werterhöhender Maßnahmen dem Grundstück zu einer anderen Marktängigkeit verholfen hätte. Kritisch zum BFH-Urteil v. 13.12.1995, a.a.O. (Fn. 57), das der erschließungsunternehmerischen Werterhöhung keinerlei Bedeutung beimißt, Fischer, FR 1996, 391.

<sup>102</sup> Bezugnahme auf *von Groll* (Mitglied des X. Senats des BFH), in *StuW* 1995, 326.

zu verhelfen<sup>103</sup> und die Grundfrage einer Zurechnung des steuerbaren Handlungs- und Erfolgstatbestandes herauszustellen, deren *sedes materiae* § 2 Abs. 1 EStG ist.

## 2. Beteiligung an einer Personengesellschaft

Werden von den Mitgliedern einer Personengesellschaft Grundstücke veräußert, ist zunächst darauf abzustellen, ob die Gesellschafter die Voraussetzungen eines gewerblichen Grundstückshandels in ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit erfüllt haben<sup>104</sup>. Für diese Beurteilung der Tätigkeit einer Personengesellschaft sind Geschäfte nicht einzubeziehen, welche ein Gesellschafter nicht im Rahmen der Gesellschaft, sondern davon losgelöst als Einzelperson tätigt<sup>105</sup>.

Der Große Senat des BFH hat mit Beschluß vom 3.7.1995<sup>106</sup> darüber hinaus entschieden, daß Grundstücksgeschäfte einer primär vermögensverwaltenden Personenmehrheit in die steuerrechtliche Gesamtbeurteilung der eigenen Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter einbezogen werden dürfen und dadurch den Tatbestand der Gewerblichkeit mitbegründen können, auch wenn der Gesellschafter die Beteiligung nicht in einem Betriebsvermögen hält; insoweit hat die Personengesellschaft keine steuerrechtliche Abschirmwirkung. Schließlich hat er erkannt, daß wirtschaftliche Aktivitäten, die ein Steuerpflichtiger in seiner Person tätigt, die aber als solche die erforderliche Nachhaltigkeit noch nicht erreichen, in einer Gesamtschau mit einer mitunternehmerischen Betätigung gewertet werden können. Ebenso könnten gemeinschaftlich verwirklichte Aktivitäten, die auf der Ebene der Gesellschaft noch nicht als gewerblich zu qualifizieren sind, und damit sachlich zusammenhängende Tätigkeiten des Steuerpflichtigen selbst, und zwar auch solche im Rahmen einer anderen vermögensverwaltenden Gesellschaft, im Interesse einer sachlich zutreffenden Besteuerung des Gesellschafters in seiner Person insgesamt als gewerblich einzustufen sein. Einer Zusammenschau aller dem Steuerpflichtigen zuzurechnenden Aktivitäten bedarf es auch dann, wenn dieser an mehreren grundstücksverwaltenden Personengesellschaften beteiligt ist<sup>107</sup>. Ungeachtet dessen kann der Gesellschafter allerdings in

eigener Person nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles daneben auch Grundstücke privat verwalten<sup>108</sup>. Für die betriebliche Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (sog. ZebraGesellschaft) hatte der Große Senat des BFH bereits im Beschluß vom 25.6.1984<sup>109</sup> ausgesprochen, eine sachgerechte Besteuerung von Veräußerungsgewinnen des Gesellschafters sei deswegen möglich, weil dieser vermittels seines Geschäftsanteils anteilig an den Wirtschaftsgütern der Gesellschaft beteiligt sei und diese bei ihm Betriebsvermögen darstellten. Bei der Umsetzung dieser materiellen Rechtslage ergeben sich schwierige verfahrensrechtliche Probleme<sup>110</sup>.

## 3. Insbesondere: gesellschaftsrechtliche Verfügung über Grundstücke

Die Rechtsprechung hat ferner bei der Beantwortung der Frage, ob die Drei-Objekt-Grenze überschritten ist, prinzipiell auch die Veräußerung von Anteilen an Grundstücksgesellschaften – insoweit in Übereinstimmung mit der Auffassung des BMF<sup>111</sup> – in die Gesamtwürdigung einbezogen<sup>112</sup>. Der IV. Senat des BFH hat die Veräußerung eines Anteils an einer Grundstücksgesellschaft als Verkauf mindestens eines Objektes beurteilt, allerdings dahingestellt gelassen, ob auch auf die Zahl der von der Personengesellschaft gehaltenen Objekte abgestellt werden könnte<sup>113</sup>. Die Literaturmeinungen hierzu sind geteilt<sup>114</sup>. Die Verwaltung praktiziert als Untergrenze eine Beteiligungsquote von 10 v.H.<sup>115</sup>.

Zur Frage eines gewerblichen Grundstückshandels mittels Verfügung über jeweils hälftige Anteile an drei Personengesellschaften, die insgesamt vier Großobjekte besaßen, hat nunmehr der BFH mit Urteil vom 10.12.1998<sup>116</sup> entschieden, er habe „unter den gegebenen Umständen und im Rahmen einer Gesamtschau“ keine Bedenken gegen die vom BMF<sup>117</sup> vertretene Auffassung, daß die Veräußerung der Beteiligung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 einer anteiligen Grundstücksver-

<sup>103</sup>Die zivilrechtliche Doktrin der – der Steuerumgehung zwillingsverschwierten – Gesetzesumgehung ist fortschrittlicher. Die Formel von der „Selbstbewahrung einer Norm aus eigener Kraft“ wird im Anschluß an *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 69, verwendet von BGH v. 15.1.1990 II ZR 164/88, BGHZ 110, 47 (64) [= MittBayNot 1992, 37]: „Denn die Gesetzesumgehung ist eine Frage der Rechtsanwendung, die an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit einer Norm aus eigener Kraft anknüpft.“ S. ferner BGH v. 11.10.1991 V ZR 127/90, BGHZ 115, 335. Das BFH-Urteil v. 17.6.1998, a.a.O. (Fn. 62) führt u.a. aus: „die Bewertung als ‚Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts‘ erhält ihre rechtliche Begründung aus dem gesetzlichen Tatbestand des § 15 EStG, dessen Rechtsgeltung gerade für den Fall zu sichern ist, daß der Steuerpflichtige der Verwirklichung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale dadurch auszuweichen sucht, daß er diese ‚pro forma‘ auf ein anderes Rechtssubjekt ‚auslagert‘. Ein solcher Umweg ist im Verhältnis zum Belastungsgrund des § 15 EStG ‚unan-gemessen‘, weil er das vom Steuerpflichtigen organisierte und beherrschte Geschehen ‚künstlich‘ und ohne außersteuerlichen wirtschaftlich vernünftigen Grund auf verschiedene ‚Rechtsträger‘ aufteilt...“ Zum dogmatischen Hintergrund s. Fischer, Die Steuerumgehung in der neueren Rechtsprechung des BFH, SWI 1999, 79.

<sup>104</sup>BFH v. 20.11.1990, a.a.O. (Fn. 77); v. 7.3.1996 IV R 2/92, BStBl II 1996, 369, unter I. 2., m.w.N.

<sup>105</sup>BFH v. 25.1.1996, a.a.O. (Fn. 97), m.w.N.

<sup>106</sup>BFH v. 3.7.1995, a.a.O. (Fn. 2), unter C. IV. 1. der Gründe.

<sup>107</sup>A.a.O., unter C. IV. 3. d der Gründe.

<sup>108</sup>A.a.O. unter C. IV. 3. e der Gründe; ferner BFH v. 12.7.1991 III R 47/88, BStBl II 1992, 143; v. 30.6.1993, a.a.O. (Fn. 69); v. 20.4.1994 X B 100/93, BFH/NV 1994, 853.

<sup>109</sup>BFH v. 25.6.1984, a.a.O.

<sup>110</sup>BFH v. 11.12.1997 III R 14/96, BFHE 185, 177, DStR 1998, 525.

<sup>111</sup>BMF BStBl I 1990, 884 Tz. 16.

<sup>112</sup>Vgl. zum Erwerb und zur Veräußerung von Objekten im Rahmen von Baureihenmodellen als gewerblichem Grundstückshandel BFH v. 12.9.1995 IX R 140/92, BStBl II 1995, 839.

<sup>113</sup>BFH v. 7.3.1996 IV R 2/92, BStBl II 1996, 369, unter I. 3. e, bb der Gründe.

<sup>114</sup>Auf die Zahl der gehaltenen Objekte soll es ankommen nach Auffassung von *Schmidt*, EStG, Kommentar, 17. Aufl. 1998, § 15 Rdnr. 73 („der Grundstücksveräußerung gleichwertig“); *Schulze zur Wiesche* in *Hartmann/Böttcher/Nissen/Bordewin*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 15 Rdnr. 99; *Kempermann* in *DStR* 1996, 1158; *Bitz* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 133, 134; *Schmidt-Liebig*, Inf., 1996, 107, 108; zweifelnd ders. in *FR* 1997, 325, 331; anders wohl jetzt für Immobilien-Fonds BB 1998, 563, 566; ferner Anm. von *Weber-Grellet* in *DStR* 1995, 1341, 1342; *Penne/Holz*, WPg 1995, 753, 760; *Bitz*, *DStR* 1998, 433, 437; *Paus*, *DSz* 1991, 740, 742; kritisch generell *Prinz*, *DStR* 1996, 1145, 1150, m.w.N.; *Kupfer*, *KÖSDI* 1996, 10638, 10649. A.A. *Gast-de Haan*, *DSz* 1992, 289, 293.

<sup>115</sup>BMF BStBl II 1990, 884, Rdnr. 15.

<sup>116</sup>BFH v. 10.12.1998 III R 61/97, *FR* 1999, 307 [= MittBayNot 1999, 320].

<sup>117</sup>BMF BStBl I 1990, 884, Rdnr. 16; s. auch OFD Düsseldorf *DStR* 1997, 1208; eingehend *Schmidt-Liebig*, BB 1998, 563.

äußerung gleichzustellen ist und es mithin auf die Zahl der im Gesamthandsvermögen befindlichen Grundstücke ankommt. Hierzu sei kritisch angemerkt: Diese rechtliche Aussage muß freilich jedenfalls aus der Sicht der h.M. die Frage aufwerfen, inwiefern die (einzige!) Veräußerung eines Anteils an einer vier Grundstücke besitzenden Personengesellschaft „nachhaltig“ ist (hierzu oben III. 4. d e). Und wie ist die Rechtslage, wenn ein Steuerpflichtiger eine Beteiligung an einer Personengesellschaft – etwa einem Immobilien-Fonds – veräußert, dem 5, 20 oder 100 Eigentumswohnungen gehören? Das BMF bejaht hier bei einer Beteiligung von über 10 v.H. Gewerblichkeit; dies ist indes rechtlich fragwürdig.

### VIII. Schlußbetrachtung

Die letzteren Kontrollfragen zeigen: „Es gibt noch viel zu tun.“ Die Rechtsprechung wird hinsichtlich der unter der untechnischen Sammelbezeichnung „gewerblicher Grundstückshandel“ zusammengefaßten Tätigkeiten nur überzeugende Ergebnisse zeitigen, wenn sie Ernst macht mit einer typologischen und Tatbestandssicherheit gewährleistenden Orientierung an den „Bildern des Händlers, der Produzenten und des Dienstleistenden“. Dies erfordert zunächst eine unterschiedliche Auslegung des § 15 Abs. 2 EStG danach, ob es um den (bloßen) Handel mit Grundstücken oder um eine grundstücksbezogene unternehmerische Wertschöpfung geht. Dadurch, daß ein zeitnaher Verkauf eine Veräußerungsabsicht materiell- und verfahrensrechtlich de facto unwiderlegbar indiziert, läuft die Rechtsprechung Gefahr, durch unzulässiges Richterrecht einen neuen Steuertatbestand zu schaffen, der die Sachgesetzlichkeiten der Vermögensverwaltung verkennt und sich mit den vom Gesetz vorausgesetzten „Urtypen“ des

Gewerbes und auch der Vermögensverwaltung nicht vereinbaren läßt. Zur Vermögensverwaltung hatte der RFH in seiner Entscheidung vom 28.11.1928 / 6.2.1929<sup>118</sup> zutreffend ausgeführt:

„Es widerspricht dem Begriff der bloßen Vermögensverwaltung nicht, wenn bereits beim Erwerb der Gegenstände die spätere Möglichkeit günstiger Wiederveräußerung berücksichtigt wird. Es gehört zum Wesen einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung, nicht bloß die zu erwartenden Erträge, sondern auch die Wiederverkaufsmöglichkeit zu beachten. Und es widerspricht dem Wesen der bloßen Vermögensverwaltung nicht, wenn Gegenstände erworben werden, die einen entsprechenden Ertrag nicht gewähren, bei denen aber mit einer Wertsteigerung zu rechnen ist, die beim Wiederverkauf einen Ersatz für den nicht erzielten Ertrag in Gestalt eines Veräußerungsgewinns gewähren.“

In der neueren Rechtsprechung hat diese Erwägung keinen Niederschlag gefunden. Die mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 in Kraft getretene Verbreiterung der Bemessungsgrundlage durch Ausweitung der Spekulationsfrist entschärft das einkommensteuerrechtliche Problem, macht dieses aber schon wegen des systematischen Vorrangs der gewerblichen Einkünfte (§ 23 Abs. 2 EStG) und der andersartigen Ermittlung des gewerblichen Gewinns nicht gegenstandslos. Die gewerblich produzierten und gehandelten „Objekte“ sind Betriebsvermögen. Ihre Vermietung führt zu Einkünften aus Gewerbebetrieb, wobei für Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens keine AfA gewährt wird. Andererseits gilt für gewerbliche Einkünfte – derzeit noch – die Tarifkappung des § 32 c EStG. Für die Gewerbesteuer hat sich durch die jüngste „Steuerreform“ ohnehin nichts geändert.

<sup>118</sup>RFH v. 28.11.1928 / 6.2.1929 VI A 1523/28, StuW 1929 Nr. 347 f.

# Das Bundes-Bodenschutzgesetz und seine Auswirkungen auf den Grundstückskaufvertrag

Von Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, Coburg

Zum 1.3.1999 ist das Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG)<sup>1</sup> in Kraft getreten. Die Problematik der Altlastensanierung von Grundstücken wird damit bundeseinheitlich geregelt. Der vorliegende Beitrag wird sich neben der Vorstellung des neuen Gesetzes vorrangig mit der Frage beschäftigen, ob und inwieweit es nach Inkrafttreten des BBodSchG angezeigt ist, das Altlastenrisiko im Grundstückskaufvertrag grundsätzlich, also auch in zunächst völlig unverdächtigen Fällen, anzusprechen und besonders zu regeln, insbesondere auch darüber zu belehren. Abschließend folgen einige Anmerkungen zur Gestaltung bei bekanntem Altlastenverdacht.

## I. Das Bundes-Bodenschutzgesetz

Mit dem BBodSchG wird 39 Jahre nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes und 25 Jahre nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz auch der Schutz des Bodens auf Bundesebene geregelt. Das Gesetz überläßt den Ländern zukünftig nur noch die Regelung der Altlastenerfassung und der Gefahrforschung<sup>2</sup>, den Erlaß von Verfahrensvorschriften<sup>3</sup> sowie Regelungen für besonders schädliche Bodenveränderungen und „flächenhaft“ belastete Gebiete<sup>4</sup>. In Bayern ist zeitgleich zum 1. März das Bayerische Bodenschutzgesetz (BayBodSchG) in Kraft getreten<sup>5</sup>. Zuständig sind hier die Kreisverwaltungsbehörden (Art. 10 Abs. 2 BayBodSchG).

### 1. Gesetzeszweck und Anwendungsbereich

Zweck des Gesetzes ist nach § 1 S. 1 BBodSchG die Sicherung und Wiederherstellung der Bodenfunktionen. Allerdings werden wesentliche Teile der Prävention, insbesondere die Frage des zulässigen Umfangs auf den Boden einwirkender Immissionen in Form von Luftschadstoffen, Düngemitteln, etc. vom Anwendungsbereich ausgenommen. Gegenüber dem BImSchG, dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz<sup>6</sup> und anderen Gesetzen mit bodenschutzrechtlichem Bezug ist das BBodSchG nur subsidiär anwendbar (§ 3 Abs. 1 BBodSchG).

### 2. Altlasten und schädliche Bodenveränderungen

Der Begriff Altlast wird im allgemeinen wie im juristischen Sprachgebrauch häufig zur Umschreibung von umweltgefährdenden Bodenverunreinigungen verwandt<sup>7</sup>. Die Definitionen

in den Abfallgesetzen der Länder hingegen qualifizieren im Kern nur ehemalige Abfalldeponien (Altablagerungen) und stillgelegte Industrie- und Gewerbeflächen, auf denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist (Altstandorte), zu Altlasten<sup>8</sup>. Durchaus nicht unproblematisch sind daher vertragliche Regelungen, die den Begriff Altlast einführen, ohne denselben zu definieren. Die Rechtsprechung legt der Auslegung dann häufig das öffentlich-rechtliche Begriffsverständnis zugrunde<sup>9</sup>, was möglicherweise gerade nicht den Vorstellungen der Beteiligten entspricht.

Diese enge Definition hat der Bundesgesetzgeber nun aufgegriffen und gleichzeitig den neuen, übergeordneten Begriff der schädlichen Bodenveränderungen eingeführt (§ 2 Abs. 3 und 5 BBodSchG). Letztere sind Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen.

Der Altlast als besonderen Erscheinungsform schädlicher Bodenveränderungen kommt nur noch im Rahmen der Erfassung und Sanierung eine besondere Bedeutung zu (§§ 11 bis 16 BBodSchG)<sup>10</sup>.

Um eine bundeseinheitliche Gesetzesanwendung zu sichern und Rechtssicherheit für die Betroffenen zu schaffen, ermöglicht § 8 BBodSchG den Erlaß von Rechtsverordnungen, die insbesondere konkrete Schwellenwerte für das Ergreifen von Gefahrforschungsmaßnahmen (Prüfwerte, § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 1) und das Einleiten der Sanierung (Maßnahmewerte; Nr. 2) sowie Sanierungszielwerte (Nr. 3) zur Erfolgskontrolle der Sanierung festlegen können. Bis Ende Mai lag die geplante Bundes-Bodenschutzverordnung (BBodSchV) allerdings nur im Entwurf vor.

Die Begriffe Verdachtsfläche und altlastenverdächtige Flächen werden ebenfalls bundeseinheitlich definiert (§ 2 Abs. 4 und 6 BBodSchG).

### 3. Gesetzliche Pflichten

In recht diffiziler Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden Pflichten zur Vorsorge, Abwehr, Sanierung und Beseitigung von schädlichen Bodenveränderungen sowie besondere Informations-, Untersuchungs-, Planungs- und Überwachungspflichten für Altlasten begründet.

#### a) Prävention

Die jedermann treffende Grundpflicht, das Herbeiführen schädlicher Bodenveränderungen zu unterlassen (§ 4 Abs. 1

<sup>1</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten vom 17.3.1998, BGBl. 1998 I 502. Die Verordnungsermächtigungen des Gesetzes gelten bereits seit 25.3.1998.

<sup>2</sup> Nach §§ 9 Abs. 2 S. 3, 11 BBodSchG, Art. 1 ff. BayBodSchG; § 21 Abs. 2 bis 4 BBodSchG, Art. 7 ff. BayBodSchG.

<sup>3</sup> § 21 Abs. 1 BBodSchG.

<sup>4</sup> § 21 Abs. 2 und 3 BBodSchG; Art. 5 Abs. 2 BayBodSchG.

<sup>5</sup> Bayerisches Bodenschutzgesetz – BayBodSchG vom 23.2.1999, GVBl. Nr. 5/1999 S. 36.

<sup>6</sup> Ausnahme: § 13 Abs. 5 BBodSchG.

<sup>7</sup> Vgl. § 5 Abs. 3 Nr. 3 und § 9 Abs. 5 Nr. 3 BauGB zur Kennzeichnungspflicht von „Flächen, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind“ sowie die Definition des BGH (NJW 1993, 993 ff.): „Belastung des Bodens und Untergrundes mit Stoffen, die Gesundheit und Umwelt gefährden“.

<sup>8</sup> Z.B. Art 26 Abs. 1, 2, 4 BayAbfAlG, § 28 LAbfG NW.

<sup>9</sup> *Wächter*, NJW 1997, 2073, 2076; *Schürmann*, MittRhNotK 1994, 1; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.8.1996, MittRhNotK 1997, 26.

<sup>10</sup> Auch das gilt nur eingeschränkt, denn die Länder können bestimmen, daß die besonderen Überwachungs- und Sanierungsvorschriften auch auf Verdachtsflächen und „besonders“ schädliche Bodenveränderungen ausgedehnt werden: § 21 Abs. 2 BBodSchG. Bayern hat hiervon Gebrauch gemacht (Art. 5 Abs. 2 BayBodSchG). Die Vorsilbe „Alt“ kann zudem zu Mißverständnissen führen, da auch in Zukunft „Neulasten“ entstehen können: § 4 Abs. 5 S. 1 BBodSchG.

BBodSchG), ist sanktionslos<sup>11</sup>. Bei drohender Gefahr müssen Eigentümer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt Abwehrmaßnahmen ergreifen (§ 4 Abs. 2 BBodSchG).

## b) Sanierung

Die Pflicht zur Sanierung von schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten regeln die § 4 Abs. 3, 4 und 5 BBodSchG. Ziel der Sanierung ist, daß dauerhaft keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen. Unter den Begriff der Sanierung faßt das Gesetz die Beseitigung oder Verminderung der Schadstoffe (Dekontamination), die langfristige Eindämmung der Ausbreitung der Schadstoffe ohne deren Beseitigung (Sicherung) und die Beseitigung oder Verminderung schädlicher Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Bodens (§ 2 Abs. 7 BBodSchG). Erst wenn die Sanierung nicht möglich oder unzumutbar ist, sind sonstige Maßnahmen, wie etwa Nutzungsbeschränkungen, zu ergreifen, um die Gefahren zumindest zu vermindern (Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen, §§ 4 Abs. 3 Satz 3, 2 Abs. 8 BBodSchG). Da die Sanierung von Altlasten typischerweise komplex ist, kann die Behörde im Rahmen des § 13 BBodSchG umfangreiche Sanierungsuntersuchungen durch besonders Sachverständige sowie die Vorlage eines Sanierungsplanes verlangen.

Im Vorgriff auf die Sanierungsanordnung kann der Behörde der Abschluß eines Sanierungsvertrages angeboten werden. Im Bauplanungsrecht sind Sanierungsvereinbarungen bereits seit längerem gesetzlich anerkannt<sup>12</sup>.

Die Sanierung schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten, die nach dem 1.3.1999 neu auftreten, muß grundsätzlich durch Beseitigung erfolgen (§ 4 Abs. 5 BBodSchG).

## 4. Der Kreis der Verantwortlichen

Im Polizeirecht wird unterschieden zwischen der Verantwortung wegen des Verursachens einer Gefahr (Handlungsstörer) und wegen des Zustands einer Sache als Gefahrenquelle (Zustandsstörer). Die allgemeinen Landespolizeigesetze sind bisher nicht in der Lage gewesen, den Kreis der Sanierungspflichtigen eindeutig zu beantworten.

### a) Vorrang des Handlungsstörers?

Kommen mehrere Personen als Adressaten der Sanierungsanordnung in Betracht, muß die Behörde die Auswahl nach pflichtgemäßem Ermessen treffen<sup>13</sup>. Beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandsstörer ist streitig, ob der Gefahrverursacher vorrangig in Anspruch zu nehmen ist<sup>14</sup>.

§ 4 Abs. 3 BBodSchG zählt den Verursacher zwar an erster Stelle als Verantwortlichen auf, entscheidet damit aber keineswegs die Streitfrage zugunsten des Zustandsstörers. Die Regreßnorm des § 24 Abs. 2 BBodSchG setzt ganz selbstverständlich einen Sachverhalt voraus, in dem gerade nicht der Hauptverursacher zur Sanierung herangezogen wird. Daß – was noch zu zeigen ist<sup>15</sup> – § 24 Abs. 2 BBodSchG bereits vor dem Entstehen der Sanierungskosten einen Befreiungs-

anspruch gegen den Verursacher gewährt, könnte zukünftig sogar als Argument für die Heranziehung des Eigentümers dienen; etwa weil zugunsten eines effektiven Umweltschutzes langwierige Streitfragen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen sind<sup>16</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch von Interesse, inwieweit vertragliche Vereinbarung zwischen den Störern, v. a. im Rahmen des Grundstückskaufs, von der Behörde zu berücksichtigen sind. Die Verwaltungsgerichte sind eher abgeneigt, der Behörde die Prüfung des zivilrechtlichen Ausgleichs aufzuerlegen<sup>17</sup>. Das BVerwG und auch der BayVGH halten es aber zumindest für fehlerhafte Ermessensausübung, die bekannte und unstreitige vertragliche Regelung gar nicht zu berücksichtigen<sup>18</sup>. Demnach sinkt die Chance, daß eine vertragliche Regelung von der Behörde ins Kalkül gezogen wird, mit ihrer Komplexität; also gerade in den problematischen Fällen, in denen die Vertragsteile in Kenntnis des Altlastenverdachts einen Ausgleich aushandeln. Das BBodSchG verpflichtet nun – wenn auch in anderem Kontext – die Verwaltung ausdrücklich, die zivilrechtlichen Rückgriffsmöglichkeiten zu beachten (§ 25 Abs. 4 Satz 2).

Selbst wenn sich die Behörde zur Inanspruchnahme des Verursachers entscheidet, trägt der Eigentümer mittelbar das Bonitätsrisiko des Verursachers. § 25 BBodSchG verpflichtet ihn zum Wertausgleich, soweit die Sanierung durch den Einsatz öffentlicher Mittel (z.B. im Wege der Ersatzvornahme) erfolgt<sup>19</sup>.

### b) Gesamtrechtsnachfolger des Handlungsstörers

Das BBodSchG bestätigt die Praxis der obergerichtlichen Rechtsprechung in § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG, die den Gesamtrechtsnachfolger eines Handlungsstörers schon bisher und unabhängig vom Erlaß einer Sanierungsanordnung als polizeipflichtig betrachtete<sup>20</sup>.

### c) Keine Enthftung durch Dereliktion

Ob die Aufgabe des Eigentums (§ 928 BGB) die Zustandsverantwortlichkeit beenden kann, wurde in der Vergangenheit rege diskutiert und von den Gerichten zum Teil völlig gegensätzlich gelöst<sup>21</sup>. Das BBodSchG klärt diese Frage, indem es denjenigen, der das Eigentum an einem belasteten Grundstück aufgibt, weiterhin zur Sanierung verpflichtet (§ 4 Abs. 3 Satz 4 2. Hs. BBodSchG).

### d) Keine Enthftung durch Veräußerung

*Beispiel: Verkäufer V verkauft im Februar 1999 das Grundstück an den Käufer K. Die Auflassung wird im Kaufvertrag erklärt und eine Eigentumsvormerkung für K im Grundbuch*

<sup>11</sup> Vgl. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BBodSchG.

<sup>12</sup> § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB, zuvor § 6 Abs. 1 BauGB-MaßnahmeG.

<sup>13</sup> *Kügel*, NJW 1996, 2477, 2480, *Grziwotz*, MittBayNot 1990, 282, 288.

<sup>14</sup> So z.B. BayVGH Urt. vom 1.7.1986, NVwZ 1987, 912; BayVGH NVwZ 1986, 942.

<sup>15</sup> Siehe Ziffer I. 6.

<sup>16</sup> In diese Richtung weisen Äußerungen des VGH Kassel (NVwZ 1992, 1101), wonach ein möglicher Innenausgleich zwischen Zustands- und Handlungsstörer zu einer Ausweitung des behördlichen Ermessens und damit einhergehend zu einer Entlastung der Sanierungsbehörde bei der Störerauswahl im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr führt. Zitiert bei *Oerder*, NJW 1994, 2181, 2185.

<sup>17</sup> Gegen jede Beachtlichkeit der Zivilrechtslage bei der Störerauswahl VGH Mannheim VBIBW 1993, 298 und 1995, 488.

<sup>18</sup> BVerwG NVwZ 1990, 474; BayVGH NVwZ 1989, 681; 1986, 942.

<sup>19</sup> Dazu näher: II. 1.a) aa).

<sup>20</sup> OVG Lüneburg Beschl. v. 7.3.97, NJW 1998, 97; Nachweise bei *Kügel*, a.a.O. S. 2482 und *Grziwotz*, a.a.O. S. 287 f.; verfassungsrechtlichen Bedenken: *Schwarmann*, DSStR 1999, 324, 326 f.

<sup>21</sup> Umfangreicher Überblick zum Meinungsstand bei *Baumann/Schürmann*, DNotZ 1994, 502, 514, einerseits BayVGH, Zitat bei BVerwG, Beschl. v. 31.7.98, NJW 1999, 231 f., dagegen VGH Mannheim, Beschl. v. 2.6.97, NJW 1997, 3259.

eingetragen. V hatte das Grundstück selbst 1960 gekauft und seitdem keinerlei Kenntnis von der bereits seit 1940 bestehenden schädlichen Bodenveränderung infolge der früheren Nutzung als Deponie. K beginnt sofort nach der Zahlung des Kaufpreises im April mit Bodenarbeiten und stößt dabei auf die Altlast. Er informiert V noch vor der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch im Mai.

Der Grundstückseigentümer ist für die Dauer seines Eigentums, also bis zur Umschreibung im Grundbuch, für den Zustand des Grundstücks bodenschutzrechtlich verantwortlich<sup>22</sup>. Um Mißbräuchen vorzubeugen, gab es in den letzten Jahren eine Tendenz in Rechtsprechung und Landesgesetzgebung, die Haftung des Eigentümers auch nach Veräußerung fortzudauern zu lassen<sup>23</sup>. Nun erklärt § 4 Abs. 6 BBodSchG denjenigen, der ein belastetes Grundstück nach dem 1.3.1999 veräußert, als früheren Eigentümer zum Sanierungspflichtigen.

#### aa) Tatbestand

Eigentumsübertragungen, die vor dem 2.3.1999 vollendet worden sind, fallen aus dem zeitlichen Anwendungsbereich des Gesetzes heraus. Erfäht werden hingegen auch Veräußerungen, die am 1.3.1999 lediglich im Grundbuch noch nicht vollzogen waren<sup>24</sup>. In der Terminologie des ersten Senates des BVerfG handelt es sich um eine unechte Rückwirkung<sup>25</sup>, die nur bei schutzwürdigem Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand der alten Rechtslage unzulässig ist. Nachdem das Gesetz schon am 24.3.1998 bekanntgemacht worden ist, scheidet das jedenfalls für all die Fälle aus, in denen das schuldrechtliche Geschäft später geschlossen wurde.

Voraussetzung für die Fortdauer der Verantwortlichkeit des früheren Eigentümers ist seine Kenntnis der schädlichen Bodenveränderung. Der Kenntnis steht das Kennenmüssen gleich. Der maßgebliche Zeitpunkt („hierbei“) ist die Eintragung der Auflassung im Grundbuch<sup>26</sup>. Wer als Veräußerer erst nach der Auflassung, aber noch vor Umschreibung des Eigentums von der Kontamination erfährt, bleibt in der Verantwortung. Dies erscheint bedenklich, da der Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung nur bedingt oder gar nicht vom Veräußerer beeinflusst werden kann (Kaufpreiszahlung, Grunderwerbsteuer, Schnelligkeit des Grundbuchamtes).

Im Beispielsfall hat demnach der V im entscheidenden Zeitpunkt positive Kenntnis von der Altlast.

Hier wird in der Praxis häufig Satz 2 der Vorschrift weiterhelfen. Von der Sanierungspflicht befreit ist auch, wer beim Erwerb des Grundstücks darauf vertraut hat, daß keine schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten vorhanden waren, und dieses Vertrauen im konkreten Fall schutzwürdig ist. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis schließen den Vertrauensschutz aus (vgl. § 48 Abs. 2 Satz 3 Ziff. 3 VwVfG). Je länger der eigene Erwerb zurückliegt, um so geringer dürften die Anforderungen sein, die angesichts der in der Vergangen-

heit wenig entwickelten Sensibilität in Umweltbelangen an den Vertrauensschutz zu stellen sind.

V hat auf die Altlastenfreiheit zur Zeit seines Erwerbes vertraut. Ob sein Vertrauen schutzwürdig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere wie groß die von der Altlast ausgehende Gefahr ist und welche effektiven Alternativen die Behörde zur Gefahrenabwehr hat. V kann also trotz seiner Gutgläubigkeit zur Sanierung herangezogen werden.

Der entscheidende Zeitpunkt ist der des Erwerbes („beim Erwerb“). Hiermit ist ebenfalls wie in Satz 1 („hierbei“) grundsätzlich die Vollendung des Erwerbstatbestandes durch Grundbucheintrag gemeint. Allerdings hat der VGH Kassel zu der insoweit im Wortlaut identischen Formulierung im hessischen Altlastenrecht<sup>27</sup> entschieden, daß der für das Vertrauen des Erwerbers maßgebliche Zeitpunkt derjenige ist, in dem die Auflassung für ihn bindend und damit der Erwerb aus eigener Rechtsmacht nicht mehr umkehrbar ist. Wer nach Beurkundung der Auflassung, aber vor Eigentumsumschreibung von der Altlast Kenntnis erlangt, kann sich also durch Weiterveräußerung des Grundstücks enthaften. Diese Fallkonstellation ist sicherlich wenig praxisrelevant. Aus den oben genannten Gründen ist jedoch denkbar, daß diese Rechtsprechung auf den für die Gutgläubigkeit bei Veräußerung entscheidenden Zeitpunkt (Satz 1) zu übertragen ist.

#### bb) Bedeutung des § 4 Abs. 6 BBodSchG

Welche Bedeutung die Vorschrift neben der Vereitelung von Umgehungsgeschäften für echte Verkehrsgeschäfte erlangen wird, bleibt abzuwarten. Besonders konfliktträchtig wird dabei sein, daß das öffentliche Interesse an der Gefahrbeseitigung gegen das Vertrauen des Zustandsstörers abzuwägen ist. Angesichts des Grundsatzes der effektiven Gefahrbeseitigung steht zu befürchten, daß die erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensschutz eher die Ausnahme bleiben wird.

Als Erkenntnisquelle dafür, ob der frühere Eigentümer überhaupt auf die Altlastenfreiheit vertraut hat, kann vor allem der Grundstückskaufvertrag dienen. Inwieweit der Notar in irgendeiner Form auf die möglichen Informationsquellen hinweisen sollte, wird weiter unten behandelt<sup>28</sup>.

#### e) Erbbauberechtigte und Wohnungseigentümer

Der Erbbauberechtigte ist nur als Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück Zustandsstörer i.S.d. § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG. Hat er das Erbbaurecht unter Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten veräußert, ist er enthaftet. § 4 Abs. 6 BBodSchG kommt gegen den früheren Erbbauberechtigten nicht zur Anwendung<sup>29</sup>.

Ein Wohnungs- und Teileigentümer nach dem WEG muß als Miteigentümer damit rechnen, als Zustandsstörer alleine für die gesamte Sanierung des Grundstücks herangezogen zu werden, da eine einschränkende Vorschrift wie § 134 BauGB (Erschließungsbeiträge) oder § 154 Abs. 1 BauGB (städtebauliche Sanierung) nicht existiert.

#### f) Opfergrenze für den Zustandsstörer?

Die Zustandshaftung des Grundstückseigentümers ist Ausfluß der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG).

<sup>22</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 19.10.1992, NJW 1993, 611, VGH Mannheim, Urt. vom 30.4.1996 – 10 S 2163/95 zit. bei Kügel, a.a.O. S. 2480, Schürmann, a.a.O. S. 8.

<sup>23</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 20.1.1998, zit. bei Knopp/Albrecht, a.a.O. S. 1856, Fn. 40; ähnlich bereits Grziwotz, a.a.O. S. 287; erstmals: § 21 Abs. 1 Nr. 6 HessAbfAG.

<sup>24</sup> Sanden/Schoeneck, Kurzkommentar zum Bundesbodenschutzgesetz, Heidelberg 1998, § 4 Rdnr. 47, anders Vierhaus, NJW 1998, 1263, 1266.

<sup>25</sup> BVerfGE 68, 287, 306; jetzt auch der 2. Senat: NJW 1998, 1547 f.

<sup>26</sup> Sanden/Schoeneck, § 4 Rdnr. 46 f.

<sup>27</sup> § 21 Abs. 1 Nr. 5 HessAbfAG.

<sup>28</sup> Siehe II 1.a) bb).

<sup>29</sup> Auch nicht analog, da an den bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff, nicht an den verfassungsrechtlichen anzuknüpfen ist: VGH Mannheim, Urt. v. 15.5.97 NJW 1998, 624.

Wann die zumutbare Opfergrenze überschritten wird, ist noch nicht geklärt. Das BVerwG verneint einen Verfassungsverstoß jedenfalls dann, wenn der Eigentümer beim Erwerb von der Bodenverunreinigung wußte oder Tatsachen kannte, die auf deren Vorhandensein schließen ließen<sup>30</sup>. Auf Landesebene wurde die Haftung des gutgläubigen Erwerbers zum Teil ausgeschlossen. Das BBodSchG geht soweit nicht. Nur der frühere Eigentümer kann sich auf Vertrauensschutz berufen. Im Einzelfall läßt das Gesetz jedoch Zumutbarkeitserwägungen zugunsten des Eigentümers durchschlagen (§§ 4 Abs. 3 Satz 3, 7 Abs. 1 Satz 4, 25 Abs. 4 und 5 BBodSchG).

#### g) Durchgriffs- und Konzernverantwortlichkeit

Angesichts des hohen Kostenrisikos einer Altlastensanierung liegt es nahe, beim Grundstückserwerb eine Haftungsbegrenzung anzustreben, indem das Grundstück z.B. von einer eigens errichteten GmbH erworben wird. Auch dieses „Hintertürchen“ versucht das BBodSchG zuzuschlagen. Wer aus handelsrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück, das mit einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast belastet ist, „gehört“, ist nach § 4 Abs. 3 Satz 4 1. Hs. BBodSchG ebenfalls zur Sanierung verpflichtet. Im Blickfeld des Gesetzgebers sind vor allem die Fälle der Haftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns und die Haftung des Gesellschafters wegen Unterkapitalisierung der Gesellschaft<sup>31</sup>.

Der Umfang der Neuerung ist unklar. Nach dem Wortlaut ist der Durchgriff nicht möglich, wenn die juristische Person Verursacherin der Gefahr ist. Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt wird wohl von der Bedeutung des Wortes „gehört“ erfaßt<sup>32</sup>. Fraglich ist auch, ob tatsächlich nur juristische Personen<sup>33</sup> oder auch Personenhandelsgesellschaften gemeint sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wie bei der GmbH & Co. KG.

In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist der Durchgriff auf die Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt<sup>34</sup>. Neben dem Wortlaut („Zur Sanierung ist auch verpflichtet ...“) spricht folgende Überlegung dafür, daß der Gesetzgeber keine abschließende Regelung begründen wollte: Der Durchgriff ist nur praxisrelevant, wenn der originär verantwortliche Störer nicht in der Lage ist, die Gefahr selbst zu beseitigen. Ohne die Möglichkeit des Durchgriffs müßte die Gefahr im Wege der Ersatzvornahme beseitigt werden. Der Behörde stünde dann ein Geldersatzanspruch zu. Im Rahmen der Durchsetzung dieses Anspruchs könnte sie nun wie ein Privatgläubiger auch zivilrechtliche Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter und Geschäftsführer oder die Ansprüche wegen einer Außenhaftung der Gesellschafter verwerten.

Entsprechendes muß für die gewerblich geprägte Personengesellschaft gelten<sup>35</sup>. Schließlich ist das gesetzgeberische Ziel, die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit an die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten anzupassen<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> BVerwG NVwZ 1991, 475; *Kügler*, NJW 1996, 2477 (2481).

<sup>31</sup> So die Gesetzesbegründung, vgl. bei *Vierhaus*, a.a.O. S. 1265.

<sup>32</sup> *Sanden/Schoeneck*, § 4 Rdnr. 40.

<sup>33</sup> So ohne Stellungnahme zur GmbH & Co. KG *Sanden/Schoeneck*, § 4 Rdnr. 41.

<sup>34</sup> BSG, NJW 1984, 2117 zit. bei *Vierhaus*, a.a.O. S. 1265.

<sup>35</sup> A.A. *Schwartzmann*, a.a.O. S. 327.

<sup>36</sup> *Sanden/Schoeneck*, § 4 Rdnr. 40.

Ob sich insbesondere der vom Gesetzgeber erhoffte Durchgriff wegen Unterkapitalisierung in der Praxis durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Von der zitierten BSG-Entscheidung abgesehen, läßt die Rechtsprechung einen Durchgriff nur im Rahmen des § 826 BGB zu. Die Aufweichung des Trennungsprinzips (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ist bisher im wesentlichen ein Steckenpferd der Literatur geblieben<sup>37</sup>.

#### 5. Der gesetzliche Innenausgleich nach § 24 Abs. 2 BBodSchG

Der neu eingeführte Ausgleichsanspruch soll nach der Gesetzesbegründung dem herangezogenen Zustandsstörer den Regreß gegen den Verursacher eröffnen<sup>38</sup>. Der BGH hatte es in st. Rspr. abgelehnt, diesen Rückgriff über den gesetzlichen Gesamtschuldnerausgleich zu ermöglichen<sup>39</sup>. Der Anspruch ist auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen<sup>40</sup>. Die begrüßenswerte Regelung wirft jedoch wegen der nicht ganz gelungenen Formulierung ihrerseits neue Fragen auf.

Der Rückgriff des Verursachers gegen den Zustandsstörer wird bewußt versperrt. Der Herangezogene kann aber bei Mitverursachern entsprechend den Verursachungsbeiträgen Rückgriff nehmen, wobei die Formulierung des Gesetzes mißverständlich ist, da nach dem Wortlaut bereits das Entstehen des Anspruchs ausgeschlossen ist, wenn die Gefahr bzw. der Schaden vorwiegend von dem Herangezogenen verursacht worden ist. Fraglich ist aber, ob der als Zustandsstörer herangezogene Eigentümer beim früheren Eigentümer Ausgleich verlangen kann, hat doch keiner von beiden einen Verursachungsbeitrag geleistet. Gleiches gilt in umgekehrter Richtung. Es ist nicht einsichtig, warum der Innenausgleich unter mehreren Zustandsstörern nicht möglich sein sollte.

Unklar ist weiterhin, ob der Rückgriff die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen voraussetzt, oder ob – wie beim Ausgleich unter Gesamtschuldnern nach § 426 Abs. 1 BGB<sup>41</sup> – schon vorher ein Anspruch auf Befreiung von der Sanierungspflicht besteht. Der Ausgleichsanspruch unter den Verantwortlichen ist nach dem Wortlaut unabhängig von ihrer Heranziehung durch behördliche Anordnung. Damit werden die Fälle des Sanierungsvertrages und die einer „freiwilligen“ Sanierung erfaßt, bei denen es an einer Anordnung fehlt. Die strukturelle Nähe zu § 426 Abs. 1 BGB spricht darüber hinaus dafür, daß es auch auf die Durchführung der Sanierung als Erfüllung der bodenschutzrechtlichen Verpflichtung nicht ankommt. Der Befreiungsanspruch unter Gesamtschuldnern beruht darauf, daß das Gesamtschuldverhältnis nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern bereits mit Begründung des Schuldverhältnisses entsteht. Die Sanierungspflicht als Parallele entsteht kraft Gesetzes. Daß § 24 Abs. 2 Sätze 3 bis 5 BBodSchG den Beginn der Verjährung im Unterschied zu §§ 426 Abs. 1, 198 BGB nicht an die Entstehung des Anspruchs, sondern an die tatsächliche Durchführung der Sanierung koppeln, spricht nicht gegen diese Auslegung. Dies ist zum einen durch die auf drei Jahre verkürzte Verjährung bedingt. Würde diese bereits mit dem Entstehen der gesetzlichen Sanierungspflicht anlaufen, würde der Rückgriff häufig mangels Kenntnis vom Vorhandensein der Altlast an der

<sup>37</sup> Vgl. *Priester*, DNotZ 1993, 121; *Schwartzmann*, a.a.O. S. 327.

<sup>38</sup> *Vierhaus*, a.a.O. S. 1267; wenig ergiebig *Pützenbacher*, NJW 1999, 1137 ff.

<sup>39</sup> BGH NJW 1981, 2457, a.A. *Pohl*, NJW 1995, 1645, 1648 m.w.N.

<sup>40</sup> Rechtsnatur des Anspruchs str. vgl. *Sanden/Schoeneck*, § 24 Rdnr. 27.

<sup>41</sup> *Palandt-Heinrichs*, 58. Aufl. 1999, § 426 BGB Rdnr. 3.

Verjährung scheitern. Außerdem ist der Zeitpunkt des Entstehens der gesetzlichen Sanierungspflicht beim Verursacher im nachhinein kaum zu bestimmen. Einiges spricht also dafür, daß § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG bereits einen Befreiungsanspruch im Vorfeld der Sanierung begründet<sup>42</sup>.

Sanierungsfälle, die bis zum 1.3.99 abgeschlossen wurden, werden nicht erfaßt<sup>43</sup>.

Wer nach dem Umweltrahmengesetz<sup>44</sup> eine Freistellung erhalten hat, ist nach Art. 1 § 4 Abs. 3 Satz 1 UraG für die durch die Benutzung des Grundstücks eingetretenen Schäden nicht verantwortlich, so daß mangels einer Sanierungspflicht schon tatbestandlich kein Ausgleichsanspruch gegen den Befreiten entsteht.

## II. Folgerungen für die Gestaltung von Grundstückskaufverträgen

Für die Vertragsgestaltung sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. In der ersten, die zugleich den Regelfall des Grundstückskaufs darstellt, ist das Risiko einer Bodenverunreinigung kein Thema der Vertragsverhandlung. Der Käufer und – zumindest scheinbar auch – der Verkäufer sind völlig arglos. Nach Vertragsschluß entpuppt sich das Grundstück als kontaminiert. Für den Notar stellt sich im Vorfeld die Frage, ob und gegebenenfalls wie er unter Wahrung seiner Neutralitätspflicht und ohne die Vertragsteile mit eher theoretischen Risiken zu belasten, für diese Ausnahme von der Regel Vorsorge treffen muß und kann.

### 1. Grundstückskauf ohne Altlastenverdacht

In der Praxis spielen – vom Sonderfall des Kaufs vom Bau-träger einmal abgesehen – die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche auf Minderung und Wandelung so gut wie keine Rolle. Meist sind sie vertraglich ausgeschlossen<sup>45</sup>, gemäß § 477 Abs. 2 BGB bereits nach einem Jahr verjährt. In der zu betrachtenden ersten Fallkonstellation soll überprüft werden, ob übliche Formulierungen wie die nachfolgende ergänzungsbedürftig sind:

*Der Vertragsbesitz wird im gegenwärtigen, dem Käufer bekannten Zustand verkauft. Jede Haftung für Sachmängel wird ausgeschlossen. Der Verkäufer haftet also insbesondere nicht für die Richtigkeit der angegebenen Flächengröße, für Bodenbeschaffenheit, Bauzustand bestehender Gebäude und Anlagen und Verwertbarkeit des Vertragsbesitzes für die Zwecke des Käufers. Er versichert, daß ihm verborgene Mängel, die bei einer Besichtigung nicht erkannt werden können, nicht bekannt sind.*

#### a) Belehrungspflichten des Notars

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären und über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Dies beschränkt sich nicht auf die Hauptleistungspflichten, sondern umfaßt alle regelungsbedürftigen Fragen des zu beurkundenden

den Rechtsgeschäfts, auch wenn diese nicht selbst von den Parteien zur Diskussion gestellt werden<sup>46</sup>. Der Notar muß also auch eine Gewährleistungsregelung vorschlagen, prüfen, ob sie dem Willen der Parteien entspricht, und den Inhalt der Regelung erörtern<sup>47</sup>. Beim Verkauf eines mit einem Altbau bebauten oder eines unbebauten Grundstücks wird regelmäßig die Freizeichnung des Verkäufers von der gesetzlichen Gewährleistung als interessengerecht empfunden<sup>48</sup>. Eine besonders eingehende Erläuterung muß man nur dann erwarten, wenn gerade der vereinbarte, formelhafte Gewährleistungsausschluß so einschneidende Folgen haben kann, daß er nach den – systemwidrigen – Maßstäben des BGH erst aufgrund der Belehrung wirksam ist<sup>49</sup>. Diese für den Verkauf neuer Gebäude entwickelte Rechtsprechung ist aber ausdrücklich nicht auf den Kauf eines Altbaus oder eines unbebauten Grundstücks übertragbar<sup>50</sup>.

Hiervon zu unterscheiden ist, ob der Notar grundsätzlich verpflichtet ist, in diesem Zusammenhang die Altlastenproblematik anzusprechen, also danach zu fragen, ob der allgemeine Gewährleistungsausschluß gerade auch für schädliche Bodenveränderungen gelten soll. Dies ist zu verneinen<sup>51</sup>. Die Aufgaben der Willenserforschung und Sachverhaltsklärung korrelieren mit der Pflicht zur rechtlichen Belehrung<sup>52</sup>. Der Notar wird „auch durch § 17 Abs. 1 BeurkG nicht dazu angehalten, „ins Blaue hinein“ – gleichsam mechanisch und ohne Rücksicht auf ein schutzwürdiges Interesse der Beteiligten – zu belehren. Ein solches Verhalten würde die Aufmerksamkeit der Beteiligten nur von den wesentlichen Punkten ablenken“<sup>53</sup>. Es kann nicht Aufgabe des Notars sein, den statistisch unwahrscheinlichen Einzelfall<sup>54</sup> durch gezieltes Fragen herauszufiltern. Der Notar ist wohl gemerkt nur verpflichtet, den Sachverhalt zu klären, nicht von Amts wegen zu ermitteln. Er steht dabei auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu seiner Neutralitätspflicht, die ihm verbietet, auch nur den Anschein einer Parteilichkeit zu erwecken.

Eine Parallele zur Erörterungspflicht möglicher Erschließungsbeitragslasten läßt sich nicht ziehen<sup>55</sup>. Der BGH<sup>56</sup> hat diese mit der „überraschenden“ Wirkung der gesetzlichen Kostenverteilung nach Gefahrübergang (§§ 446, 103 BGB) begründet. Gerade die Freizeichnung des gutgläubigen Verkäufers von der Gewährleistung wird allgemein als interessengerecht empfunden.

Es existiert auch keine Belehrungspflicht gegenüber dem Verkäufer, ihn auf die Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses bei einem Verstoß gegen die aus §§ 463 Satz 2, 123 BGB

<sup>42</sup> So auch Sanden/Schoeneck, § 24 Rdnr. 25.

<sup>43</sup> So Vierhaus, a.a.O. S. 1267 und Knopp/Albrecht, BB 1998, 1853, 1857.

<sup>44</sup> Umweltrahmengesetz vom 29.6.1990 BGBl. I 649, Artikel 1 § 4 Abs. 3 i.d.F. vom 22.3.1991 BGBl. I 766, hierzu Krauß in Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, A IX Rdnr. 187.

<sup>45</sup> Wolfsteiner in Kersten/Bühling, § 36 S. 363.

<sup>46</sup> BGH Urt. v. 28.4.1994 DNotZ 1995, 403 = MittBayNot 1994, 460

<sup>47</sup> Haegele/Schöner/Stöber, Rdnr. 3172.

<sup>48</sup> Brambring in Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, A I. Rdnr. 1.

<sup>49</sup> BGH Urt. v. 20.2.1986 DNotZ 1986, 610 = MittBayNot 1986, 119; zur Kritik Haegele/Schöner/Stöber, Rdnr. 3174.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 6.6.1986, MittRhNotK 1986; BGH, Urt. v. 30.11.1990 NJW 1991, 912 = MittRhNotK 1991, 81f.

<sup>51</sup> Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997 Rdnr. 558 a; Albrecht in Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rdnr. 317; Schürmann, a.a.O., S. 28 f.; Grziwotz, a.a.O. Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 3168.

<sup>52</sup> Basty in Festschrift für Helmut Schippel, 1996, S. 571, 577; Lerch, BWNotZ 1997, 53, 55.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 27.10.1994, DNotZ 1995, 407.

<sup>54</sup> Vgl. Grziwotz, a.a.O. S. 292.

<sup>55</sup> Haug, a.a.O.

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 28.4.94, DNotZ 1995, 403 = MittBayNot 1994, 460.

<sup>57</sup> OLG Nürnberg Urt. v. 20.12.1989, DNotZ 1990, 456.

entwickelte Aufklärungspflicht hinzuweisen. Denn das eventuelle Entstehen eines Gewährleistungsanspruchs gehört nicht zur unmittelbaren rechtlichen Tragweite des Rechtsgeschäfts<sup>57</sup>.

Schließlich sind die Rechtsfolgen, die das öffentliche Recht an die Existenz schädlicher Bodenveränderungen koppelt, keine unmittelbaren des Kaufvertrages und werden damit nicht von der Rechtsbelehrungspflicht des § 17 Abs. 1 BeurkG umfaßt.

Dem Notar müssen also Anhaltspunkte bekannt sein, um von ihm eine besondere Erörterung des Altlastenrisikos erwarten zu können<sup>58</sup>. Dann sollte er auf Möglichkeiten hinweisen, wie sich der Käufer über bereits bekannte Bodenverunreinigungen informieren kann. Es ist nicht völlig fernliegend, daß vom Notar im Einzelfall eine erweiterte Belehrung gemäß § 14 BNotO gefordert wird<sup>59</sup>:

*Der Notar hat weder das beim Landesamt für Umweltschutz geführte Altlastenregister<sup>60</sup> noch evtl. bestehende Bauleitpläne der Gemeinde eingesehen, in denen mit umweltgefährdenden Stoffen belastete Flächen gekennzeichnet sein können. Er hat den Käufer auf die Möglichkeit der Einsichtnahme hingewiesen.*

M.E. empfiehlt sich zur eigenen Absicherung<sup>61</sup> und Selbstkontrolle grundsätzlich die Aufnahme eines kurzen Hinweises in jeden Kaufvertrag:

*Der Notar hat weder das Altlastenregister noch evtl. bestehende Bauleitpläne eingesehen, in denen mit umweltgefährdenden Stoffen belastete Flächen ausgewiesen sein können.*

#### **aa) Der Bodenschutzlastvermerk, § 93 b BGB**

Nach § 25 BBodSchG kann künftig eine Wertausgleichspflicht als öffentliche Last auf einem Grundstück ruhen, wenn dieses durch den Einsatz öffentlicher Mittel saniert worden ist. Sie entsteht unabhängig von ihrer nur deklaratorischen Eintragung im Grundbuch. In Ausnahme zu § 54 GBO ist gemäß § 25 Abs. 5 BBodSchG ein Hinweis auf die öffentliche Last im Grundbuch möglich. Durch Rechtsverordnung<sup>62</sup> ist die Grundbuchverfügung um einen Abschnitt XIV „Vermerke über öffentliche Lasten“ ergänzt worden. Auf Ersuchen der Sanierungsbehörde wird in Abteilung II des Grundbuchs ein Bodenschutzlastvermerk eingetragen. Die Festsetzung der Höhe des Ausgleichsbetrages, die mitunter streitig sein wird, ist nicht abzuwarten. Auf Initiative des Bundesrates wurde der Verordnungsentwurf dahin ergänzt, daß die Sanierungsbehörde „um Löschung des Vermerks zu ersuchen“ ... „hat“, um klarzustellen, daß es sich bei der Löschung des Vermerks

um eine Rechtspflicht handelt<sup>63</sup>. Im Umkehrschluß ist zu befürchten, daß man sich auf das „Schweigen des Grundbuchs“ nicht lückenlos verlassen können. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb scheidet aus<sup>64</sup>.

Für den Käufer wie auch für dessen Finanzierungsgläubiger<sup>65</sup> hat die Existenz einer nicht erkannten Wertausgleichspflicht einschneidende Konsequenzen, da der Verkehrswert des sanierten Grundstücks leicht abgeschöpft werden kann. Trifft den Notar für diese Fälle eine Belehrungspflicht? Vereinzelt<sup>66</sup> wird im Schrifttum aus der Rechtsprechung des BGH zur Belehrungspflicht über Erschließungsbeiträge pauschal gefolgert, daß Notare grundsätzlich über mögliche auf dem Grundstück ruhende Baulasten und öffentliche Lasten belehren müßten.

Mit dem Vorhandensein von öffentlichen Lasten hat der Verkehr zu rechnen<sup>67</sup>. Eine grundsätzliche Belehrungs- oder gar Aufklärungspflicht in bezug auf das konkrete Vorhandensein öffentlicher Lasten ist deshalb abzulehnen<sup>68</sup>. Mit der Problematik der Erschließungskosten ist die der Wertausgleichspflicht nicht vergleichbar. Denn der Verkäufer schuldet den Wertausgleich im Verhältnis der Vertragsteile auch nach Gefahrübergang. § 436 BGB ist nicht anwendbar: Die Wertausgleichspflicht ist nach Erlaß der Rechtsverordnung gemäß § 25 BBodSchG zur Eintragung im Grundbuch geeignet. Eine ähnliche Konstellation ist aus dem Umlegungsverfahren bekannt (§§ 57 ff. BauGB). Die im Umlegungsverfahren festgesetzten Geldleistungen ruhen ebenfalls als öffentliche Lasten auf dem Grundstück und sind im Grundbuch zu vermerken (§ 64 Abs. 3 und 6 BauGB)<sup>69</sup>.

Es bleibt die allgemeine erweiterte Belehrungspflicht<sup>70</sup>, auf Grund der der Notar regelmäßig etwa wie folgt auf die Haftung für öffentliche Lasten hinweist:

*Für die auf dem Vertragsobjekt ruhenden öffentlichen Abgaben und Lasten, insbesondere Erschließungsbeiträge haftet der Gemeinde gegenüber der jeweilige Grundstückseigentümer. Die in diesem Vertrag geregelte Verteilung der Kosten betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber<sup>71</sup>.*

Aufgrund des Hinweises kann der Käufer durch einfache Nachfrage bei der Gemeinde das tatsächliche Risiko einschätzen. Eine eventuell vorhandene Wertausgleichspflicht würde von dem obigen Formulierungsbeispiel nicht zweifelsfrei er-

<sup>58</sup> Haug, a.a.O. Rdnr. 558a; Teilweise wird allerdings empfohlen, generell auf die Folgen des Gewährleistungsausschlusses bei Vorhandensein von Altlasten hinzuweisen Böhringer, BWNotZ 1989, 73, 74 „Dem Erwerber ist bekannt, daß er für sogen. Altlasten als Zustandsstörer verantwortlich gemacht werden kann“; Nieder in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, Halbbd. 1, Formular I. 3 für den Bauplatzkauf, nicht aber für den Kauf eines Altbaus in Formular I.1.

<sup>59</sup> Albrecht in Reithmann/Albrecht/Basty, a.a.O., Rdnr. 317 bei bekannter Lagerung von Chemikalien; auch Schürmann, a.a.O. S. 29.

<sup>60</sup> Einsehbar auch über die zuständige Kreisverwaltungsbehörde.

<sup>61</sup> Im Hinblick auf die sich ständig verschärfende Haftungsrechtsprechung: Haug, BWNotZ 1995, 131, 132.

<sup>62</sup> Des Bundesministeriums der Justiz aufgrund § 25 BBodSchG vom 18.3.1999 BGBl I S. 497, Entwurf vom 26.2.99 sowie dem Änderungsbeschluß des Bundesrates hierzu. Bundesratsdrucksache 1016/98 und BR-Drs. 1016/98 (Beschluß).

<sup>63</sup> Bundesrat Drucksache a.a.O.: § 93 b Abs. 2 S. 2 und 3 GBV-Entwurf lauten: „Die zuständige Behörde stellt das Ersuchen auf Eintragung des Bodenschutzlastvermerks, sobald der Ausgleichsbetrag als öffentliche Last entstanden ist. Um Löschung des Vermerks ersucht sie, sobald die Last erloschen ist.“

<sup>64</sup> Palandt-Bassenge, Rdnr. 15 zu § 892 BGB.

<sup>65</sup> § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG. Die Einräumung eines Befriedigungsvorrechts entsprechend § 64 Abs. 4 BauGB (Umlegungsverfahren) ist nicht vorgesehen.

<sup>66</sup> Masloh, NJW 1995, 1993, 1996; anders die h.M., vgl. Lerch a.a.O. S. 60, Haug, a.a.O., Rdnr. 514.

<sup>67</sup> Vgl. Münchener Kommentar – Westermann, 3. Aufl. 1995, § 436 Rdnr. 1.

<sup>68</sup> BGH Urt. v. 26.3.1953, DNotZ 1953, 492, 494; Albrecht in Albrecht/Reithmann/Basty, Rdnr. 466.

<sup>69</sup> Soergel-Huber, 11. Aufl. 1986 § 436 BGB Rdnr. 16 zu dem mit § 64 BauGB insoweit identischen § 64 BBauGB; ohne jede Begründung a.A. Staudinger-Köhler, 12. Aufl. 1978 § 436 Rdnr. 3.

<sup>70</sup> Hierzu allgemein Reithmann/Albrecht/Basty, a.a.O. Rdnr. 177.

<sup>71</sup> Muster aus Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O. Rdnr. 849.

faßt, da Gläubiger des Wertausgleichs die Sanierungsbehörde, also nicht zwingend die Gemeinde ist<sup>72</sup>. Es empfiehlt sich daher, die eigenen Formulierungen darauf hin zu überprüfen. Um jeden Zweifel auszuschließen schlage ich folgenden Hinweis vor:

*Für etwa auf dem Vertragsobjekt ruhende öffentliche Abgaben und Lasten, insbesondere Erschließungsbeiträge und einer Wertausgleichspflicht nach dem Bundesbodenschutzgesetz haftet der jeweilige Grundstückseigentümer. Die in diesem Vertrag geregelte Verteilung der Kosten betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber.*

Sollte sich in Zukunft herausstellen, daß die Wertausgleichspflicht keinerlei praktische Bedeutung gewinnt<sup>73</sup> oder lückenlos im Grundbuch vermerkt wird, wird ein ausdrücklicher Hinweis wieder entbehrlich.

#### **bb) Nachweis des guten Glaubens: § 4 Abs. 6 BBodSchG**

Der Verkäufer kann als früherer Eigentümer zukünftig zur Sanierung herangezogen werden und trägt damit gegenüber der Allgemeinheit das Bonitätsrisiko seiner Einzelrechtsnachfolger. Mit dieser Rechtsfolge wird ohne weiteres niemand rechnen. Für den Notar gibt es dennoch keine Verpflichtung, den Verkäufer anzuhalten, für alle Fälle eine Art Beweissicherung zum Beleg seiner Gutgläubigkeit zu betreiben. Die durch das BBodSchG eingeführte Zustandshaftung des früheren Eigentümers hat als gesetzlicher Inhalt des Grundeigentums mit der rechtlichen Tragweite des beurkundeten Rechtsgeschäftes nichts zu tun. Eine solche Belehrung wäre im Einzelfall sogar kontraproduktiv. Wird sie von einem bis dahin gutgläubigen Verkäufer durch eigene Nachforschungen beherzigt, kann das auch seinen guten Glauben zerstören. Wird der Hinweis ignoriert, kann das später in Zweifelsfällen als Indiz gegen die Gutgläubigkeit zur Zeit des Verkaufs herangezogen werden.

#### **b) Der Gewährleistungsausschluß**

Die übliche Freizeichnung des Verkäufers für Sachmängel bedingt das gesetzliche Gewährleistungsrecht ab und ist in Zweifelsfällen schon deshalb eher eng auszulegen<sup>74</sup>. Ein Käufer, der nach Vertragsschluß auf dem Grundstück eine Bodenverunreinigung entdeckt, wird geneigt sein, die Reichweite der Freizeichnungsklausel anzugreifen.

#### **aa) Die tatbestandliche Erfassung schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten**

Bodenverunreinigungen sind Sachmängel i.S.d. § 459 Abs. 1 BGB<sup>75</sup>. Die üblichen Freizeichnungsklauseln erfassen somit auch Bodenverunreinigungen. Das gilt für Formulierungen, die nur den Begriff Sachmangel verwenden<sup>76</sup>, und erst recht für diejenigen, die durch eine beispielhafte „insbesondere“-Aufzählung ausdrücklich auf die Beschaffenheit des Bodens abstellen. Im Rahmen einer solchen Aufzählung kann selbstverständlich auch ausdrücklich auf Bodenverunreinigungen oder gar auf das BBodSchG Bezug genommen werden.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 BayBodSchG.

<sup>73</sup> Dies vermutet Schwartmann, a.a.O. S. 329.

<sup>74</sup> Palandt-Putzo, § 476 Rdnr. 5, Palandt-Heinrichs § 276 Rdnr. 58, § 133 Rdnr. 23; Weigl, MittBayNot 1996, 349, 352.

<sup>75</sup> Nicht etwa Rechtsmängel, so die g.h.M., Palandt-Putzo, § 459 Rdnr. 22 m.w.N.; a.A. noch z.T. Raesche-Kessler, NJW 1993, 2275, 2280.

<sup>76</sup> Zum Beispiel das Vertragsmuster in Haegele/Schöner/Stöber a.a.O. Rdnr. 849 Ziff. VII.3.

Wegen des eindeutigen Inhalts der Erklärung bedarf es hier keiner weiteren Auslegung<sup>77</sup>. Ein Vorteil der ausdrücklichen Aufzählung ist, daß späteren Behauptungen einer Partei, an schädliche Bodenveränderungen sei in keiner Weise gedacht worden, schon jegliche Grundlage entzogen wird. Ein Vorteil kann auch sein, daß der Gewährleistungsausschluß bei der Störrauswahl durch die Sanierungsbehörde eher beachtet wird. Aber keine Aufzählung kann vollständig sein. Gerade deshalb können zu ausführliche Regelungen Zweifel darüber aufkommen lassen, ob der später tatsächlich zutage getretene Sachmangel noch vom Gewährleistungsausschluß abgedeckt wird<sup>78</sup>:

*„Der Verkäufer schließt seine Haftung für ihm unbekanntene Rechtsmängel, die Richtigkeit des im Grundbuch eingetragenen Flächenmaßes, ..., die Belastung des Bodens mit Ablagerungen und Verunreinigungen (Altlasten) und bezüglich sämtlicher anderen heute bestehender oder in Entstehung begriffener Sachmängel aus“<sup>79</sup>. ....“*

Hier und in ähnlichen Klauseln sollte der Begriff Altlast um den der schädlichen Bodenveränderung ergänzt werden, um klarzustellen, daß nicht nur durch gewerbliche Nutzungen verursachte Ablagerungen und Verunreinigungen erfaßt werden sollen.

#### **bb) Rechtslage zwischen Vertragsschluß und Übergang der Preisgefahr**

*In obigem Beispiel<sup>80</sup> erhält der bis dahin gutgläubige V einen Tag nach Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten von der Gemeinde ein Schreiben mit der Mitteilung, daß es sich bei dem Grundstück um eine altlastenverdächtige Fläche handelt. V informiert den K unverzüglich.*

*Alternative: Wie vor, aber V erhält das Schreiben schon einen Tag nach Abschluß des Kaufvertrags. V informiert den K unverzüglich. K verweigert daraufhin die Zahlung des vom Notar fällig gestellten Kaufpreises. V verweist auf den Gewährleistungsausschluß.*

Das Gewährschaftsrecht der §§ 459 ff. BGB schließt das allgemeine Recht der Leistungsstörungen in seinem Anwendungsbereich aus. Streitig ist die zeitliche Grenze. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Einwendungen aus §§ 320 ff. BGB und auch das Anfechtungsrecht des § 119 Abs. 2 BGB bis zum Übergang der Preisgefahr (§ 446 BGB) unbeschränkt zuzulassen. Erst danach werden diese durch die Sonderregeln des Gewährleistungsrechts verdrängt<sup>81</sup>. Entsprechendes gilt für den Gewährleistungsausschluß<sup>82</sup>. Dieser beschränkt die

<sup>77</sup> Palandt-Heinrichs, § 133 Rdnr. 6; Schürmann, a.a.O. S. 19; A.A. wohl Grziwotz, a.a.O. S. 294, der über eine ergänzende Vertragsauslegung zum gleichen Ergebnis gelangt. Die zur Offenbarungspflicht der Verkäufers ergangenen Urteile setzen dies offensichtlich voraus: z.B. BGH, v. 14.10.1993, DNotZ 1994, 452 = NJW 1994, 253.

<sup>78</sup> Wolfsteiner in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1993, S. 364.

<sup>79</sup> Formulierung von Nieder, Münchener Vertragshandbuch, Band 4 Bürgerliches Recht, I. Halbbd., 4. Aufl. 1998, Formular I.3.

<sup>80</sup> I. 4. d).

<sup>81</sup> BGH Urt. v. 10.3.1995 DNotZ 1995, 883 = MittBayNot 1995, 275; im Überblick Palandt-Putzo vor § 459 Rdnr. 2 ff.; ausführlich zum Streitstand und a.A. Tiedtke NJW 1995, 3081, Die Rspr. jüngst bestätigt und in Erwiderung zu Tiedtke: BGH Urt. v. 25.3.1998 NJW 1998, 2360, 2363.

<sup>82</sup> Entgegen der wohl herrschenden, im einzelnen differenzierten Meinung im Schrifttum, Nachweise bei Weigl, a.a.O.

Leistungspflicht des Verkäufers erst für die Zeit nach Gefahrübergang. In der Konsequenz dieser Rechtsprechung kann sich der Käufer bei einem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorhandenem, aber erst vor Gefahrübergang entdecktem Mangel auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB berufen<sup>83</sup>.

Im Ausgangsfall greift der Gewährleistungsausschluß wegen des bereits erfolgten Gefahrübergangs ein. In der Abwandlung kann sich der K auf § 320 BGB berufen, da ihm der Mangel erst nach Vertragsschluß bekannt geworden ist.

Wer von den Vertragsparteien das Restrisiko zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang zu tragen hat, sollte aus der Formulierung der Klausel deutlich hervorgehen<sup>84</sup>. Soll dieses der Käufer übernehmen, kann dies durch die Vorverlegung des Gefahrüberganges auf den Tag des Vertragsschlusses bewerkstelligt werden<sup>85</sup>. Eine Mittellösung, die dem Verkäufer das Risiko bis zum Gefahrübergang neu entstehender Mängel beläßt, aber das vorhandene, beiderseits noch unentdeckte Mängel auf den Käufer überwälzt, kann wie folgt formuliert werden<sup>86</sup>:

*... Sollten verborgene Mängel bis zur Zeit der Übergabe erkannt werden, kann der Käufer derentwegen keine Gewährleistung verlangen oder die Leistung verweigern; auch das Recht zur Anfechtung ist insoweit ausgeschlossen.*

#### **cc) Ausschluß des Rückgriffs nach § 24 Abs. 2 BBodSchG**

Wird der Käufer als neuer Eigentümer zur Sanierung der entdeckten Altlast herangezogen, gewährt ihm § 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG einen Rückgriffsanspruch, soweit nichts anderes vereinbart wird. In der Literatur wird empfohlen, die Zulässigkeit des Rückgriffs im Vertrag ausdrücklich klarzustellen<sup>87</sup>.

Dies ist m.E. jedoch nicht zwingend erforderlich, wie ein Vergleich mit den Anforderungen des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB an eine vom Gesetz abweichende Verteilung der Haftungsquote ergibt. Der Vergleich ist zulässig, denn § 24 Abs. 2 BBodSchG ist § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nachgebildet. Dessen Funktion beschränkt sich auf die Schaffung eines spezialgesetzlichen Ausgleichsanspruchs, nachdem § 426 Abs. 1 BGB vom BGH weder unmittelbar noch entsprechend angewandt wird. Es soll lediglich eine Lücke geschlossen werden<sup>88</sup>. Zu § 426 BGB ist entschieden, daß es keiner ausdrücklichen Bestimmung bedarf, wenn sich der Haftungsmaßstab anderweitig dem Vertrag entnehmen läßt<sup>89</sup>. Das ist zweifelsfrei der Fall, wenn die Klausel ausdrücklich die Gewährleistung für schädliche Bodenveränderungen und Altlasten ausschließt. In anderen Fällen wird man nach Auslegung des Vertrages zumindest für den Fall, daß der Verkäufer als Zustandsstörer in Regreß ge-

nommen werden soll, zum selben Ergebnis kommen. Sinn des Gewährleistungsausschlusses ist es ja gerade, das Risiko verborgener Mängel umfassend auf den Käufer abzuwälzen. Schwieriger ist eine ergänzende Auslegung in den Fällen, in denen der Verkäufer Verursacher der Gefahr gewesen ist, ohne daß ihm ein arglistiges Verschweigen des Mangels nachzuweisen ist. Einerseits spielt die Ursache eines Mangels im Gewährleistungsrecht keine Rolle. Andererseits stellt die grundsätzliche gesetzgeberische Wertung in § 24 Abs. 2 BBodSchG auch für den zivilrechtlichen Rückgriff zuerst auf die Verursachung ab.

Angesichts der den Grundstückswert häufig übersteigenden Sanierungskosten erscheint es mir nicht sachgerecht, durch den Gewährleistungsausschluß auch den Rückgriff gegen den Verkäufer als Verursacher zu versperren<sup>90</sup>. Um dies zu vermeiden, kann wie folgt formuliert werden:

*Mit diesem Gewährleistungsausschluß sind zugleich etwaige Ausgleichsansprüche gegen den Verkäufer als früheren Grundstückseigentümer gemäß §§ 24 Abs. 2, 4 Abs. 6 BBodSchG ausgeschlossen, nicht jedoch wegen der Verursachung einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast.*

Wer anderer Ansicht ist, kann wie folgt formulieren:

*Klargestellt wird, daß auch etwaige Ausgleichsansprüche gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG ausgeschlossen sind, soweit dieser Gewährleistungsausschluß greift.*

#### **dd) Freistellungsverpflichtung des Käufers wegen § 4 Abs. 6 BBodSchG**

Umgekehrt muß der Verkäufer künftig befürchten, wegen seiner Zustandsverantwortlichkeit als früherer Eigentümer zur Sanierung verpflichtet zu werden. Sein Interesse ist, von diesem Risiko freigestellt zu werden. Der wirtschaftliche Wert eines Freistellungsanspruchs wird sich in Grenzen halten. Nach der ratio des Gesetzes, Mißbräuche einzuschränken, wird die Sanierungsbehörde den Verkäufer nur zur Sanierung verpflichtet, wenn der Käufer nicht leistungsfähig ist.

Im Fall des § 4 Abs. 6 BBodSchG bedarf es keiner ausdrücklichen Freistellungsverpflichtung. Der Verkäufer kann über § 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG schon vor seiner eigenen Heranziehung Befreiung verlangen. Der Gewährleistungsausschluß wirkt hier als andere Vereinbarung spiegelbildlich zu Gunsten des Verkäufers<sup>91</sup>.

Einer ausdrücklichen Freistellungsverpflichtung bedarf es allerdings, wenn der Verkäufer auch als – nicht arglistiger – Verursacher freigestellt werden soll. § 24 Abs. 2 BBodSchG ist hier nicht anwendbar. Die Klausel müßte dann ergänzt werden:

*Der Käufer verpflichtet sich, den Verkäufer von behördlichen Anordnungen nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz soweit rechtlich möglich freizustellen.*

<sup>83</sup> Weigl, a.a.O. S. 351 unter Hinweis auf BGH Urt. v. 8.3.91 NJW 1991, 1675 = DNotZ 1992, 41, undeutlich Palandt-Heinrichs vor § 320 Rdnr. 18.

<sup>84</sup> Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 1995, § 17 Rdnr. 160; Noch deutlicher als der hier verwendete sind die Vorschläge bei Haegele/Schöner/Stöber a.a.O. Rdnr. 849 und Wolfsteiner a.a.O. S. 367.

<sup>85</sup> Hierzu im einzelnen Wolfsteiner in Kersten/Bühling Muster 358.

<sup>86</sup> In Anlehnung an die Vorschläge von Weigl a.a.O. und Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 849.

<sup>87</sup> Vierhaus, a.a.O. S. 1267; mit Bezug auf diesen Sanden/Schoeneck § 24 Rdnr. 30 und Knopp/Albrecht, a.a.O. S. 1857.

<sup>88</sup> Die engere Formulierung („vereinbart“ statt „bestimmt.“) erklärt sich daraus, daß sich eine andere als die Halbteilungsquote beim Gesamtschuldnerausgleich auch unmittelbar aus dem Gesetz oder einem gesetzlichen Schuldverhältnis ergeben kann.

<sup>89</sup> RGZ 75, 251, 256; BGH NJW 1992, 2286, 2287.

<sup>90</sup> Vgl. Schürmann, a.a.O. S. 19; Häufig wird der Gewährleistungsausschluß und damit die Regreßsperre wegen Verletzung der Offenbarungspflicht unwirksam sein.

<sup>91</sup> Die Entscheidung des OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.3.1997, NJW 1998, 97 steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Die Gemeinde hatte gekauft und den Verkäufer später als Sanierungsbehörde zur Sanierung herangezogen. Das Gericht wollte ohne weitere Anhaltspunkte (z.B. besonders günstiger Kaufpreis) von der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses nicht auf eine Freistellungsverpflichtung schließen. Die Rechtslage ist nun eine andere. Der Freistellungsanspruch wird nun durch § 24 Abs. 2 BBodSchG selbst begründet. Der Gewährleistungsausschluß ist nur noch für die Bemessung der Regreßquote relevant.

Ein ausdrücklich vereinbarter Freistellungsanspruch wird in den einschlägigen Fällen häufig nichtig sein. Die Inanspruchnahme des Verkäufers gemäß § 4 Abs. 6 BBodSchG setzt voraus, daß er zur Zeit der Veräußerung die schädliche Bodenveränderung kannte oder hätte kennen müssen. Wenn dies der Fall ist, hat der Verkäufer in der Regel zugleich seine Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer verletzt. Der Käufer darf nach Treu und Glauben ungefragt Aufklärung erwarten, wenn die Existenz oder Nichtexistenz eines Mangels offensichtlich für seine Willensbildung von ausschlaggebender Bedeutung ist<sup>92</sup>. Offenbart der Verkäufer den Fehler nicht, handelt er arglistig i.S.d. §§ 463 S. 2, 123 BGB, wenn er den Fehler selbst für möglich hält, dabei zumindest mit der Unkenntnis des Käufers und der Bedeutung dieser Unkenntnis für dessen Kaufentscheidung rechnet. Bedingter Vorsatz reicht aus<sup>93</sup>. Bereits der bloße Altlastenverdacht ist Fehler i.S.d. § 459 Abs. 1 BGB<sup>94</sup>. Verdachtsbegründend ist z.B. immer die frühere Nutzung als Deponie<sup>95</sup>. Um dem Käufer den Arglisteinwand zu erleichtern, gehört die Nichtwissenserklärung des Verkäufers zum unentbehrlichen Bestandteil einer Gewährleistungsklausel<sup>96</sup>.

### c) Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen Dritte?

In einem vom BGH entschiedenen Fall<sup>97</sup> hatte der Erstverkäufer dem gutgläubigen Erstkäufer das Vorhandensein einer Altlast arglistig verschwiegen. Der Erstkäufer veräußerte das Grundstück einige Jahre später – noch immer gutgläubig – unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung weiter. Der Zweitkäufer hat weder gegen seinen Verkäufer noch gegen den Erstverkäufer Ansprüche. Der BGH kommt über eine ergänzende Vertragsauslegung<sup>98</sup> zur Pflicht des Verkäufers, seine Ansprüche gegen den Erstverkäufer abzutreten. Durch § 24 Abs. 2 BBodSchG ist dieses Problem für die Altlastenthematik wesentlich entschärft, da der Käufer einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf Ersatz der sanierungsbedingten Aufwendungen gegen den Verursacher erhält.

## 2. Grundstückskauf in Kenntnis des Verdachts auf Bodenverunreinigungen bzw. in Kenntnis der Bodenverunreinigungen

Sind den Vertragsteilen Bodenverunreinigungen positiv bekannt oder besteht zumindest der Verdacht auf deren Vorhandensein, müssen deren gegenläufige Interessen im Vertrag ausgeglichen werden. Die dabei zu beachtenden Neuerungen des BBodSchG werden nachfolgend dargestellt. Im übrigen kann auf die große Bandbreite der denkbaren Gestaltungen im Rahmen dieses Beitrags nur cursorisch eingegangen werden. Wegen ausführlicher Formulierungshilfen wird v.a. auf den Aufsatz von *Schürmann* verwiesen<sup>99</sup>.

Sämtliche Lösungsvarianten lassen sich zwei Fallgruppen zuordnen. In der ersten gelingt es dem Verkäufer, das Sanie-

rungsrisiko dem Käufer voll aufzubürden. In der zweiten beteiligt sich der Verkäufer am Sanierungsrisiko bis hin zur vollständigen Übernahme desselben. Innerhalb dieser Fallgruppe ist weiterhin danach zu differenzieren, ob nur Vorsorge für ein eventuelles behördliches Eingreifen getroffen (etwa anlässlich der vom Käufer geplanten Baumaßnahmen) oder die Sanierung anlässlich des Kaufs unmittelbar in Angriff genommen werden soll. Vor allem im letzteren Fall kann durch die Einschaltung der Sanierungsbehörde, im Idealfall mittels eines dreiseitigen Sanierungsvertrages, das häufig unwägbare Risiko einer polizeirechtlichen Inanspruchnahme kalkulierbar und der Erfolg der Sanierungsmaßnahme auch bodenschutzrechtlich abgesichert werden.

### a) Belehrungspflichten des Notars

Tragen die Parteien einen Sachverhalt vor, der auf eine Bodenverunreinigung schließen läßt, hat der Notar gezielt nach der gewünschten Gewährleistungsregelung zu fragen und entsprechend über die rechtliche Tragweite derselben zu belehren<sup>100</sup>. Über die wirtschaftlichen Folgen der vereinbarten Gewährleistungsregelung muß der Notar hingegen nicht belehren<sup>101</sup>. Ein Belehrungsvermerk kann in etwa wie folgt gefaßt werden:

*Der Notar hat die Beteiligten auf die Bestimmungen des Bundes-Bodenschutzgesetzes hingewiesen und insbesondere darüber belehrt,*

- daß der Verursacher, der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers, der Eigentümer, der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, aber auch der frühere Eigentümer eines Grundstücks unabhängig von den Vereinbarungen dieses Vertrages u.a. zur Erforschung und Sanierung von schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten einschließlich betroffener Gewässer herangezogen werden können und daß diese Haftung der Höhe nach grundsätzlich nicht begrenzt ist,
- daß der Eigentümer zum Wertausgleich verpflichtet sein kann, wenn öffentliche Mittel zur Sanierung eingesetzt werden,
- daß das Gesetz einen Innenausgleich unter den bodenschutzrechtlich Verantwortlichen vorsieht, der vertraglich abgeändert werden kann,
- daß im Einzelfall die Sanierung zwischen den Vertragsteilen und der Behörde in einem Sanierungsvertrag geregelt werden kann und
- daß die Ermittlung des Sanierungsbedarfs und -umfangs mittels vorheriger Untersuchung der Bodenverhältnisse durch einen Sachverständigen dringend zu empfehlen ist.

Selbstverständlich ist dieser Vorschlag als „Grundgerüst“ für jeden Einzelfall gegebenenfalls anzupassen.

### b) 1. Fallgruppe: Der Käufer trägt das Sanierungsrisiko

Soll ein Interessenausgleich nur über den Kaufpreis stattfinden, verbleibt es im Grundsatz beim üblichen Gewährleistungsausschluß. Es muß besondere Sorgfalt auf die Dokumentation der Tatsachen, die den Altlastenverdacht begründen, gelegt werden. Nicht selten wird es im Zuge der Sanierung zu unangenehmen Überraschungen kommen, die auch durch ein Gutachten nicht völlig ausgeschlossen werden können. Die Dokumentation übernimmt hier die Funktion der

<sup>92</sup> Vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 123 Rdnr. 5, 5a.

<sup>93</sup> A.a.O. Rdnr. 11.

<sup>94</sup> BGH NJW 1991, 2900, 2901; OLG München Urt. v. 21.4.1994 NJW 1995, 2566 = DNotI-Report 1994, 6; *Kügel* NJW 1996, 2477 (2483).

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 21.8.1996 NJW 1996, 3284 = MittRh-NotK 1997, 26; BGH, NJW; 1995, 1549 = DNotZ 1996, 159; ausführlich hierzu *Knoche*, NJW 1995, 1985, 1991.

<sup>96</sup> *Schürmann*, a.a.O. S. 19 f.

<sup>97</sup> BGH Urt. v. 20.12.1996 DNotZ 1998, 40 = MittBayNot 1997, 166.

<sup>98</sup> *Palandt-Heinrichs* § 157 Rdnr. 2 ff.

<sup>99</sup> *Schürmann*, a.a.O. S. 18 ff.; auch *Wächter*, NJW 1997, 2073 ff.

<sup>100</sup> *Schürmann*, a.a.O. S. 29; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3172.

<sup>101</sup> LG Mönchengladbach, Urt. v. 7.1.1993, MittRhNotK 1994, 42 (Kläger war eine Sparkasse mit eigener Immobilienabteilung.).

Nichtwissenerklärung des Verkäufers im Kaufvertrag ohne Altlastenverdacht. Stellt sich in einem späteren Prozeß heraus, daß der Verkäufer ein bestimmtes Verdachtsmoment vor Vertragsschluß gekannt hat, kann unmittelbar aus dem Vertrag entnommen werden, ob er seiner Offenbarungspflicht nachgekommen ist:

*Der Verkäufer wurde darüber belehrt, daß er dem Käufer ihm bekannte Tatsachen offenbaren muß, die den Verdacht des Vorhandenseins von schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten begründen. Der Verkäufer erklärt, daß es nach seiner Kenntnis um eine i.d.S. verdächtige Fläche handelt, weil ... . Die Kenntnis dieser Tatsachen beruht darauf, daß ... . Der Verkäufer versichert, daß ihm keine weiteren Umstände bekannt sind, die auf das Vorhandensein von weiteren schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten hindeuten.*

Der Rückgriff des Käufers aus § 24 Abs. 2 BBodSchG ist auszuschließen. Der Verkäufer ist von einer Inanspruchnahme als früherer Eigentümer freizustellen. Die Möglichkeit eines vertraglichen Rücktrittsrechts sollte erörtert werden.

### c) 2. Fallgruppe: Vertragliche Beteiligung des Verkäufers am Sanierungsrisiko

Die vertragliche Beteiligung des Verkäufers an den Sanierungskosten bzw. am Sanierungsrisiko wirft eine Vielzahl von Definitions-, Abgrenzungs- und Begrenzungsfragen auf. In der Vertragsgestaltung sind ebenfalls, u.U. in beide Richtungen, der gesetzliche Regreßanspruch nach § 24 Abs. 2 BBodSchG an die vertragliche Risikoaufteilung anzupassen und entsprechende Freistellungsregelungen zu bedenken. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind insbesondere die nachfolgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- Wie in der 1. Fallgruppe sind die Aufklärungen des Verkäufers im Hinblick auf dessen Offenbarungspflicht zu dokumentieren.
- Der Begriff der schädlichen Bodenveränderung bzw. Altlast ist ausdrücklich vertraglich zu definieren. Die Interessen der Vertragsteile gehen diametral auseinander. Dem Verkäuferinteresse wird die verwaltungsrechtliche, eine Gefahr voraussetzende Begriffsdefinition gerecht, während der Käufer seine Interessen bereits durch unterhalb dieser Schwelle liegende, aber dennoch wertmindernde Kontaminationen beeinträchtigt sieht<sup>102</sup>. Desweiteren sind mögliche Gebäudekontaminationen und die Geltung des Abfallrechts für eventuell anfallenden Bodenaushub zu berücksichtigen.
- Soll der Verkäufer nur für den Fall der Sanierung haften, ist dieser zu definieren. Bedarf es etwa einer unanfechtbar gewordenen Sanierungsanordnung oder genügt ein die Sanierungsbedürftigkeit bestätigendes Privatgutachten<sup>103</sup>?
- Das Sanierungsziel bzw. der Umfang der Freistellung des Käufers durch den Verkäufer für den Fall der Sanierung sind zu definieren. Insbesondere sind die relevanten Nutzungsarten festzulegen, da die Anforderungen an die Sanierung mit der Nutzungsart unmittelbar zusammenhängen (§ 4 Abs. 4 BBodSchG). Dabei ist auch der Fall zu berücksichtigen, daß das Gebiet, in dem das Grundstück liegt, zwischenzeitlich planungsrechtlich hochgestuft werden könnte.

- Die öffentlich-rechtlichen Anforderungen (Prüf- und Maßnahmewerte, Bestimmung des Sanierungsziels) können zwischenzeitlich verschärft werden (§ 22 BBodSchG). Wer soll dieses Risiko tragen?
- Sollen die Vertragsteile, etwa nach Vorliegen eines Bodengutachtens, die Möglichkeit haben, sich durch Rücktritt vom Vertrag zu lösen<sup>104</sup>?
- Ist das Risiko einer Vertragspartei auf einen bestimmten Betrag zu deckeln?
- Wie soll das Risiko einer irrtümlichen Kalkulation, etwa aufgrund eines unvollständigen Gutachtens verteilt werden<sup>105</sup>?
- Wie kann der Verkäufer vor einer „Luxussanierung“ geschützt werden, die der Käufer mit der Behörde freimütig auf Kosten des Verkäufers aushandelt. Die Schwierigkeit einer interessengerechten Lösung liegt darin, daß die Einräumung von Mitwirkungs- und Abstimmungsrechten des Verkäufers andererseits zu untragbaren Verzögerungen der Sanierung für den Käufer führen kann<sup>106</sup>.
- Wer trägt die sanierungsbedingten Folgeschäden des Käufers, etwa den Nutzungsausfall oder Nutzungsbeschränkungen (§ 4 Abs. 3 Satz 3, § 10 Abs. 2 BBodSchG)?
- Inwieweit sind Regreßansprüche gegen Dritte abzutreten?
- Angesichts der völlig untauglichen gesetzlichen Regelung des § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Verjährung der Haftung des Verkäufers vertraglich zu regeln und eventuell mit § 24 Abs. 2 BBodSchG zu harmonisieren.
- Ist die Kaufpreisfälligkeit an Sanierungsleistungen des Verkäufers zu koppeln?
- Ist die Umschreibung des Eigentums wegen der daraus resultierenden Haftung als Zustandsstörer gesondert zu regeln, etwa an die Durchführung der Sanierung<sup>107</sup>?
- Sind die vertraglichen Sanierungspflichten wirtschaftlich abzusichern?

### III. Ergebnisse

Das Bundes-Bodenschutzgesetz bringt auch für das Zivilrecht einige wichtige Neuerungen und ist damit im Unterschied zu den anderen Umweltmedienschutzgesetzen (BImSchG, WHG) für die notarielle Praxis von einer Relevanz, die man auf den ersten Blick nicht hinter diesem Gesetz vermutet.

Auf den Umfang der Belehrungspflichten haben die Neuerungen des BBodSchG allerdings keinen Einfluß, wenn die Altlastenproblematik nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen ist und dem Notar keine entsprechenden Anhaltspunkte bekannt werden. Auch in völlig unverdächtigen Fällen ist es aber ratsam darauf hinzuweisen, daß der Notar das Altlastenregister und die Bauleitpläne nicht eingesehen hat. Wegen der neu eingeführten Bodenschutzlast sollten die auf die Haftung für öffentliche Lasten hinweisenden Formulierungen überprüft werden.

Es ist sinnvoll, einen klarstellenden Hinweis zum Rückgriffsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG aufzunehmen, der dem Käufer einen Regreß gegen den Verkäufer als Verursacher der Bodenveränderung offenhält. Einer ausdrücklichen Freistellungsverpflichtung im Hinblick auf die mögliche Haftung des Verkäufers als früherem Eigentümer bedarf es nicht.

<sup>102</sup>Grziwotz, a.a.O. S. 284, schlägt die Bezugnahme auf § 5 Abs. 5 Wertermittlungsverordnung vor, abgedruckt Sartorius Nr. 310.

<sup>103</sup>Vgl. Wächter, a.a.O. S. 2077.

<sup>104</sup>Schürmann, a.a.O. S. 25.

<sup>105</sup>Siehe bspw. LG Köln, MittRhNotK 1994, 40.

<sup>106</sup>Wächter, a.a.O. S. 2078 f.

<sup>107</sup>Schürmann, a.a.O. S. 26.

# Verlust von Fischereirechten durch Ökogewässerausbau?

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

## I. Problemstellung

Im Bereich des Obermains werden z.Z. umfangreiche Gewässerausbaumaßnahmen durchgeführt, die der Verbesserung des Hochwasserschutzes, aber vor allem der Renaturierung des Gewässersystems und Verbesserung der ökologischen Verhältnisse dienen. Dies ist aus fischereilicher Sicht uneingeschränkt zu begrüßen, zumal diese Maßnahmen durch das zuständige Wasserwirtschaftsamt mit großem Sachverstand und Engagement ausgeführt werden und landes-, ja sogar bundesweite Vorbildfunktion haben. Durchgeführt werden insbesondere die *Anbindung von Baggerseen* an den Main. Dadurch befürchten allerdings die Fischereiberechtigten der Baggerseen einen Verlust ihrer Fischereirechte. Bei rechtzeitiger Gestaltung der Rechtsverhältnisse können diese Gefahren jedoch vermieden werden.

Bei der Fischereiberechtigung an den Baggerseen, die bisher keine Verbindung zum Main hatten, handelt es sich durchwegs um *Eigentümergebührenrechte* i.S.v. Art. 3 BayFiG, die durch Kiesausbeute entstanden sind. Durch die Anbindung der Baggerseen stellt sich die Frage, ob diese Eigentümergebührenrechte mit den im Hauptgewässer Main bestehenden, i.d.R. selbständigen Fischereirechten kollidieren. Auszugehen ist dabei zunächst von Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG, der bestimmt, daß in natürlichen oder künstlich hergestellten *Abzweigungen* fließender Gewässer (Seitenarme u.ä.) grundsätzlich das Fischereirecht den im Hauptgewässer Berechtigten in der durch die Lage und durch das Längenverhältnis der Hauptwasserstrecke bestimmten räumlichen Ausdehnung zusteht. Dies gilt jedoch nach Abs. 3 dieser Vorschrift nicht, wenn besondere Rechtsverhältnisse an dieser Abzweigung bestehen. Demnach ist nach der Art der Anbindung des Baggersees an das Hauptgewässer (Main) zu unterscheiden.

## II. Einseitige Anbindung an das Hauptgewässer

### 1. Rechtliche Einordnung der blind endenden Gewässer

Erhält der Baggersee nur eine Verbindung zum fließenden Hauptgewässer, so spricht man auch von *blind endenden Gewässern*<sup>1</sup>. Art. 4 BayFiG ist hier nicht anwendbar, da eine Abzweigung eine doppelte Verbindung zum Fließgewässer voraussetzt, also eine Ausmündung und eine Wiedereinmündung<sup>2</sup>. Auch eine Veränderung des Flußbetts (Art. 5 BayFiG), eine Ausdehnung nach Art. 5 a BayFiG und eine Überflutung nach Art. 6 BayFiG liegt nicht vor. Das Fischereirecht an

solchen blind endenden Gewässern steht also – soweit keine besonderen, selbständigen Fischereirechte bestehen – nach Art. 3 BayFiG dem Gewässereigentümer zu<sup>3</sup>. Dies wird zwar teilweise kritisiert, weil durch die Anbindung eine bessere Sauerstoffversorgung und ein Fischwechsel ermöglicht wird, der u.U. den Baggersee zu einem wesentlich ertragreicheren Gewässer als ohne diese Verbindung macht. Umgekehrt haben auch die Fischereiberechtigten im Hauptfluß hiervon nicht zu unterschätzende Vorteile, entstehen doch durch die Einwechslungsmöglichkeit in den Baggersee wertvolle Laich- und Aufwuchsplätze.

### 2. Fischereigenossenschaft droht

Diese Gründe können jedoch im Hinblick auf das Hegeziel (Art. 1 Abs. 2 S. 2 BayFiG) gebieten, die Fischereiberechtigten im Hauptfluß und im Baggersee in eine öffentliche Fischereigenossenschaft einzubeziehen (Art. 37 ff. BayFiG)<sup>4</sup>. Die Bildung einer solchen Zwangs-genossenschaft kann auch durch Verfügung der Kreisverwaltungsbehörde gegen den Willen der Betroffenen erfolgen (Art. 38 Nr. 2, 61 S. 1 BayFiG). Sie wird allerdings von den Beteiligten nicht gerne gesehen werden, handelt es sich doch um eine gemeinschaftliche Hege- und Bewirtschaftungsgenossenschaft. Jedoch bestimmen die Verwaltungsvorschriften zum Vollzug fischereirechtlicher Bestimmungen (VwVFIR)<sup>5</sup> in Nr. 3.2, daß auf die Bildung solcher Fischereigenossenschaften hinzuwirken ist. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Gründe gegen die gesetzliche Möglichkeit der Bildung von Zwangs-genossenschaft wird man kaum anführen können<sup>6</sup>. Für die Fischereiausübungsberechtigung selbst wird dies allerdings erst dann problematisch, wenn die Genossenschaftsbildung nach Art. 37 Nr. 2 BayFiG zum Zwecke der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung und Nutzung des Fischwassers erfolgt, weil der Genosse dann kein eigenes Recht zur Ausübung der Fischerei mehr hat, sondern diese durch Beschluß der Genossenschaftsversammlung oder die Satzung der Genossenschaft bestimmt wird<sup>7</sup>. Dies ist allerdings an die erschwerten Voraussetzungen des Art. 39 BayFiG gebunden. Auch wird i.d.R. ein so weitreichender Eingriff in das Fischereirecht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, da meist bereits die Bildung einer Schutz- und Hegegenossenschaft i.S.d. Art. 37 Nr. 1 BayFiG zur Wahrung der fischereilichen Belange genügt<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 16.

<sup>4</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 16.

<sup>5</sup> Bek. vom 12.3.1996 Nr. R 6-7971-473 (AllMBl. S. 169), geändert durch Bek. v. 4.6.1997 (AllMBl. S. 419).

<sup>6</sup> BVerfG v. 19.6.1985, DVBl. 1986, 94 = BayVBl. 1986, 205 m. Anm. Braun sieht in den entsprechenden Bestimmungen des NRW FiG eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und verweist dabei auch ausdrücklich auf die Rechtslage in Bayern.

<sup>7</sup> V. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 37 Anm. 5.

<sup>8</sup> Die Fischereifachberatung des Bezirks Oberfranken hat auf telefonische Anfrage bestätigt, daß man keinen Grund sieht, in weitreichender Weise in das Fischereiausübungsrecht einzugreifen.

<sup>1</sup> Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, Stand Januar 1999, Art. 4 Rdnr. 16.

<sup>2</sup> BayVG v. 18.4.1977, BayVBl. 1977, 699 = RdL 1977, 261; v. 27.3.1981 = RdL 1983, 7; BayObLG v. 6.12.1982 = BayVBl. 1983, 155; v. 24.3.1994 = BayObLGZ 1994, 66, 70; Staudinger/J. Mayer; Bearbeitung 1997, Art. 69 EGBGB Rdnr. 92; Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 4, 16; v. Malsen-Waldkirch/Hofer, Das bayerische Fischereirecht, 1910, Art. 4 Anm. 1; Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl., 1925, Art. 4 Anm. 1.

### III. Doppelte Verbindung des Baggersees zum Fluß

#### 1. Rechtsverlust kraft Gesetzes

##### a) Grundsätzliches

Wird jedoch eine doppelte Verbindung des Baggersees zum Fluß geschaffen, so entsteht damit eine Abzweigung i.S.d. Art. 4 BayFiG. Das Gesetz geht zwar vom Leitbild der durchströmten, voll durchflossenen Abzweigung aus. Entscheidend für die Erstreckung des Fischereirechts des Hauptgewässers auf das Nebengewässer ist aber, daß ein dauerhafter Fischwechsel ermöglicht wird. Daher verliert die Abzweigung ihren Charakter nicht dadurch, daß sie – ganz oder teilweise – ein stehendes Gewässer bildet, wie dies etwa bei Altwässern der Fall ist. Maßgeblich ist nur, daß sie bei mittlerem Wasserstand bei der Aus- und Einmündung noch mit dem Hauptarm in Verbindung steht<sup>9</sup>. Auch liegt hier durch die bloße Bildung eines Seitenarmes keine Gewässeränderung vor, die unter Art. 5 BayFiG fallen würde<sup>10</sup>.

Nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG muß daher damit gerechnet werden, daß mit der Schaffung der doppelten Verbindung des Baggersees zum Fluß ein *Eigentümergefischereirecht am Baggersee untergeht*. Denn der Eigentümer des Wassergrundstücks ist in der Abzweigung nur aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses i.S.d. Art. 4 Abs. 3 BayFiG fischereiberechtigt<sup>11</sup>. Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG ist gerade eine Ausnahme vom Grundsatz des Eigentümergefischereirechts (Art. 3 BayFiG)<sup>12</sup>.

Der Gewässereigentümer kann sich auch nicht auf eine der Ausnahmen berufen, die das Gesetz zu Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG macht (vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 2 für geschlossene Gewässer bestimmter Art und Abs. 2 für Kanäle). Selbst wenn der Fischwechsel dauerhaft durch entsprechende Vorrichtungen unterbrochen wird, würde dies den Verlust des Eigentümergefischereirechts am Baggersee nicht hindern, da es sich hier um ein geschlossenes Gewässer nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 BayFiG handelt, Art. 4 Abs. 1 S. 2 aber nur eine Ausnahme für die geschlossenen Gewässer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BayFiG (ablaßbare Fischteiche und Fischbehälter, zur Fischzucht oder Fischhaltung künstlich hergestellte Rinnsale) macht<sup>13</sup>.

Solch weitreichende Folgen hätte Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG allerdings dann nicht, wenn diese Vorschrift *nicht für erst neu entstehende Abzweigungen* gelten würde, also nicht für solche, die erst nach Inkrafttreten des Bayerischen Fischereigesetzes am 1.4.1909 entstanden sind<sup>14</sup>. Auch verfassungsrechtliche Gründe sprechen hierfür, wie gleich zu zeigen ist. Bis zu einem klärenden Urteil muß jedoch die vorsorgende Rechtspflege davon ausgehen, daß durch die Bildung der Abzweigung die Eigentümergefischereirechte erlöschen.

##### b) Entschädigung für Rechtsverlust

Der vorstehend befürchtete Verlust des Eigentümergefischereirechts tritt *kraft Gesetzes* mit der tatsächlich erfolgten doppel-

ten Verbindung ein. Da er auf einer hoheitlichen Maßnahme (Gewässerausbau) beruht, ist der Eigentümer für seinen Verlust zu entschädigen, was aber nur in Geld geschieht. Seine Fischereiberechtigung, auf die es ihm ankommt, ist unwiederbringlich verloren. Erfolgt der Gewässerausbau aufgrund eines Planfeststellungsverfahrens, ist bereits dort der Ausgleich des Schadens anzuordnen, § 31 Abs. 5 S. 2 WHG. Geschieht dies nicht, so ergibt sich ein öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des *enteignenden Eingriffs*, der im allgemeinen Aufopferungsgrundsatz seine Grundlage hat, da der Fischereiberechtigte durch Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG kraft Gesetzes mit Schaffung der Abzweigung sein Fischereirecht, das ein grundstücksgleiches Recht i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist<sup>15</sup>, verliert<sup>16</sup>. Insoweit liegt die Situation anders als bei den Fällen des Gewässeraufbaus, bei denen die Eigentümer des überstauten Grundstücks sich aus verfassungsmäßigen Gründen nicht darauf berufen können, daß sie ein Fischereirecht an dem neu entstehenden Gewässer erhalten, sondern sich vielmehr das gerade entstehende Fischereirecht von ihrem allgemeinen Eigentumsrecht abspaltet und etwa dem Ausbauunternehmer zuwächst. Dies wird damit begründet, daß ja Substanz des Eigentums am Gewässerbett erhalten bleibe und dem Grundstückseigentümer insbesondere keine Befugnis entzogen werde, die er vorher gehabt hat, weil es vor der Überflutung keine Fischereiberechtigung gab<sup>17</sup>. In unserem Fall wird demgegenüber in das bereits bestehende Recht und nicht erst in die Möglichkeit des Entstehens eines solchen Rechts eingegriffen. Da hier auch der völlige Rechtsverlust droht, kann dagegen nicht eingewandt werden, daß das Fischereirecht kein Recht zur Aufrechterhaltung der natürlichen Verhältnisse gewährt<sup>18</sup>.

Es ist jedoch verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG dahingehend auszulegen, daß die Gewässerabzweigung zum Verlust von Eigentümergefischereirechten führt. Diese Vorschrift wäre eine spezialgesetzliche Regelung der sog. Ausdehnungstheorie, die zu einem Rechtsverlust des betroffenen Gewässereigentümers durch die räumliche Ausdehnung des Gewässers führt.<sup>19</sup> Gegen diese Theorie bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken<sup>20</sup>. Zudem treffen auf diese Auslegung des Art. 4 die Argumente zu, mit denen der Bayer. Verfassungsgerichtshof<sup>21</sup> den Art. 5 a BayFiG a.F. für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat: Es tritt kraft Gesetzes eine enteignende Wirkung ein, die zu einer unzu-

<sup>9</sup> Bergmann, Fischereirecht, 1966, S. 143.

<sup>10</sup> Braun/Keiz Art. 5 Rdnr. 3; v. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 5 Anm. 2.

<sup>11</sup> Bleyer Art. 4 Anm. 1.

<sup>12</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 1; v. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 4 Anm. 2.

<sup>13</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 5.

<sup>14</sup> So ausdrücklich Weiß, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, Art. 4 Anm. 9; auch die Erläuterungen bei v. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 4 Anm. 7 deuten auf eine solche Auslegung hin.

<sup>15</sup> BVerfG v. 19.6.1985 = BayVBl. 1986, 205; BayVerfGH v. 30.5.1979, BayVBl. 1979, 496, 498; BayVerfGH v. 13.7.1984 = BayVBl. 1984, 655, 658; Braun/Keiz Art. 3 Rdnr. 2 m.w.N.

<sup>16</sup> Auch nach dem sog. Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 58, 300 ff.), hat der BGH (vgl. etwa BGH NJW 1992, 3229) im Kern an der Möglichkeit der Entschädigung nach den Grundsätzen des enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs festgehalten, die Differenzierung aber in dem Aufopferungsgedanken gesehen (dazu etwa Rüfner, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., § 52 Rdnr. 17 ff., 59 ff.). Der Vorrang des Primärrechtsschutzes, auf den das BVerfG in diesem Zusammenhang abstellt, wird in unseren Fällen mitunter nicht in der ausreichenden Form gegeben sein, etwa wenn ohne ein Planfeststellungsverfahren (§ 31 WHG) die Gewässerbindung erfolgte.

<sup>17</sup> BVerfG BWNtZ 1987, 117 f.; BGHZ 122, 93, 102. Krit. hiergegen Röther BWNtZ 1987, 118 f.; vgl. auch J. Mayer MittBayNot 1994, 295, 297.

<sup>18</sup> BVerwG v. 25.9.1996, ZfW 1997, 160, 161.

<sup>19</sup> Dazu etwa Braun/Keiz Art. 5 Rdnr. 7 und unten III.2.d).

<sup>20</sup> BayVerfGH v. 13.7.1984, BayVBl. 1984, 655, 658.

<sup>21</sup> V. 30.5.1979, BayVerfGHE 32, 72 = BayVBl. 1979, 496 ff.

lässigen Rechtsschutzverkürzung führt. Es sprechen daher gute Gründe dafür, Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG *unter verfassungsrechtlichen Gründen* restriktiv auszulegen, so daß bereits tatsächlich bestehende Fischereirechte an Baggerseen durch eine nachträgliche Anbindung nicht erlöschen. Dies könnte dadurch geschehen, daß auch bereits bestehende Eigentümerfischereirechte an Gewässern, die vor der Schaffung der Abzweigung vorhanden waren, als „besondere Rechtsverhältnisse“ i.S.d. Art. 4 Abs. 3 BayFiG angesehen werden, die der Anwendung des Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG entgegenstehen.

Doch gilt es, bis zu einer höchstrichterlichen Erkenntnis, die dieser Auslegung folgt, gegen die mögliche Gefahr des Erlöschens der Rechte Vorsorge zu treffen.

## 2. Abhilfe durch Bestellung eines selbständigen Fischereirechts

### a) Grundsätzliche Vorgehensweise

Der mögliche Rechtsverlust kann jedoch durch die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts (Art. 9 BayFiG) *vor der Herstellung der doppelten Verbindung* vermieden werden. Das selbständige Fischereirecht ist unzweifelhaft ein „besonderes Rechtsverhältnis“ i.S.d. Art. 4 Abs. 3 BayFiG<sup>22</sup>. Es kann auf einem Rechtsgeschäft (nunmehr Art. 13 BayFiG) beruhen<sup>23</sup>. Dann kann sich das Fischereirecht am Hauptgewässer (Fluß) nicht auf den Baggersee als Teil der Abzweigung ausdehnen, denn Art. 4 Abs. 3 BayFiG steht einer solchen Erstreckung entgegen.

Durch die bloße bautechnische Anbindung des Baggersees entstehen auch *keine* unzulässigen *Koppelfischereirechte* in der Abzweigung und dem dadurch mit dem Hauptfluß verbundenen Baggersee (Art. 25 BayFiG). Denn ein Koppelfischereirecht würde voraussetzen, daß an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen (Art. 25 Abs. 1, 1. Alt. BayFiG). Der Begriff „derselben Gewässerstrecke“ wird aber durch die fischereirechtliche Situation bestimmt; daß mehrere Gewässerabschnitte unmittelbar aneinandergrenzen, ist insoweit unerheblich.<sup>24</sup> Vielmehr ist von der Vorwirkung auszugehen, die durch die bereits erfolgte fischereiliche Nutzung der Baggerseen vor der Anbindung bestand. Es handelte sich damals um in der Landschaft abgegrenzte und eigenständig fischereiwirtschaftlich genutzte Wasserflächen,<sup>25</sup> die eine Verkoppelung der Rechte verbieten.

Vielmehr stellen sich bei rechtzeitiger und wirksamer Begründung eines selbständigen Fischereirechts am Baggersee die Fischereirechtsverhältnisse unter Berücksichtigung des Art. 4 BayFiG graphisch wie folgt dar:

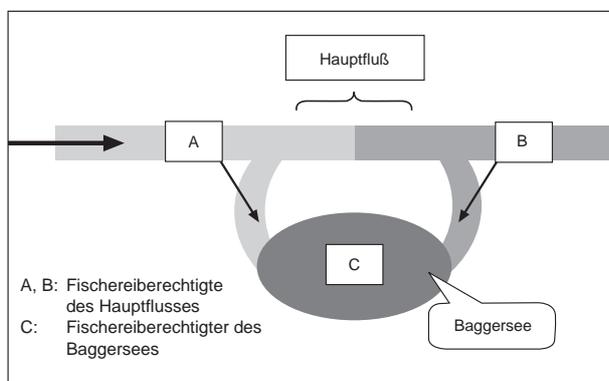


Abbildung: Fischereiberechtigungen bei Gewässerabzweigungen

### b) Das „Timing“ muß stimmen

Zu beachten ist aber das richtige „Timing“: Bereits vor der *Herstellung der doppelten Verbindung* mit dem Fluß muß das *selbständige Fischereirecht* wirksam nach Art. 13 BayFiG *begründet* sein. Hierzu bedarf es grundsätzlich der entsprechenden Einigung des Gewässereigentümers mit dem Erwerber des Fischereirechts bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor einem bayerischen Notar und der Eintragung des Rechts im Grundbuch<sup>26</sup>. Grundbuch in diesem Sinne ist dabei das Grundbuchblatt des betreffenden Gewässers.<sup>27</sup> Es ist daher dringend darauf zu achten, daß die Einigung und Grundbucheintragung vor der Herstellung der doppelten Verbindung in Natur erfolgt, da bei verspäteter Rechtseinräumung ein selbständiges Fischereirecht durch den Eigentümer des Baggersees nicht mehr bestellt werden kann, da er sein Fischereirecht ja durch die Anbindung bereits verloren hat. Dies gilt es insbesondere zu beachten, wenn erst noch längerdauernde Vermessungen für die Vertragsabwicklung vorzunehmen sind. Denn auch hier gilt: Wer zuspät kommt, den bestraft das Schicksal. Auch die Eintragung einer Vormerkung auf Einräumung des selbständigen Fischereirechts im Grundbuch dürfte nicht genügen, da § 883 Abs. 2 BGB nur Schutz gegen beeinträchtigende Verfügungen gewährt, hier aber der Rechtsverlust kraft Gesetzes eintritt<sup>28</sup>.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß es für die Neueinräumung des selbständigen Fischereirechts *nicht* der Erstellung eines *Fischereiveränderungsnachweises* bedarf<sup>29</sup>. Das Fischereirecht ist vielmehr nur so zu bezeichnen, daß dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt wird und das Grundbuchamt auf die Einigung der Beteiligten zur näheren Beschreibung des Rechtsinhalts Bezug nehmen kann<sup>30</sup>. Eine ordnungsgemäße Abmarkung ist jedoch i.d.R. immer zu empfehlen; auch erleichtert die Bildung einer eigenen Flurstücksnummer für das betroffene Gewässer den Grundstücksverkehr erheblich. Im übrigen richtet sich das

<sup>22</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 14. Vgl. auch v. Malsen-Waldkirch/Hofer, Art. 4 Anm. 7, die allerdings für ihre Erörterung nur darauf abstellen, daß das selbständige Fischereirecht bereits vor Inkrafttreten des BayFiG bestand.

<sup>23</sup> Braun/Keiz Art. 4 Rdnr. 14; Hans Otto Schmitt, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, Art. 4 Anm. 7; Weiß, Art. 4 Anm. 9.

<sup>24</sup> Braun/Keiz Art. 24 Rdnr. 5.

<sup>25</sup> Vgl. dazu die Überlegungen des BayVerfGH v. 13.7.1984, BayVBl. 1984, 655, 658 zum Rechtsverlust durch die Ausdehnungstheorie; diese Argumentation ist auf die Rechteinschränkung durch eine Verkoppelung der Rechte entsprechend anwendbar.

<sup>26</sup> Daß bereits bei der Rechtsbestellung die Grundbucheintragung erforderlich ist, verlangt nunmehr BayObLGZ 1995, 13, 15 = MittBayNot 127, 128. Ebenso Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 5; Bleyer Art. 13 Anm. 1; Weiß Art. 13 Anm. 5–7; Reimann MittBayNot 1971, 4, 6 = BayVBl. 1972, 572 f. AM Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 13 Anm. c.

<sup>27</sup> Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 6.

<sup>28</sup> Z.T. wird allerdings die Erweiterung der Sicherungswirkung auf einen Erwerb kraft Gesetzes gefordert, etwa bei der Buchersitzung (Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, § 48 III 1; zustimmend Palandt/Bassenge, BGB, 58. Aufl., 1999, § 883 Rdnr. 23), jedoch fehlt Rspr. hierzu.

<sup>29</sup> S. Reimann MittBayNot 1971, 4, 7 für die nachträgliche Teilung eines Fischereirechts bei einer Veräußerung.

<sup>30</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und Fischereirechten vom 7.10.1982 (GVBl. 892); Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 4.

Verfahren bei der Eintragung eines Fischereirechts nunmehr nach den §§ 116 ff. GBO, nachdem die §§ 8 bis 15 der AVO GBO durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz aufgehoben wurden<sup>31</sup>.

*Ausnahmsweise* bedarf es dann *keiner Grundbucheintragung*, wenn es sich um ein nicht gebuchtes und auch buchungsfreies Grundstück (§ 3 Abs. 2 GBO) handelt, oder das Grundstück überhaupt nicht buchungsfähig ist<sup>32</sup>. Hier ist davon auszugehen, daß trotz Fehlens des Gewässergrundbuchs ein selbständiges Fischereirecht eingeräumt werden kann<sup>33</sup>. Dies geschieht dann ausnahmsweise durch bloße Einigung nach Art. 13 BayFiG, die jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit und Beweissicherung analog Art. 56 Abs. 1 S. 2 BayAGBGB in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden muß<sup>34</sup>.

### c) Die verschiedenen Situationen, die zur Bestellung eines selbständigen Fischereirechts führen können

Für die erforderliche Bestellung des selbständigen Fischereirechts lassen sich drei Situationen unterscheiden:

#### aa) Ausbaunternehmer erwirbt das Gewässereigentum

Erwirbt im Zusammenhang mit der Ausbaumaßnahme der Träger derselben (i.d.R. der Freistaat Bayern) das Eigentum an dem Gewässer (Baggersee), so ist in der Grunderwerbsurkunde die Bestellung des selbständigen Fischereirechts für den bisherigen Gewässereigentümer vorzusehen. Dieses Rechtsgeschäft unterliegt regelmäßig der Beurkundungspflicht nach § 313 BGB. Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung hinsichtlich des Gewässereigentums wird das selbständige Fischereirecht in das Grundbuch eingetragen, so daß sich die nachstehend diskutierte Frage, ob ein selbständiges Fischereirecht für den Gewässereigentümer bestellt werden kann, hier nicht stellt. Auch wenn für den Erwerber des Gewässereigentums Buchungsfreiheit nach § 3 Abs. 2 GBO besteht, sollte das Fischereirecht von Anfang an in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 14 Abs. 2 BayFiG). Denn eine Weiterveräußerung des selbständigen Fischereirechts ist nur wirksam, wenn auch diese in das Grundbuch eingetragen wird, es sei denn, es läge bei dem Erwerber des Fischereirechts wiederum eine Buchungsfreiheit vor<sup>35</sup>. Und die Erfahrung zeigt, daß dann oftmals die Eintragung vergessen wird, wenn das Fischereirecht nicht bereits im Grundbuch gebucht war.

#### bb) Bestellung eines selbständigen Fischereirechts für den Gewässereigentümer

Erfolgt kein Eigentumswechsel am Gewässergrundstück, so stellt sich die Frage, ob der Gewässereigentümer vor Beginn

der Ausbaumaßnahme für sich selbst ein selbständiges Fischereirecht (Art. 9 BayFiG) bestellen kann, um den Rechtsverlust nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG zu vermeiden. Die Rechtsfrage ist umstritten. Die ältere Kommentarliteratur hat dies verneint<sup>36</sup>. Dies war jedoch, bevor das Reichsgericht mit Beschluß vom 14.11.1933<sup>37</sup> die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit am eigenen Grundstück unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt hat. Auch bei einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit kann der Rechtsinhaber der Eigentümer sein<sup>38</sup>, wobei die h.M. hierfür allerdings ein besonderes Rechtsschutzinteresse verlangt<sup>39</sup>. Davon ausgehend betont die neuere Auffassung die Ähnlichkeit des selbständigen Fischereirechts mit einem Erbbaurecht<sup>40</sup>, bei dem anerkannt ist, daß dieses der Grundstückseigentümer für sich bestellen kann<sup>41</sup>. Daraus wird die Zulässigkeit der Bestellung eines selbständigen Fischereirechts für den Gewässereigentümer hergeleitet<sup>42</sup>.

Der neueren Auffassung ist zuzustimmen und die *Bestellung eines selbständigen Fischereirechts* durch den Gewässereigentümer *für sich selbst als veräußerliches und vererbliches Recht* (Regelform des selbständigen Fischereirechts<sup>43</sup>) zu bejahen. Dabei ist zunächst zutreffenderweise davon auszugehen, daß die Bestellung von Eigentümerdienstbarkeiten und Eigentümererbbaurechten mittlerweile aus gutem Grund anerkannt ist, weil hierfür auch ein praktisches Bedürfnis besteht. Die Bestellung des selbständigen Fischereirechts stellt sich in diesen Fällen als (vorsorgliche) Zurückbehaltung des damit verbundenen Nutzungsrechts vor der Veräußerung dar<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Bleyer Vorbem. B.5 vor Art. 9 (ohne Begründung); Weiß Art. 13 Anm. 3 mit dem Hinweis, daß dies „nach den allgemeinen Regeln nur an einem fremden Grundstück“ geschehen könne.

<sup>37</sup> RGZ 142, 231, 234 ff.; vgl. auch BGHZ 41, 209, 210; BGH NJW 1988, 2362; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 33 Rdnr. 34.

<sup>38</sup> BGHZ 41, 209, 210 = NJW 1964, 1226; OLG Oldenburg DNotZ 1967, 687.

<sup>39</sup> BGH (Fn. 38); OLG Oldenburg (Fn. 38); OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 63; MünchKommBGB/Joost, 3. Aufl., 1997, § 1090 Rdnr. 24; Palandt/Bassenge, § 1090 Rdnr. 3; Maitl MittBayNot 1976, 218. A.M. Staudinger/Ring, Bearb. 1994, § 1090 Rdnr. 8; OLG Saarbrücken Rpfleger 1992, 151: ein solches besonderes Bedürfnis ist nicht erforderlich.

<sup>40</sup> Zu dieser Parallele v. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 14, Allgemeines; Braun/Keiz Art. 9 Rdnr. 3; Schub BayZ 1931, 85, 88; Staudinger/J. Mayer Art. 69 EGBGB Rdnr. 77.

<sup>41</sup> Staudinger/Ring, Bearbeitung 1994, § 1 ErbbauVO Rdnr. 4; MünchKommBGB/v.Oefele § 1 ErbbauVO Rdnr. 29, 61; v. Oefele/Winkler, Erbbaurecht, 2. Aufl., III Rdnr. 8 ff.

<sup>42</sup> BayVGH v. 3.3.1994, RdL 1994, 294, 295; Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 2. In dem vom VGH a.a.O. entschiedenen Fall handelte es sich allerdings um subjektiv-dingliche Fischereirechte für den jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks (Art. 10, I. Alt. BayFiG), was vom Gericht nicht klar genug erkannt wurde. Dort heißt es jedoch wörtlich: „Nachdem anerkannt ist, daß der Grundstückseigentümer das dem Fischereirecht rechtsähnliche Erbbaurecht ... auch für sich selbst bestellen kann, ... [Zitatstelle bezügl. Erbbaurecht], bestehen gegen einen entsprechenden Erwerb eines Fischereirechts keine Bedenken.“ Eigentlich hätte die Argumentationsführung umgekehrt erfolgen müssen: Da die Zulässigkeit eines Eigentümererbbaurechts anerkannt ist, das Fischereirecht aber dem Erbbaurecht ähnelt, gilt für das Fischereirecht gleiches.- Das BVerwG hat das Urteil des VGH aus anderem Grund aufgehoben (RdL 1995, 207).

<sup>43</sup> Braun/Keiz Art. 9 Rdnr. 2.

<sup>44</sup> So BGHZ 41, 209, 211 zu Eigentümerdienstbarkeit.

<sup>31</sup> Dazu Meikel/Ebeling, Grundbuchrecht, 8. Aufl., 1997, § 116 GBO Rdnr. 28. BayObLG v. 1.8.1991, BayObLGZ 1991, 291, 294 erging noch zur alten Rechtslage.

<sup>32</sup> Das sind die sog. Anliegergewässer, bei denen das Gewässer Bestandteil der angrenzenden Ufergrundstücke ist, Art. 6 Abs. 1 BayWG. Dazu näher Braun/Keiz Art. 3 Rdnr. 6. Anliegergewässer kommen jedoch nur an fließenden Gewässern vor.

<sup>33</sup> Bleyer Art. 13 Anm. 1 (S. 52); Weiß Art. 13 Anm. 7 (S. 171 f.); Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 6. Dies wird zu Recht aus Art. 14 Abs. 5 S. 2 BayFiG hergeleitet, wonach die Eintragung des Fischereirechts auf dem Grundbuchblatt des Gewässers nur verlangt werden kann, wenn für das Gewässer bereits ein Blatt angelegt ist.

<sup>34</sup> Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 6.

<sup>35</sup> BayObLG v. 1.8.1991, BayObLGZ 1991, 291; 1995, 13; kritisch gegen diese rigorose Rspr. J. Mayer MittBayNot 1992, 248.

Auch stehen weder der *Wortlaut* noch die *Systematik* des bayerischen Fischereirechts dieser Auffassung entgegen: Art. 9 BayFiG definiert das selbständige Fischereirecht als ein solches, das nicht dem Eigentümer des Gewässers zusteht. Dies ist nicht rein wörtlich zu verstehen, sondern im Wege der systematischen Interpretation in Abgrenzung zu Art. 3 BayFiG zu sehen, wonach grundsätzlich dem Gewässereigentümer auch das Fischereirecht zusteht. Anders aber als das Jagdrecht (§ 3 Abs. 1 S. 2 BJagdG) kann jedoch das Fischereirecht als selbständiges Nutzungsrecht vom Eigentum abgespalten und als selbständiges, übertragbares beschränkt dingliches Recht ausgestaltet werden<sup>45</sup>. So liegt es in unserem Fall. Gerade um den Rechtsverlust nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG zu vermeiden, wird das Fischereirecht als beschränktes Nutzungsrecht vom Eigentum getrennt und rechtlich verselbständigt. Nur rein formal ist über einen gewissen Zeitraum der Berechtigte mit dem Gewässereigentümer identisch. Die Rechtsbegründung ist aber gerade darauf ausgerichtet, daß Eigentümer und Berechtigter des beschränkt dinglichen Rechts verschiedene Personen sein können, und sie werden dies über kurz oder lang auch sein, etwa infolge einer getrennten Veräußerung oder Vererbung<sup>46</sup>. Das Fischereirecht wird hier gerade nicht für den jeweiligen Eigentümer des belasteten Gewässergrundstücks bestellt (dies wäre der Fall des Art. 3 BayFiG), sondern für den Herrn XY, der „zufällig“ noch der Gewässereigentümer ist.

Dem kann nicht der *Wortlaut* der Verfahrensvorschrift des Art. 13 BayFiG entgegengehalten werden, wonach zur Bestellung eines selbständigen Fischereirechts eine „Einigung des Eigentümers des Gewässers und des Erwerbers des Fischereirechts“ erforderlich ist. Denn sonst müßte an der ähnlich lautenden Vorschrift des § 873 Abs. 1 BGB die Bestellung von Eigentümerdienstbarkeiten und Eigentümererbaurechten scheitern. Vielmehr will das Einigungserfordernis nur verhindern, daß niemand ein dingliches Recht gegen seinen Willen erwirbt<sup>47</sup>. Wird daher ein selbständiges Fischereirecht als vererbliches und veräußerliches Recht für die Person bestellt, die im Zeitpunkt dieses Rechtsgeschäfts (zufällig) mit dem Gewässereigentümer identisch ist, so genügt für die Rechtsbestellung in Abweichung von Art. 13 BayFiG die einseitige Erklärung gegenüber einem bayerischen Notar über die entsprechende Rechtsbegründung<sup>48</sup>.

Auch sonstige *fischereirechtliche Gründe* sprechen nicht gegen diese Praxis. Da durch die Rechtsbestellung das Fischereirecht aus dem Eigentum „ausgegliedert“ und in das selbständige Fischereirecht überführt wird, entsteht dadurch kein unzulässiges *Koppelfischereirecht* (Art. 25 Abs. 1 BayFiG). Allerdings ist darauf zu achten, daß für mehrere Personen an der gleichen Gewässerstrecke kein selbständiges Fischereirecht mehr bestellt werden kann, da dadurch ein solches Koppelfischereirecht entsteht<sup>49</sup>. Daß das Gewässergrundstück bisher mehreren Eigentümern gehörte, kann das Verbot der Be-

stellung von Koppelfischereirechten nicht beseitigen<sup>50</sup>. Der Schwierigkeit, daß durch die Begründung des selbständigen Fischereirechts im Baggersee rechtlich das getrennt wird, was ökologisch zusammengehört, und damit das Hegeziel (Art. 1 S. 2 BayFiG) erschwert wird, kann durch die Bildung von öffentlichen Fischereigenossenschaften (Art. 37 ff. BayFiG) begegnet werden (s. II.2)

Dieses selbständige Fischereirecht, das der Person eingeräumt wird, die zur Zeit zugleich auch der Gewässereigentümer ist, kann auch in das Grundbuch eingetragen werden. Auch Art. 14 Abs. 1 BayFiG steht dem nicht entgegen. Danach kann zwar ein Fischereirecht, das dem Eigentümer des Gewässers zusteht, nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Nach der einschlägigen Kommentierung ist damit aber nur das Eigentümerfischereirecht i.S.d. Art. 3 BayFiG gemeint, nicht aber ein selbständiges Fischereirecht<sup>50a</sup>. Ein selbständiges Fischereirecht muß ja sogar nach der Rspr. des Bayer. Obersten Landesgerichts in das Grundbuch eingetragen werden, soll es wirksam begründet sein<sup>50b</sup>.

Auch § 6 Abs. 3 der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und Fischereirechten steht der gewünschten Eintragung dieses selbständigen Fischereirechts nicht entgegen. Danach kann zwar für ein Fischereirecht, das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht, kein Fischereigrundbuch angelegt werden. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift betrifft diese Regelung aber nur den Fall eines *subjektiv-dinglichen Fischereirechts*<sup>50c</sup>, das in unserem Fall aber – wie gezeigt – gerade nicht vorliegt.

Bei der hier vorgeschlagenen Lösung durch Bestellung eines selbständigen Fischereirechts für die Person, die zur Zeit auch der Gewässereigentümer ist, ist daher das Fischereirecht nicht nur sogar buchungsfähig, sondern sogar buchungspflichtig.

### **cc) Bestellung eines selbständigen Fischereirechts für den Fischwasserpächter**

Vielfach werden die betroffenen Baggerseen an Dritte, etwa Fischereivereine, verpachtet sein. Diese werden jedoch zu Recht auch auf die Wahrung ihrer (schuldrechtlichen, auf Pachtvertrag beruhenden) Fischereiausübungsberechtigung großen Wert legen. Trotz des Unterschieds zwischen dem dinglichen Fischereirecht und dem obligatorischen Fischereiausübungsrecht<sup>51</sup> wird man – wie bei Wohnungsrecht und Mietvertrag<sup>52</sup> – Pachtvertrag und dingliches Fischereirecht nebeneinander für zulässig halten. Allerdings wird die Rechtseinräumung an den Pächter nur auf die Dauer des Pachtvertrags, also auflösend befristet, gewollt sein. Die

<sup>45</sup> Diese innere „Teilbarkeit des Eigentums dem Inhalt nach“ betont bereits RGZ 142, 231, 235, als einen Grundsatz des deutschen Rechts, das eben nicht von dem römisch-rechtlichen Satz „nemini res sua servit“ beherrscht werde. Gegen diesen römischen-rechtlichen Grundsatz etwa *Wolff/Raiser* § 108 I 1 b Fn. 5.

<sup>46</sup> Dieses Argument der personalen Trennbarkeit findet sich bereits in RGZ 142, 231, 237 für die Bejahung von Eigentümerdienstbarkeiten.

<sup>47</sup> RGZ 142, 231, 237.

<sup>48</sup> *Braun/Keiz* Art. 13 Rdnr. 4.

<sup>49</sup> *Braun/Keiz* Art. 13 Rdnr. 2.

<sup>50</sup> Davon kann auch die Fischereibehörde nach der Neufassung des Gesetzes keine Befreiung mehr erteilen, vgl. Art. 25 Abs. 3 BayFiG, wonach nur in den Fällen des Art. 25 Abs. 2 BayFiG (gemeinschaftlicher Erwerb von Todes wegen, subjektiv-dingliches Fischereirecht) eine Ausnahmegenehmigung möglich ist. Auch die Ausnahmevorschrift des Art. 29 BayFiG greift hier nicht ein, da nur geschlossene Gewässer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BayFiG vom Koppelfischereiverbot befreit sind, Baggerseen aber allenfalls unter Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 BayFiG fallen.

<sup>50a</sup> Vgl. die Kommentierung von *Braun/Keiz*, Art. 14 Rdnr. 3; v. *Malsen-Waldkirch/Hofer*, Art. 14 Anm. 1.

<sup>50b</sup> BayObLGZ 1995, 13 = MittBayNot 1995, 127.

<sup>50c</sup> *Braun/Keiz*, Art. 14 Rdnr. 12.

<sup>51</sup> Vgl. etwa *Braun/Keiz* Art. 3 Rdnr. 2; *Staudinger/J. Mayer* Art. 69 EGBGB Rdnr. 40.

<sup>52</sup> Dazu BGH Rpfleger 1974, 187; *Staudinger/Ring* § 1090 Rdnr. 5; *Palandt/Bassenge* § 1090 Rdnr. 2.

Bestellung eines selbständigen Fischereirechts unter einer solchen Befristung ist zulässig, da Art. 9 Abs. 2 BayFiG nur die für den Erwerb, aber nicht die für den Verlust des Eigentums an Grundstücken geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt; § 925 Abs. 2 BGB gilt hier nicht<sup>53</sup>. Auch könnte die pünktliche Bezahlung des Pachtzinses zur Bedingung für die Ausübung der Rechte aus dem selbständigen Fischereirecht gemacht werden<sup>54</sup>. Jedoch wäre eine befristete Bestellung nicht sinnvoll, da dann mit dem Fristeintritt das selbständige Fischereirecht wegfallen würde und der Fischereiberechtigte des Hauptwassers das Fischereirecht am Baggersee erwerben würde (Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG), soweit man dieser weitreichenden wörtlichen Auslegung folgt. Soll daher überhaupt für den Pächter ein selbständiges Fischereirecht bestellt werden, so muß mit einer Veräußerungsverpflichtung gearbeitet werden, daß bei der Beendigung des Pachtvertrags das Recht an den Eigentümer des Gewässergrundstücks als selbständiges Fischereirecht zurückzuübertragen ist; dies ist durch Eintragung einer entsprechenden Vormerkung im Grundbuch (§ 883 BGB) an dem Fischereirecht zu sichern. Die Übertragung des Fischereirechts auf den Gewässereigentümer führt nicht zum Erlöschen des selbständigen Fischereirechts, da § 889 BGB Anwendung findet<sup>55</sup>.

#### d) Gefahren durch die Ausdehnungstheorie?

Aus der Natur des selbständigen Fischereirechts als grundstücksgleiches Recht an einem Gewässer wird vielfach gefolgert, daß sich auch sein räumlicher Umfang nach der jeweiligen andauernden Ausdehnung des Gewässers bestimmt (sog. „Ausdehnungstheorie“)<sup>56</sup>. Die Statik des Grundstücksrechts wird damit durchbrochen und der Umfang des selbständigen Fischereirechts gleichsam der Dynamik der Gewässerwellen unterworfen<sup>57</sup>. In den Fällen der Gewässervergrößerung durch Schaffung von Stauseen oder Ausbaggerungen wird damit das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Eigentümer des plötzlich überfluteten Gewässergrunds und dem Inhaber des selbständigen Fischereirechts, das sich durch die Ausbaumaßnahme gleichsam erweitert, zugunsten des Inhabers des selbständigen Fischereirechts gelöst<sup>58</sup>. Jedoch verletzt die vorbehaltlose Anwendung der Ausdehnungstheorie auf Baggerseen, die bisher schon in der Landschaft abgegrenzte Wasserflächen darstellen und fischereiwirtschaftlich geson-

dert genutzt werden können, die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Gewässereigentümers (Art. 103 BV, Art. 14 Abs. 1 GG). Es bedarf daher eines Abwägens der Rechtspositionen des Gewässereigentümers und des Berechtigten des selbständigen Fischereirechts<sup>59</sup>. Jedoch gelten diese Grundsätze ohnehin nur, soweit für Gewässerveränderungen keine Spezialregelungen vorhanden sind<sup>60</sup>. Eine solche findet sich aber gerade in Art. 4 BayFiG, insbesondere in Abs. 3, so daß insoweit keine Bedenken bestehen. Denn durch die empfohlene Vorgehensweise wird gerade das erreicht, was auch die verfassungsrechtlich gebotene einschränkende Auslegung der Ausdehnungstheorie bezweckt.

#### e) Gefahr der Einbeziehung in eine Fischereigenossenschaft

Was an Gefahr für die Inhaber der Baggerseefischereirechte bleibt, ist die Einbeziehung in eine öffentliche Fischereigenossenschaft (Art. 37 ff. BayFiG; s. o. II.2).

#### f) Kosten der Rechtseinräumung

Da die rechtzeitige Einräumung des selbständigen Fischereirechts zur Wahrung eines möglichen Rechtsverlustes geboten ist, handelt es sich um notwendige Kosten zur Schadensvermeidung, deren Übernahme durch den Ausbauträger nach § 31 Abs. 5 S. 2 WHG im Planfeststellungsbeschluß anzuordnen ist; darauf hat der betroffene Fischereiberechtigte einen Anspruch (Art. 58 Abs. 3 S. 1 BayWG). Soweit dies unterblieb, hat der Betroffene Anspruch auf eine nachträgliche Auflage nach Art. 58 Abs. 4 BayWG, § 10 Abs. 2 WHG.

### IV. Fazit

Die einseitige Anbindung von Baggerseen und anderen stehenden Gewässern an das Hauptgewässer führt nicht zum Verlust des Eigentümerfischereirechts an dem stehenden Gewässer, da Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayFiG auf diese Fälle nicht anwendbar ist. Die Herstellung einer doppelten Verbindung läßt möglicherweise das Eigentümerfischereirecht kraft Gesetzes untergehen. Dem kann durch die Begründung eines selbständigen Fischereirechts (Art. 9 BayFiG) – auch für den momentanen Gewässereigentümer – vorgebeugt werden (Art. 4 Abs. 3 BayFiG). Das selbständige Fischereirecht muß dabei aber wirksam entstanden sein, bevor in der Natur die doppelte Gewässeranbindung geschaffen wurde. Es bleibt die Gefahr der Bildung einer öffentlichen Fischereigenossenschaft der Fischereiberechtigten des Hauptgewässers und des verbundenen Baggersees.

<sup>53</sup> V. Malsen-Waldkirch/Hofer Art. 13 Anm. b); Bleyer, Vorbem. B 8 vor Art. 9–17; Braun/Keiz Art. 13 Rdnr. 4, Art. 9 Rdnr. 14.

<sup>54</sup> Bei der Dienstbarkeit wird dies überwiegend anerkannt, vgl. BGHZ 54, 18; OLG Karlsruhe DNotZ 1968, 432; Palandt/Bassenge § 1018 Rdnr. 12; BGB-RGRK/Rothe § 1018 Rdnr. 21. Nach aM kann dies nur zur Bedingung für den Rechtsbestand gemacht werden, MünchKommBGB/Falckenberg Rdnr. 7.

<sup>55</sup> Braun/Keiz Art. 9 Rdnr. 12; Bleyer, Vorbem. B 5 vor Art. 9–17.

<sup>56</sup> Dazu insbesondere die Rspr. des BayObLG, vgl. etwa BayObLGZ 1982, 438, 444; 1992, 308, 312; aber auch BGHZ 122, 93, 102 ff. zum württembergischen Fischereirecht.

<sup>57</sup> J. Mayer MittBayNot 1994, 295, 301.

<sup>58</sup> Zu den verschiedenen Regelungsmöglichkeiten s. J. Mayer MittBayNot 1994, 295, 296 f.

<sup>59</sup> BayVerfGH v. 13.7.1984, BayVBl. 1984, 655, 658; Braun/Keiz Art. 9 Rdnr. 7. Früher wurde eine Begrenzung der Ausdehnungstheorie über das sog. Identitätserfordernis versucht. Wie jedoch das Beispiel Sylvensteinspeicher zeigt (vom Wildfluß zum Stausee), wurden an das einschränkende Tatbestandsmerkmal nur geringe Anforderungen gestellt (krit. hierzu J. Mayer MittBayNot 1994, 296).

<sup>60</sup> Braun/Keiz Art. 7.

# Verweigerung der Amtstätigkeit des Notars bei der Beurkundung eines Ehevertrages anlässlich einer Scheinehe

Von Notarassessor *Dr. Adolf Reul*, Würzburg

Mit Wirkung zum 1.7.1998 wurde das Eheschließungsrecht durch das EheschlRG neu geregelt.<sup>1</sup> Im Zuge dieser Gesetzesreform wurde auch das Personenstandsgesetz (PStG), in welchem im wesentlichen Zuständigkeits-, Verfahrens- und Registervorschriften sowie Vorschriften über den Ablauf und die äußere Gestaltung der Eheschließung vor dem Standesbeamten enthalten sind, reformiert.<sup>2</sup> Anliegen des Gesetzgebers war es hierbei unter anderem, das Problem der Eingehung und Wiederaufhebung von Scheinehen zu lösen.<sup>3</sup> Seinen gesetzlichen Niederschlag hat dies in den §§ 1310 Abs. 1, 2, HS, 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F., 5 Abs. 4 PStG n.F. gefunden. Solche Scheinehen werden namentlich zum Zwecke der Erlangung einer (illegalen) Aufenthaltsgenehmigung durch Ausländer geschlossen. Im Vordergrund steht allein dieser ehfremde Zweck. Eine eheliche Lebensgemeinschaft mit dem Inhalt des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, nach dem die Ehegatten füreinander Verantwortung tragen, wollen die Beteiligten dagegen nicht eingehen. In diesem Zusammenhang wenden sich die Beteiligten oftmals an einen Notar, um die „vermögensrechtlichen Folgen“ einer Ehe durch Ehevertrag in möglichst weitem Umfang auszuschließen. Hierbei stellt sich die Frage, ob der Notar seine Beurkundungstätigkeit verweigern soll, wenn er den Verdacht hat, die Eheschließung erfolge nur zu dem Zweck, dem ausländischen Ehegatten eine Aufenthaltserlaubnis zu verschaffen. Rechtsprechung und Literatur, die sich mit dieser Frage ausführlich auseinandersetzen, liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Lediglich in einem Gutachten des Deutschen Notarinstituts, welches vornehmlich zu Fragen des internationalen Privatrechts Stellung nimmt, wird am Rande u.a. ausgeführt, der Notar sei im Falle einer Scheinehe nicht berechtigt, seine Amtstätigkeit zu verweigern.<sup>4</sup> Begründet wird diese Ansicht damit, allein die Eheschließung, nicht aber der nachfolgende Abschluß des Ehevertrages sei kausal für die (illegale) Aufenthaltsgenehmigung, so daß das Mitwirkungsverbot der §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO nicht eingreife. Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, daß sich die Beteiligten erst nach Vollzug der Eheschließung an den Notar zwecks Beurkundung eines Ehevertrages wandten.

Diese Aussage, aber auch die neuen Bestimmungen im Eheschließungsrecht der §§ 1310 Abs. 1 S. 2, 2. HS., 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB, 5 Abs. 4 PStG geben Anlaß, der Frage nachzugehen, ob der Notar trotz Verdachts bzw. Vorliegens einer Scheinehe die ihm angetragene Beurkundung eines Ehevertrages stets durchführen muß oder ob es Fälle gibt, in denen der Notar zurecht seine Amtstätigkeit verweigern darf.

<sup>1</sup> BGBl. 1998 I, 833; vgl. dazu *Hepting*, Das Eheschließungsrecht nach der Reform, FamRZ 1998, 713; *Bosch*, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts, FamRZ 1997, 65 und FamRZ 1997, 138; *derselbe*, Neuordnung oder nur Teilreform des Eheschließungsrechts, NJW 1998, 2004; *Bornhofen*, Die Reform des Kindschaftsrechts und die Neuordnung des Eheschließungsrechts in der standesamtlichen Praxis, StAZ 1997, 362; *Gaaz*, Ausgewählte Probleme des neuen Eheschließungs- und Kindschaftsrechts, StAZ 1998, 241.

<sup>2</sup> Art. 2 EheschlRG, BGBl. 1998 I, 833.

<sup>3</sup> *Bosch*, NJW 1998, 2004, 2005.

<sup>4</sup> DNotI-Report 1998, 55, 56, siehe hierzu aber auch DNotZ-Report 1998, 149.

## 1. Begriff der Scheinehe

Der Begriff der Scheinehe ist weder im BGB noch im (alten) EheG oder im PStG definiert. Nach einer Entschließung des Rates der Europäischen Union vom 4.12.1997<sup>5</sup> bedeutet die Scheinehe „die Ehe eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats oder eines sich in einem Mitgliedstaat legal aufhaltenden Angehörigen eines Drittstaats mit einem Angehörigen eines Drittstaats, mit der allein der Zweck verfolgt wird, die Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Angehörigen dritter Staaten zu umgehen und dem Drittstaatsangehörigen eine Aufenthaltsgenehmigung oder -erlaubnis in einem Mitgliedstaat zu verschaffen.“<sup>6</sup> Das Bundesverfassungsgericht definiert die „Scheinehe“ kurz als eine Verbindung, die nicht auf ein eheliches Zusammenleben gerichtet ist.<sup>7</sup>

## 2. Rechtsfolgen der Scheinehe

### a) Zivilrechtliche Folgen

Wird die Ehe vor einem Standesbeamten geschlossen, § 1310 Abs. 1 BGB n.F., so ist die Eheschließung grundsätzlich wirksam. Die Beteiligten sind miteinander verheiratet. Daß die Beteiligten lediglich eine „Scheinehe“ geschlossen haben, mit der sie außerhalb der Ehe liegende Zwecke verfolgen, ändert daran nichts. Der Begriff „Scheinehe“ ist zwar dem § 117 BGB entlehnt,<sup>8</sup> § 117 BGB findet jedoch im Eherecht keine Anwendung. Ebenso scheidet eine Sittenwidrigkeit der Eheschließung und damit ihre Nichtigkeit nach § 138 BGB aus.<sup>9</sup> Nach dem EheschlRG ist die Scheinehe lediglich aufhebbar, § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. Nach Ansicht des Gesetzgebers sei die „bloße“ Aufhebbarkeit der Scheinehe die sach- und systemgerechte Sanktion der Mißbilligung des ehewidrigen Zwecks.<sup>10</sup> Nach der alten Rechtslage war die Scheinehe demgegenüber auch nicht nach §§ 30 ff. EheG aufhebbar. Es blieb nur die Möglichkeit der Scheidung.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Entschließung des Rates vom 4.12.1997 über Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 382 vom 16.12.1997, 1.

<sup>6</sup> In diesem Sinne auch das Rundschreiben des Hess. Ministeriums des Innern vom 6.4.1995, StAZ 1995, 253; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 57. Auflage 1998, § 13 EheG Rdnr. 8.

<sup>7</sup> BVerfGE 76, 40, 58.

<sup>8</sup> Rundschreiben des Hess. Ministeriums des Innern vom 6.4.1995, StAZ 1995, 253.

<sup>9</sup> OLG Hamm FamRZ 1982, 1073; NJW 1988, 3097, 3098; OLG Köln FamRZ 1983, 592, 593; KG FamRZ 1985, 1042; *Spellenberg*, Scheinehen, StAZ 1987, 33, 37; *MünchKomm/Müller-Gindullis*, BGB, 3. Auflage 1993, § 16 EheG Rdnr. 3; *Staudinger/Sirätz* BGB, 12. Auflage 1993, § 16 EheG Rdnr. 11; *Palandt/Diederichsen*, § 16 EheG Rdnr. 1. *Dieckmann*, Familienrechtliche Probleme sog. „Scheinehen“ im deutschen Recht unter Einbeziehung des österreichischen und schweizerischen Zivilrechts, 1994, 105 f. Anders dagegen ist die Rechtslage in Österreich. Dort ist die Scheinehe nach § 23 Abs. 1 österr. EheG nichtig, OGH ZfRV 1997, 76; ZfRV 1997, 201; ZfRV 1996, 248; ZfRV 1996, 197.

<sup>10</sup> Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EheschlRG, BT-Drucks. 13/9416, 28.

<sup>11</sup> BVerwG NVwZ 1995, 1119, 1120; OVG Münster NWVBl. 1997, 222; OVG Hamburg ZAR 1996, 184.

Die Rechtsfolgen der Aufhebung der Ehe sind in § 1318 BGB n.F. geregelt. Dabei differenziert das Gesetz sowohl nach der Art der Ansprüche als auch nach dem Grund der Eheaufhebung sowie der Kenntnis der Ehegatten davon im Zeitpunkt der Eheschließung.<sup>12</sup> Für den Fall der aufhebbaren Scheinehe folgt nach § 1318 Abs. 2 BGB n.F., daß grundsätzlich keine nahehelichen Unterhaltsansprüche bestehen. Der insoweit maßgebliche Aufhebungsgrund des § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. ist in § 1318 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. nicht genannt. Ausnahmsweise können sich solche Ansprüche jedoch aus § 1318 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes ergeben. Anders ist es dagegen im Hinblick auf den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich sowie auf die Verteilung von Hausrat und Ehewohnung. Nach § 1318 Abs. 3 und Abs. 4 BGB n.F. gelten die jeweiligen Bestimmungen des Scheidungsrechts entsprechend, es sei denn, dies wäre wegen der Umstände bei der Eheschließung oder im Falle der Doppelphe nach § 1306 BGB n.F. wegen der Person des dritten „Ehegatten“ unbillig. Die Frage, ob auch die aufgehobene Scheinehe eine solche Unbilligkeit begründet, daß die Durchführung des Zugewinn- und des Versorgungsausgleichs nach § 1318 Abs. 3 BGB ausscheidet, wird – soweit ersichtlich – nirgends diskutiert. Auch wenn es hierbei um die Auseinandersetzung vermögensrechtlicher Ansprüche geht und es daher naheliegend ist, daß sich die Unbilligkeit i.S.d. § 1318 Abs. 3 BGB n.F. auf den vermögensrechtlichen Bereich beziehen muß,<sup>13</sup> könnte jedoch das Vorliegen einer Scheinehe den Ausschluß von Zugewinn- und Versorgungsausgleich rechtfertigen. Dafür spricht, daß die Scheinehe in § 314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. mit der Aufhebung sanktioniert ist und beide Ehegatten Kenntnis von der „Unrechtmäßigkeit“ ihrer Eheschließung haben.<sup>14</sup> Daß der Gesetzgeber den Ausschluß des Zugewinn- und des Versorgungsausgleichs im Falle einer Scheinehe in § 1318 Abs. 3 BGB n.F. nicht von Gesetzes wegen angeordnet hat, könnte als Redaktionsversehen zu werten sein, zumal die Bestimmungen der §§ 1310 Abs. 1 S. 2 und 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. erst durch den Rechtsausschuß in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurden. Ob allerdings mit Sicherheit von einem solchen Ausschluß ausgegangen werden kann, erscheint insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungen in § 1318 Abs. 2 BGB n.F. einerseits und in § 1318 Abs. 3 BGB n.F. andererseits jedoch zweifelhaft. Als weitere Rechtsfolge der Scheinehe zu nennen ist schließlich das Ehegattenerbrecht nach § 1931 BGB. Die bloße Aufhebbarkeit der Scheinehe vermag an dem Ehegattenerbrecht nichts zu ändern. Dieses ist gem. § 1933 BGB nur ausgeschlossen, wenn der Eheaufhebungsgrund der Scheinehe vorlag und der Erblasser den Aufhebungsantrag gestellt hat. § 1318 Abs. 5 BGB n.F., der die Gründe für einen Ausschluß des Ehegattenerbrechts bei Verstoß gegen die §§ 1304, 1306, 1307 und 1311 BGB n.F. oder im Fall des § 1314 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. erweitert, auch wenn der Erblasser keinen Scheidungsantrag gestellt hat, ist nach seinem Wortlaut bei einer Scheinehe nicht einschlägig.

<sup>12</sup> *Bäumel/Bienwald/Häußermann/u.a.*, Familienrechtsreformkommentar, 1998, § 1318 Rdnr. 2 (zitiert: FamRefK/Bearb.).

<sup>13</sup> FamRefK/Wax, § 1318 Rdnr. 15.

<sup>14</sup> Im Rahmen des § 1318 BGB genügt es für die Kenntnis der Aufhebbarkeit, wenn der oder die Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung wissen, daß und warum etwas mit der Eheschließung nicht in Ordnung und diese daher in ihrem Bestand gefährdet ist. Vgl. FamRefK/Wax, § 1318 Rdnr. 7.

## b) Öffentlich-rechtliche Folgen, insbes. Aufenthaltsgenehmigung

Eine Scheinehe gewährt einem Ausländer kein Aufenthaltsrecht.<sup>15</sup> Unter den Schutzbereich des Art. 6 GG fallen Scheinehen nicht. Ehe im Sinne des Grundgesetzes ist nur das auf Dauer angelegte Zusammenleben in einer „umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft.“<sup>16</sup> Bei einer Scheinehe ist dies nicht der Fall.<sup>17</sup> Hat die Aufenthaltsbehörde dagegen keine Kenntnis vom Vorliegen einer Scheinehe, sondern geht sie vom Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft aus, so ist dem ausländischen Ehegatten nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AuslG grundsätzlich eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Insoweit besteht ein Rechtsanspruch des Ausländers<sup>17a</sup>.

## c) Strafrechtliche Folgen

Die strafrechtlichen Folgen einer Scheinehe ergeben sich vornehmlich aus § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG. Die Vorschrift enthält zwei Alternativen. Nach der ersten Alternative macht sich strafbar, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt in der Absicht, sich oder einem Dritten eine Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung zu verschaffen. Nach der zweiten Alternative macht sich strafbar, wer eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

Anerkannt ist, daß auch derjenige unrichtige Angaben im Sinne des § 92 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. AuslG macht, wer zur Begründung eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung angibt, mit einem deutschen Partner die Ehe geschlossen zu haben, wenn tatsächlich keine eheliche Lebensgemeinschaft, sondern nur eine Scheinehe besteht.<sup>18</sup> Für die Strafbarkeit kommt es nicht darauf an, daß die Angaben objektiv dazu geeignet sind, dem Ausländer die Aufenthaltsgenehmigung zu verschaffen. Eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. AuslG ist auch dann gegeben, wenn die Angabe der Scheinehe selbst nicht geeignet ist, die Aufenthaltsgenehmigung zu vermitteln. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG setzt seinem Wortlaut nach eine solche Eignung nicht voraus.<sup>19</sup>

## 3. Urkundsgewährungspflicht

Ausgangspunkt der Überlegungen, ob der Notar die Beurkundung eines Ehevertrages anlässlich einer Scheinehe verweigern soll, ist der Grundsatz der „Urkundsgewährungspflicht“ des Notars, der in § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO seine Grundlage

<sup>15</sup> OLG Hamburg FGPrax 1996, 61; OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; BVerfG FamRZ 1982, 593; NVwZ 1995, 1119; OVG Rheinland-Pfalz NVwZ-RR 1997, 69; OVG Baden-Württemberg DVBl 1994, 943.

<sup>16</sup> BVerfGE 10, 66; 53, 224; *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Stand: Nov. 1997, Art. 6 Rdnr. 15; *von Münch/Kunig*, GG, 4. Auflage 1993, Art. 6 Rdnr. 4; *Schmidt/Bleibtrew/Klein*, GG, 8. Auflage 1995, Art. 6 Rdnr. 6.

<sup>17</sup> OVG Saarbrücken vom 2.9.1994, Az. 3 W 29/94, *von Münch/Kunig*, Art. 6 Rdnr. 14.

<sup>17a</sup> BVerfG 76, 1, 42 ff. = FamRZ 1988, 36; *Wolf*, FamRZ 1988, 1477, 1485.

<sup>18</sup> BayObLG NStZ 1990, 187 = NJW 1990, 1432; NStZ 1983, 175; OLG Karlsruhe MDR 1986, 520; OLG Frankfurt NStZ 1993, 394; VGH Baden-Württemberg InfAuslR 1994, 171, 172; OVG Hamburg AuAS 1995, 28; *Hailbronner/von Barga/Schenk*, Ausländerrecht, Stand: Dez. 1997, § 92 Rdnr. 52.

<sup>19</sup> *Hailbronner/von Barga/Schenk*, § 92 Rdnr. 53; *Kloesel/Christ/Häußer*, Deutsches Ausländerrecht, Stand: Mai 1997, § 92 Rdnr. 56; a.A. VG Koblenz InfAuslR 1992, 86.

hat.<sup>20</sup> Da der Notar Träger eines öffentlichen Amtes ist, kann er nicht wie ein Privater frei darüber entscheiden, ob er ihm angetragenes Geschäft übernehmen will oder nicht. Vielmehr ist der Notar grundsätzlich zur Amtsausübung und damit insbesondere auch zur Durchführung von Beurkundungen verpflichtet.<sup>21</sup> Dieser Urkundsgewährungspflicht kann sich der Notar nur entziehen, wenn für die Amtsverweigerung ein ausreichender Grund vorhanden ist. Nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO ist dies namentlich dann der Fall, wenn eine Mitwirkung des Notars bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Die §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO machen den Notar grundsätzlich verantwortlich für die Redlichkeit der weiteren, ihm erkennbaren Zwecke, die die Beteiligten mit Hilfe der Amtshandlung erreichen wollen. Damit ist der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege nicht nur für die Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlung selbst und die Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfte/Erklärungen<sup>22</sup>, sondern auch für die ihm weiteren erkennbaren Zwecke verantwortlich, die die Beteiligten mit der Amtshandlung zu erlangen suchen.<sup>23</sup>

Der Begriff der „Redlichkeit“ in den §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Ähnlich wie das Gebot von Treu und Glauben soll das Gebot der Redlichkeit ermöglichen, Werturteile und Wertmaßstäbe der Sittenlehre, insbesondere der Standesethik bei der Ausübung des Notarberufes zu berücksichtigen. Er erfaßt die Grenzfälle im Bereich zum Sittenwidrigen, bei denen der Notar den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht erheben will, seine Mitwirkung ihm aber im Hinblick auf die Stellung seines Berufes in der Rechtspflege nicht zugemutet werden kann. Erfasst sind damit nicht nur verbotene und eindeutig sittenwidrige Zwecke, bei denen ein Mitwirkungsverbot des Notars von vornherein besteht, weil er seine Amtstätigkeit zu versagen hat, wenn er erkennt, daß das von ihm beurkundete Rechtsgeschäft unwirksam sein würde.<sup>24</sup> Vielmehr liegt ein unredlicher Zweck i.S.d. §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO auch dann vor, wenn der Zweck der von den Beteiligten vorgenommenen Handlung gegen Treu und Glauben verstößt<sup>25</sup> oder wenn der Zweck mit der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist.<sup>26</sup>

Ob mit der vom Notar begehrten Amtshandlung ein solcher unerlaubter oder unrechtmäßiger Zweck verfolgt wird, hat der Notar in eigener Verantwortlichkeit festzustellen. Die Verweigerung der Amtstätigkeit ist dabei nur gerechtfertigt, wenn der Notar von dem unerlaubten oder dem unredlichen Zweck überzeugt ist und er die Frage der Ablehnung gewissenhaft

geprüft hat.<sup>27</sup> Dies muß für den Notar nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO „erkennbar“ sein. Bloße Verdachtsmomente oder Zweifel allein genügen nicht.<sup>28</sup> Hat der Notar lediglich Zweifel, so muß er nach § 17 Abs. 2 BeurkG verfahren. Sofern die Beteiligten auf die Beurkundung bestehen, soll er seine Bedenken mit den Beteiligten erörtern und dies entsprechend in der Urkunde vermerken.<sup>29</sup> Andererseits darf der Notar hier seine Überzeugung nicht durch Zweifel ersetzen, um das Rechtsgeschäft letztlich im Interesse der Beteiligten zu beurkunden, weil seine Entscheidung gerichtlich dahingehend überprüfbar ist, ob er im Rahmen der ihm durch seine Unabhängigkeit gewährten Entscheidungsfreiheit sachgerecht und nicht rechtsmißbräuchlich gehandelt hat.<sup>30</sup>

Wie der Notar die Überzeugung gewinnt, ob die begehrte Amtshandlung mit seinen Amtspflichten vereinbar ist oder nicht, ist gesetzlich nicht geregelt. Auch insoweit handelt der Notar in eigener Verantwortlichkeit. § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar lediglich dazu, den Sachverhalt zu klären und den Willen der Beteiligten zu erforschen. Hierbei entspricht es jedoch einhelliger Auffassung, daß der Notar sich grundsätzlich auf die Angaben der Beteiligten verlassen darf.<sup>31</sup> Eine Ausnahme wird hierbei nur gemacht, soweit es um die Beurteilung von Äußerungen von Laien zu rechtlichen Verhältnissen geht.<sup>32</sup> Von sich aus ist der Notar darüber hinaus nicht verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen. Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt nicht.<sup>33</sup> Gleichwohl muß der Notar im Rahmen seiner Prüfung, ob das begehrte Amtsgeschäft nicht gegen seine Amtspflichten verstößt, aber jedes Wissen, ein privates oder berufliches, verwerten, wenn es die Absichten der Beteiligten erkennbar macht.<sup>34</sup> Nur wenn sich hierbei Zweifel ergeben, muß der Notar weitere Erkundigungen bei den Beteiligten einholen<sup>35</sup> und die Verhältnisse klarstellen.<sup>36</sup>

Ob die angetragene Beurkundung eines Ehevertrages vor bzw. nach Eingehung einer Ehe, die allein zu dem Zweck eingegangen wird, dem ausländischen Ehepartner ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen, eine Amtsverweigerung des Notars nach den vorgenannten Vorschriften rechtfertigt, ist – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht erörtert worden.

#### 4. Eheschließungsrecht und Scheinehe

##### a) Rechtslage nach dem alten EheG

Umstritten war unter Geltung des alten Eheschließungsrechts, ob der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschließung verweigern darf, wenn er das Vorliegen einer Scheinehe und damit den Rechtsmißbrauch der Eheschließungsform erkennt.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu *Seybold/Schippel/Reithmann*, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 15 Rdnr. 16 ff.; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 15 Rdnr. 6; *Winkler*, Der Notar im Spannungsverhältnis zwischen Tätigkeitspflichten und Amtsverweigerung, MittBayNot 1998, 141.

<sup>21</sup> *Seybold/Schippel*, § 15 Rdnr. 2; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 15 Rdnr. 6.

<sup>22</sup> *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 108; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 4 Rdnr. 13.

<sup>23</sup> *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 19; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 122; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FG, Teil B, 13. Aufl. 1997, § 4 Rdnr. 28; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 4 Rdnr. 28; *Mecke/Lerch*, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 4 Rdnr. 9.

<sup>24</sup> RG DNotZ 1927, 518; *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 12; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 108; *Jansen*, § 4 BeurkG Rdnr. 6.

<sup>25</sup> OLG Köln DNotZ 1989, 52; *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 19.

<sup>26</sup> BGH DNotZ 1973, 245; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 123.

<sup>27</sup> *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Auflage 1997, Rdnr. 732 f.

<sup>28</sup> *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 4 Rdnr. 29; *Jansen*, § 4 BeurkG Rdnr. 7; *Mecke/Lerch*, BeurkG, 2. Auflage 1991, § 4 Rdnr. 4.

<sup>29</sup> *Jansen*, § 4 BeurkG Rdnr. 7; *Winkler*, MittBayNot 1998, 141.

<sup>30</sup> *Mecke/Lerch*, § 4 Rdnr. 5; *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 4 Rdnr. 5.

<sup>31</sup> BGH DNotZ 1958, 99; DNotZ 1961, 162; DNotZ 1973, 245; *Jansen*, § 17 BeurkG Rdnr. 6.

<sup>32</sup> *Haug*, Rdnr. 468; *Jansen*, § 17 BeurkG Rdnr. 6.

<sup>33</sup> BGH DNotZ 1996, 116; *Haug*, Rdnr. 470; *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 20; *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 17 Rdnr. 38.

<sup>34</sup> *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 20.

<sup>35</sup> BGH DNotZ 1981, 515, 517; *Haug*, Rdnr. 470.

<sup>36</sup> *Seybold/Schippel*, § 18 Rdnr. 47; *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 4 Rdnr. 29.

Unabhängig von der Rechtsnatur der Eheschließung als „rechtsgeschäftlicher Akt“ oder als „familienrechtlicher Vertrag“,<sup>37</sup> genügt für die Eheschließung nach altem wie nach neuem Recht die Willenserklärung der Eheschließenden, „die Ehe eingehen zu wollen“, § 13 Abs. 1 EheG, § 1310 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. Mithin genügt also für die Eheschließung grundsätzlich allein der Wille zur Eingehung der Ehe. Vom objektiven Tatbestand der Eheschließungserklärung nicht erfaßt war – jedenfalls nach alter Rechtslage –, der Wille, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu begründen. Dies ist vielmehr die gesetzliche Folge des § 1353 Abs. 1 BGB. Aufgrund dieses objektiven Tatbestandes der Eheschließung war die Möglichkeit des Mißbrauchs der Eheschließung zu ehre-fremden Zwecken und namentlich zur Erlangung einer un-berechtigten Aufenthaltserlaubnis eines Ausländers system-immanent, wobei sich dieses Problem nicht allein auf Deutschland beschränkt, sondern vielmehr ein allgemeines Problem aller Länder ist, die aufgrund ihres Wohlstandes und ihrer Rechtsordnung einwanderungswillige Ausländer an-ziehen.<sup>38</sup>

Im alten Eheschließungsrecht waren die Nichtigkeits- oder Aufhebungsgründe einer Ehe abschließend geregelt und wegen §§ 16, 28 EheG keiner Analogie oder Rechtsfortbildung zugänglich. Ein allgemeines Verbot, die Ehe zum Zweck der Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis oder zur Vermeidung einer Abschiebung eines Ausländers zu schließen, bestand nicht.<sup>39</sup> Gleichwohl war in der Rechtsprechung und auch in der überwiegenden Literatur anerkannt, daß die Standesbeamten ihre Mitwirkung bei Eheschließungen zu Recht verweigern durften, wenn sie diese für evident rechts-mißbräuchlich hielten.<sup>40</sup>

Begründet wurde diese Ansicht damit, daß die „Scheinehe“ einen Mißbrauch der Eheschließungsform und der Institution der Ehe darstelle, die schon nach allgemeinen Rechts-grundsätzen abgewehrt werden könne, ohne daß deswegen ein neuer und von den §§ 16, 28 EheG verbotener Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund geschaffen werden müsse.<sup>41</sup> Nach anderer Ansicht liege in Fällen dieser Art ein Ehe-hindernis i.S.d. § 13 Abs. 2 EheG vor.<sup>42</sup> Als weiteres Argu-ment wurde angeführt, daß die Zweckbestimmung der „Scheinehe“ die Ehe unter eine Bedingung sowie unter eine zeitliche Begrenzung stelle, was schon nach § 13 Abs. 2 EheG unzulässig sei.<sup>43</sup> Ausländerrechtliche Gründe spielten bei der

Begründung dieser Auffassung dagegen keine Rolle, denn eine „Scheinehe“ kann ein Aufenthaltsrecht eines Ausländers von vornherein nicht gewähren.<sup>44</sup>

Namentlich die obergerichtliche Rechtsprechung, aber auch die Literatur war in der Bejahung der Zulässigkeit der Mit-wirkungsverweigerung des Standesbeamten jedoch „äußerst“ zurückhaltend, da ein gesetzliches Eheverbot im Falle des Mißbrauchs der Eheschließung bisher fehlte. Weiter wurde diese Zurückhaltung auf Art. 3 und 6 GG gestützt, die unein-geschränkt ebenso für Ausländer gelten und deshalb auch eine Diskriminierung deutsch-ausländischer Heiratswilliger ver-hindern.<sup>45</sup> Demgemäß wurde die Verweigerung des Standes-beamten bei der Mitwirkung zur Eheschließung nur dann für rechtmäßig gehalten, wenn das Vorliegen einer Scheinehe „mit völliger Bestimmtheit“ bejaht werden konnte.<sup>46</sup> Im Zweifelsfall durfte der Standesbeamte dagegen seine Mit-wirkung nicht verweigern.<sup>47</sup>

Indizien, die eine Verweigerung der Mitwirkung des Standes-beamten rechtfertigten, waren beispielsweise, daß sich die Heiratswilligen praktisch nicht kannten,<sup>48</sup> daß für die Ehe-schließung Geld gefordert bzw. gegeben wurde,<sup>49</sup> daß erheb-liche Altersunterschiede bestanden,<sup>50</sup> daß sich die Beteiligten sprachlich überhaupt nicht verständigen konnten,<sup>51</sup> daß die eheliche Lebensgemeinschaft von vornherein abgelehnt wurde,<sup>52</sup> daß dem Partner „nebenbei“ andere Frauen zuge-standen wurden,<sup>53</sup> daß einer der Beteiligten aus dem Prostitu-tionsmilieu stammte,<sup>54</sup> daß die Abschiebung des als Asyl-bewerber abgelehnten Heiratswilligen unmittelbar bevor-stand<sup>55</sup> oder daß einer der Heiratswilligen bereits zuvor mit jemand anderem das Aufgebot bestellt hatte.<sup>56</sup> In einer aus-länderrechtlichen Entscheidung stellte das BVerwG u.a. dar-auf ab, daß sich die Ehegatten nach der Trauung nie wieder gesehen hatten.<sup>57</sup> Allen Entscheidungen ist gemeinsam, daß die Berechtigung zur Verweigerung des Standesbeamten bei

<sup>37</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, 110; a.A. *Palandt/Diederichsen*, Vor § 11 EheG Rdnr. 1.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Hepting*, FamRZ 1998, 713, 719 m.w.N.

<sup>39</sup> LG München FamRZ 1994, 1107.

<sup>40</sup> BayObLG FamRZ 1982, 601, 603; FamRZ 1984, 1014; OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; OLG Celle StAZ 1982, 308; OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 1010; OLG Hamburg FamRZ 1983, 64; OLG Stuttgart StAZ 1984, 99; LG Lübeck StAZ 1985, 164; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 EheG Rdnr. 12; *Palandt/Diederichsen*, § 13 EheG Rdnr. 8; *Staudinger/Strätz*, § 13 EheG Rdnr. 31 ff.; *Pawlowski*, Überlegungen zur sog. Scheinehe, FamRZ 1991, 501 ff.; a.A. LG Kiel FamRZ 1990, 742, 743 f; *Spellenberg*, Deutsch-Indische Scheinehen, IPRax 1992, 233, 237; *ders.*, StAZ 1987, 33, 43 f.

<sup>41</sup> OLG Celle StAZ 1982, 308; OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 1210; OLG Stuttgart StAZ 1984, 99.

<sup>42</sup> BayObLGZ 1982, 179; BayObLG FamRZ 1984, 477; FamRZ 1985, 475.

<sup>43</sup> OLG Hamburg FamRZ 1983, 64; OLG Hamm StAZ 1982, 309; vgl. zusammenfassend auch OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410, und *Hepting*, FamRZ 1998, 713, 719 m.w.N.

<sup>44</sup> OLG Hamburg FGPrax 1996, 61; OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; BVerwG FamRZ 1982, 593.

<sup>45</sup> OLG Hamburg FGPrax 1996, 61; *Staudinger/Strätz*, § 13 EheG Rdnr. 32; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 EheG Rdnr. 13.

<sup>46</sup> OLG Hamm StAZ 1982, 309, 310; BayObLG StAZ 1982, 305, 306; OLG Hamburg FGPrax 1996, 61; LG Bremen NJW-RR 1990, 1349; *Staudinger/Strätz*, § 13 EheG Rdnr. 32; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 EheG Rdnr. 13.

<sup>47</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 225; *Hepting/Gaaz*, Personenstandsrecht, Stand Sept. 1997, vor §§ 3 ff. PStG Rdnr. 90.

<sup>48</sup> OLG Celle FamRZ 1998, 1108, 1109; LG Lübeck StAZ 1985, 164 f.

<sup>49</sup> OLG Hamburg FamRZ 1983, 64; AG Kempten StAZ 1981, 298; OVG Baden-Württemberg InfAuslR 1994, 171; BVerwG NVwZ 1995, 1119, 1120.

<sup>50</sup> OLG Karlsruhe StAZ 1983, 14 f; a.A. OLG Hamm StAZ 1982, 309, 310.

<sup>51</sup> OLG Celle FamRZ 1998, 1108, 1109; OLG Karlsruhe StAZ 1983, 14 f.; LG Lübeck StAZ 1980, 339; AG Freiburg StAZ 1981, 274, 275.

<sup>52</sup> AG Duisburg StAZ 1981, 113; LG Duisburg StAZ 1981, 114.

<sup>53</sup> AG Freiburg StAZ 1981, 274, 275.

<sup>54</sup> OLG Celle StAZ 1983, 308.

<sup>55</sup> OLG Celle FamRZ 1998, 1108, 1109; StAZ 1996, 366; ähnlich wohl auch OLG Jena StAZ 1997, 70, 71 f.

<sup>56</sup> BayObLG FamRZ 1984, 1014; OLG Celle StAZ 1996, 366; vgl. dazu insgesamt: MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 Rdnr. 13; *Spellenberg*, StAZ 1987, 33, 41.

<sup>57</sup> BVerwG NVwZ 1995, 1119, 1120.

der Eheschließung stets nicht nur auf eines der vorgenannten Kriterien gestützt wurde. Vielmehr wurde jeweils auf die Gesamtumstände abgestellt.<sup>58</sup>

## b) Rechtslage nach dem EheschIRG

Im neuen Eheschließungsrecht hat der Gesetzgeber diese dogmatisch unklare Rechtspraxis auf eine sichere Rechtsgrundlage gestellt. In § 1310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB n.F. wird nunmehr bestimmt, daß der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschließung verweigern müsse, wenn offenkundig ist, daß die Ehe nach § 1314 Abs. 2 BGB n.F. aufhebbar wäre<sup>58a</sup>. § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. ordnet hierzu an, daß eine Ehe aufhebbar ist, wenn beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, daß sie keine Verpflichtung zur Eingehung einer ehelichen Lebensgemeinschaft gemäß § 1353 Abs. 1 BGB begründen wollen.

Der Begriff der „Offenkundigkeit“ in § 1310 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. wird dabei nach einer Ansicht im Sinne einer sich aufdrängenden Plausibilität verstanden.<sup>59</sup> Nach anderer Ansicht ist hierbei nicht auf den Grad der Gewißheit abzustellen, sondern auf die Leichtigkeit, mit der man sich Gewißheit verschaffen kann. Demgemäß können auch nur solche Erkenntnisse vom Standesbeamten gesammelt werden, die relativ leicht zugänglich sind und bei deren Auswertung nicht zu sehr in die Privat- und Intimsphäre eingedrungen werden muß.<sup>60</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung dürften wohl beide Aspekte den Begriff der „Offenkundigkeit“ definieren. Gleichzeitig wird mit dem Erfordernis der „Offenkundigkeit“ aber zum Ausdruck gebracht, daß – wie bisher – Zweifel an der Ernsthaftigkeit der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht genügen, die Eheschließung abzulehnen. Vielmehr ist der Standesbeamte gemäß § 1310 Abs. 1 S. 2, 1. HS. BGB n.F. verpflichtet, auch in solchen Zweifelsfällen die Eheschließung zu vollziehen.<sup>61</sup>

Das rechtstatsächliche Problem für die Standesbeamten, ob im konkreten Fall eine „Scheinehe“ geschlossen werden soll, hat der Gesetzgeber damit zu lösen versucht, daß er den Standesbeamten in § 5 Abs. 4 PStG n.F. das Recht eingeräumt hat, entsprechende Ermittlungen anzustellen, ob ein Eheaufhebungsgrund nach § 1314 Abs. 2 BGB n.F. vorliegt. Da die gewollte Ehe der Regelfall, die „Scheinehe“ jedoch die Ausnahme darstellt, gestattet der Gesetzgeber dem Standesbeamten solche Ermittlungen jedoch nur dann, wenn „konkrete Anhaltspunkte“ für das Vorliegen einer „Scheinehe“ gegeben sind.

Ob solches der Fall ist, kann nur im Rahmen einer Gesamtschau unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Das Gesetz enthält hierzu keinerlei Anhaltspunkte. Hinweise können jedoch einer Entschließung des Rates der Europäischen Union über Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen<sup>62</sup> entnommen werden. Danach ist der Verdacht einer „Scheinehe“ etwa dann begründet,

wenn eine für beide Parteien verständliche Sprache nicht gegeben ist, wenn sich die Partner vor der Eheschließung nie begegnet sind, wenn sie widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Personalien, der Umstände des beiderseitigen Kennenlernens oder sonstiger sie betreffender wichtiger Informationen machen, wenn die Zahlung eines Geldbetrages für die Eingehung der Ehe versprochen wird, wenn einer oder beide Partner bereits früher Scheinehen eingegangen sind oder sich unbefugt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufgehalten haben.<sup>63</sup> Nach Ansicht des Rechtsausschusses des Bundestages könne auch ein „eklatanter Altersunterschied“ der Heiratswilligen in Verbindung mit anderen Begleitumständen die Annahme einer rechtsmißbräuchlichen Eheschließung nahelegen.<sup>64</sup>

Liegen derartige konkrete Anhaltspunkte vor, so zählt § 5 Abs. 4 PStG n.F. schließlich auf, zu welchen weiteren Nachforschungen der Standesbeamte berechtigt ist, um sich Gewißheit zu verschaffen: Er kann die Heiratswilligen einzeln oder gemeinsam befragen, ihnen die Beibringung geeigneter Nachweise aufgeben oder gegebenenfalls sogar die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verlangen.

## 5. Parallele zur Urkundsgewährungspflicht des Notars

Da nach dem bisherigen wie auch nach dem neuen Eheschließungsrecht der Standesbeamte die Eheschließung grundsätzlich nicht verweigern darf,<sup>65</sup> besteht eine gewisse Parallele zur Urkundsgewährungspflicht des Notars nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO. Diese Parallele könnte es gebieten, im Rahmen der Beurkundung von Eheverträgen dieselben Maßstäbe an eine Amtsverweigerung des Notars anzulegen, wie sie früher von der Rechtsprechung und nunmehr durch das Gesetz für die Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschließung selbst gelten.

Hierbei steht fest, daß der Ehevertrag, der anlässlich einer „Scheinehe“ abgeschlossen werden soll, grundsätzlich einem zu mißbilligenden Zweck dient. Dies erhellen die §§ 1310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs., 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. Ob der Notar in diesen Fällen seine Mitwirkung beim Ehevertrag nach den §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO allerdings stets verweigern muß, ist dagegen zweifelhaft. Für eine Amtsverweigerung könnte zunächst der Wortlaut der §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO sprechen. Hiernach kommt es nicht darauf an, daß die Beurkundung des Ehevertrages kausal für die Eingehung der „Scheinehe“ ist. Es genügt, wenn der Notar lediglich an dem unerlaubten bzw. unredlichen Zweck „mitwirkt.“ Der Umstand, daß die Scheinehe von vornherein kein Aufenthaltsrecht gewährt, darf dabei keine Rolle spielen.<sup>66</sup> Amtspflicht des Notars ist es, bereits den falschen Anschein der Redlichkeit seiner Amtstätigkeit zu vermeiden.<sup>67</sup>

<sup>58</sup> OLG Celle FamRZ 1998, 1108, 1109.

<sup>58a</sup> Vgl. dazu Wolf, Der Standesbeamte als Ausländerbehörde oder das neue Eheverbot der pflichtenlosen Ehe, FamRZ 1998, 1477.

<sup>59</sup> Gaaz, StAZ 1998, 241, 242.

<sup>60</sup> Hepting, FamRZ 1998, 713, 721.

<sup>61</sup> Gaaz, StAZ 1998, 241, 244; so auch OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 225.

<sup>62</sup> Amtsblatt der Europäischen Union C 382/1 v. 16.12.1997; vgl. hierzu Finger, Scheinehen – eine Entschließung des Rates der Europäischen Union zum Ausländerrecht, FuR 1998, 289.

<sup>63</sup> Amtsblatt der Europäischen Union C 382/1 v. 16.12.1997; ähnlich auch Gaaz, StAZ 1998, 241, 242.

<sup>64</sup> Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EheschIRG, BT-Drucks. 13/9416, 30.

<sup>65</sup> § 1310 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BGB n.F.; vgl. zur alten Rechtslage MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 EheG Rdnr. 12 f.; Staudinger/Strätz, § 11 EheG Rdnr. 21 f.

<sup>66</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; BVerwG FamRZ 1982, 593.

<sup>67</sup> BGH DNotZ 1973, 245; Huhn/von Schuckmann, § 4 Rdnr 28.

## a) Unterschiede und maßgeblicher Zeitpunkt

Indessen besteht ein maßgeblicher Unterschied zwischen dem Standesbeamten und dem Notar. Nach dem Gesetz ist es allein der Standesbeamte, der für die Eheschließung zuständig ist, § 1310 Abs. 1 BGB n.F. Die Tätigkeit des Notars ist demgegenüber auf seine Beurkundungsfunktion bei Abschluß des Ehevertrages beschränkt. Im Rahmen der Beurkundung eines Ehevertrages ist es also Aufgabe des Notars, die vermögensrechtlichen Dinge der Beteiligten (neu) zu ordnen. Dabei hat der Notar nach § 17 Abs. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt aufzuklären, die Beteiligten zu belehren und ihre Erklärungen unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben.

aa) Haben die Beteiligten bereits die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen, so sind sie damit rechtsgültig verheiratet, auch wenn die Voraussetzungen einer Scheinehe vorliegen. Solange die Eheleute aber – wenn auch in einer aufhebbaren Ehe – verheiratet sind, kann ihnen nicht der Weg abgeschnitten werden, im Rahmen eines Ehevertrages vor dem Notar ihre vermögensrechtlichen Dinge zu regeln. Die Aufhebung von bereits geschlossenen Scheinehen herbeizuführen, ist nicht Aufgabe des Notars. Hinzu kommt, daß die an sich aufhebbare Scheinehe nach § 1315 Abs. 1 Nr. 5 BGB n.F. nicht mehr aufgehoben werden kann, wenn die Eheleute nach der Eheschließung „miteinander gelebt haben“. In all diesen Fällen besteht ein rechtlich anerkanntes Bedürfnis, daß der Notar seine Amtstätigkeit nicht verweigern darf. Daran ändert auch der „unredliche Zweck“ der Scheinehe nichts, denn wenn die Ehe bereits vor dem Standesbeamten geschlossen wurde, ist die Ehe wirksam. Die Verweigerung der Amtstätigkeit durch den Notar vermag daran nichts mehr zu ändern. Schließlich sprechen auch die Rechtsfolgen der bloßen Aufhebbarkeit der Scheinehe dafür, daß der Notar seine Mitwirkung hier nicht verweigern darf. Zwar ist der nachhehliche Unterhalt durch § 1318 Abs. 2 BGB grundsätzlich ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nach der gesetzlichen Grundregel nicht ohne weiteres für die erbrechtlichen Folgen wie auch für den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich. Vor Aufhebung der Ehe ist der Ausschluß des Erbrechts von Gesetzes wegen nur nach § 1933 BGB ausgeschlossen. Zugewinn- und Versorgungsausgleich werden nur bei Vorliegen von Unbilligkeitsgründen nicht durchgeführt.

bb) Anders ist die Rechtslage dagegen, wenn die Beteiligten den Notar zu einem Zeitpunkt aufsuchen, in welchem sie noch nicht die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen haben. Erkennt der Notar hierbei, daß die Beteiligten eine Scheinehe beabsichtigen, so liegen die Voraussetzungen für eine Verweigerung der Amtstätigkeit nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO vor. Durch die Verweigerung seiner Urkundstätigkeit vermeidet es der Notar, an dem unredlichen Zweck der Scheinehe „mitzuwirken“. Von einer solchen Mitwirkung wäre aber auszugehen, wenn der Notar gleichwohl seine Beurkundungstätigkeit nicht verweigert. Der „sichere“ Ausschluß der vermögensrechtlichen Folgen einer Eheschließung hat maßgebliche Bedeutung dafür, ob die Beteiligten letztlich eine Scheinehe eingehen oder nicht.

## b) Kriterien für die Amtsverweigerung, Grenzen der Ermittlungspflicht des Notars

Wenden sich die Beteiligten bereits vor der Eheschließung an den Notar zwecks Beurkundung eines Ehevertrages und muß der Notar daher die Frage der Verweigerung der Amtstätigkeit prüfen, stellt sich das Problem, welche sachlichen Kriterien

für das Vorliegen einer Scheinehe gegeben sein müssen, um eine Amtsverweigerung zu rechtfertigen. Sicherlich ist dies nicht schon dann der Fall, wenn der Notar lediglich den Verdacht hat, eine „Scheinehe“ soll geschlossen werden. Ähnlich wie für den Standesbeamten gilt auch für den Notar, daß der bloße Verdacht unerlaubter oder unredlicher Zwecke nicht genügt, die Amtstätigkeit zu verweigern.<sup>68</sup> Vielmehr muß der Notar von der Unvereinbarkeit der begehrten Urkundstätigkeit mit seinen Amtspflichten überzeugt sein; bloße Zweifel allein genügen nicht.<sup>69</sup> Mithin muß das Vorliegen einer Scheinehe auch für den Notar „evident“ sein, will er seine Amtstätigkeit zu Recht verweigern. Schwächen des Ausländerrechts können insoweit nicht ausgeglichen werden.<sup>70</sup>

Die §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO verlangen eine „Erkennbarkeit“ der unerlaubten oder unredlichen Zwecke. Von sich aus ist der Notar nicht gehalten, ohne besonderen Anlaß Ermittlungen anzustellen. Er darf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten als richtig zugrundelegen.<sup>71</sup> Liegen jedoch konkrete Verdachtsgründe vor, so muß der Notar ihnen nachgehen.<sup>72</sup> Insoweit entspricht die Rechtslage dem neuen § 5 Abs. 4 PStG, der dem Standesbeamten bei der Eheschließung nur dann das Recht zu Nachforschungen gibt, wenn „konkrete Anhaltspunkte“ für das Vorliegen eines Eheaufhebungsgrundes gegeben sind. Von sich aus ist der Standesbeamte nicht befugt, Motive und Zwecke der Eheschließung zu erforschen.<sup>73</sup>

Dabei ist zu beachten, daß die Umstände, die das Vorliegen einer Scheinehe begründen, regelmäßig nur bei Kenntnis von Dingen aus dem höchstpersönlichen Bereich der Betroffenen aufgedeckt werden können.<sup>74</sup> Im Hinblick auf den Umfang der anzustellenden Nachforschungen, ob eine Scheinehe beabsichtigt ist, ist darauf Rücksicht zu nehmen. Nachforschungen dürfen deshalb nur unter Wahrung der Verfassungsgebote geschehen, die die Menschenwürde und die Intimsphäre der Betroffenen sowie Ehe und Familie schützen. Eine solche Prüfung aber ist möglich, wenn beispielsweise die Beteiligten – gegebenenfalls auch getrennt – in einer ihre Privatsphäre nicht verletzenden Weise durch den Notar befragt werden.<sup>75</sup>

Entsprechend der o.g. Entschließung des Rates der Europäischen Union über Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen,<sup>76</sup> nach der der Verdacht einer „Scheinehe“ etwa dann begründet ist, wenn eine für beide Parteien verständliche Sprache nicht gegeben ist, wenn sich die Partner vor der Eheschließung nie begegnet sind, wenn sie widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Personalien, der Umstände des beiderseitigen Kennenlernens oder sonstiger sie betreffender wichtiger Informationen machen, wenn die Zahlung eines Geldbetrages für die Eingehung der Ehe versprochen wird, wenn einer oder beide Partner bereits früher Scheinehen ein-

<sup>68</sup> Vgl. § 5 Abs. 4 PStG n.F.; *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 4 Rdnr. 29; *Huhn/von Schuckmann*, § 4 Rdnr. 28; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 131.

<sup>69</sup> *Huhn/von Schuckmann*, § 4 Rdnr. 28; *Winkler*, MittBayNot 1998, 141.

<sup>70</sup> OLG Frankfurt 1995, 1410.

<sup>71</sup> BGH DNotZ 1958, 99; DNotZ 1973, 245; *Seybold/Schippel*, § 14 Rdnr. 20.

<sup>72</sup> *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 132; *Mecke/Lerch* § 4 Rdnr. 9.

<sup>73</sup> LG Bremen NJW-RR 1990, 1349, m.w.N.

<sup>74</sup> BVerfGE 76, 1, 61 = NJW 1988, 626.

<sup>75</sup> BVerwG NVwZ 1995, 1119, 1121.

<sup>76</sup> EG-Amtsblatt C 382/1 v. 16.12.1997.

gegangen sind oder sich unbefugt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhält bzw. die Abschiebung droht,<sup>77</sup> dürften diese Verdachtsmomente eine Verweigerung der Amtstätigkeit durch den Notar nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO nahelegen. Aber auch der Inhalt des von den Beteiligten beabsichtigten Ehevertrages kann neben den vorgenannten Verdachtsmomenten ein wichtiges Indiz dafür sein, das Vorliegen einer Scheinehe zu bejahen. Wollen beispielsweise die Beteiligten im Ehevertrag wechselseitig einen „Totalausschluß“ von Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich sowie schließlich einen Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbaren, so kann dies als weiteres Argument für eine Scheinehe sprechen. Andererseits dürfte die Vereinbarung einer „modifizierten Zugewinngemeinschaft“ bzw. der Gütertrennung ohne Ausschluß des nachehelichen Unterhalts wohl eher den Verdacht einer Scheinehe widerlegen. Gleiches wird wohl erst recht bei der Vereinbarung der Gütergemeinschaft gelten.

Allein das Vorliegen eines der vorgenannten Kriterien reicht für eine Verweigerung der Amtstätigkeit sicherlich nicht aus. Ebenso ist zu beachten, daß auch eine Scheinehe eine Ehe im rechtlichen Sinn darstellt. Als solche ist sie nach § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB n.F. lediglich aufhebbar.<sup>78</sup> Schließlich ist eine Aufhebung nach § 1315 Abs. 1 Nr. 5 BGB ausgeschlossen, wenn die Ehegatten „miteinander gelebt haben,“ obwohl sie bei Schließung der Ehe eine eheliche Lebensgemeinschaft nach § 1353 Abs. 1 BGB nicht begründen wollten. Deshalb, aber auch wegen der Urkundsgewährungspflicht kommt es umgekehrt vielmehr darauf an, ob auch nur die mindesten Zweifel verbleiben, daß die Beteiligten nicht doch eine eheliche Lebensgemeinschaft in gegenseitiger Verantwortung eingehen wollen bzw. bereits eingegangen sind. Bestehen solche Zweifel, so muß der Notar den Ehevertrag beurkunden.<sup>79</sup>

## 6. Sonstige Rechtsfolgen für den Notar

### a) Zivilrechtliche Haftung

Eine Haftung des Notars nach §§ 19 BNotO, 839 BGB kommt in Betracht, wenn er die Beurkundung des Ehevertrages abgelehnt hat, weil seiner Ansicht nach die Voraussetzungen für eine Scheinehe vorgelegen haben, dies tatsächlich jedoch nicht der Fall ist<sup>79a</sup>. Nach den vorstehenden Ausführungen sind hierbei zwei Alternativen von Bedeutung: Der Notar verweigert die Beurkundung des Ehevertrages, obwohl die Beteiligten bereits vom Standesbeamten getraut sind. Der Notar verweigert die Beurkundung des Ehevertrages, weil seiner Ansicht nach die Voraussetzungen einer Scheinehe vorliegen, dies aber tatsächlich nicht der Fall ist und die Beteiligten zum Zeitpunkt der Verweigerung der Amtstätigkeit noch nicht miteinander verheiratet sind.

Maßgeblich kommt es in beiden Alternativen darauf an, ob der Notar schuldhaft gehandelt hat. Solches ist dann anzunehmen, wenn der Notar beispielsweise den bloßen Verdacht einer Scheinehe hat genügen lassen, um seine Amtstätigkeit

zu verweigern. Gleiches gilt, wenn der Notar die Beurkundung des Ehevertrages verweigert, obwohl die Beteiligten bereits wirksam vom Standesbeamten getraut wurden. Hat demgegenüber der Notar seine Amtstätigkeit vor der Eheschließung verweigert, weil die Voraussetzungen einer Scheinehe zu diesem Zeitpunkt gegeben waren und kommt es alsdann gleichwohl zu einer Eheschließung, so kann dem Notar kein Vorwurf gemacht werden. Dies gilt ebenso, wenn die Beteiligten trotz anfänglicher Scheinehe später in ehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben, § 1315 Abs. 1 Nr. 5 BGB n.F. und es danach zu einer Scheidung der Ehe kommt. Für die Frage der Amtshaftung kommt es insoweit auf den Zeitpunkt der Vornahme der Amtshandlung an. Lag zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen einer Scheinehe vor und waren die Beteiligten noch nicht miteinander verheiratet, so war die Verweigerung der Amtstätigkeit nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO rechtmäßig.

### b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Liegen Verdachtsmomente für das Bestehen einer „Scheinehe“ vor, und geht der Notar diesen nicht nach bzw. hat der Notar davon Kenntnis, daß die Eingehung einer Scheinehe beabsichtigt ist, und verweigert er gleichwohl seine Amtstätigkeit nach den §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO nicht, so begeht der Notar dann ein Dienstvergehen nach §§ 95 ff. BNotO, wenn die Beteiligten zum Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht miteinander verheiratet sind. Sind sie dagegen bereits miteinander verheiratet, so begeht umgekehrt der Notar dann ein Dienstvergehen, wenn er die Beurkundung des Ehevertrages verweigert, und zwar unabhängig davon, ob die Voraussetzungen einer Scheinehe vorliegen oder nicht.

Ob sich der Notar im zuerst genannten Fall wegen Beihilfe zu einem illegalen Aufenthalt gemäß §§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG, 27 StGB strafbar macht, erscheint indessen eher zweifelhaft.<sup>80</sup>

Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist zunächst, daß eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat gegeben ist, § 27 Abs. 1 StGB. Dies kann im Falle einer Scheinehe bejaht werden. Die Behauptung gegenüber den Ausländerbehörden, man sei verheiratet, obwohl keine eheliche Lebensgemeinschaft, sondern nur eine Scheinehe besteht, stellt eine Täuschungshandlung im Sinne des § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG dar.<sup>81</sup>

Weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit der Beihilfe zu einer Tat nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG ist das Vorliegen einer Beihilfehandlung. Eine solche Hilfeleistung liegt vor, wenn dadurch die den Tatbestand der Haupttat verwirklichende Handlung des Täters erleichtert oder gefördert wird.<sup>82</sup> Die Beihilfehandlung braucht dabei nicht zur Ausführung der Haupttat selbst geleistet zu werden, es genügt schon die Hilfe bei einer Vorbereitungshandlung.<sup>83</sup> Desgleichen muß die Bei-

<sup>77</sup> Zitiert nach *Hepting*, FamRZ 1998, 713, 720.

<sup>78</sup> Siehe oben 2.

<sup>79</sup> BayObLG FamRZ 1985, 475; OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1409, 1410; *Beitzke*, StAZ 1983, 1, 2.

<sup>79a</sup> Vgl. zur Amtshaftung des Standesbeamten wegen entgangener Witwenrente, weil dieser nicht schnell genug an das Sterbebett eilte, um eine Ehe zu protokollieren. BGH FamRZ 1989, 1048 f. und OLG Nürnberg FamRZ 1988, 1047 ff., jeweils mit abl. Anm. *Bosch*.

<sup>80</sup> Angedeutet bei *Huhn/von Schuckmann*, § 4 Rdnr. 32 im Falle der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen mit Beteiligung von Ausländern.

<sup>81</sup> BayObLG NSTZ 1990, 187 = NJW 1990, 1432; NSTZ 1983, 175; OLG Karlsruhe MDR 1986, 520; OLG Frankfurt NSTZ 1993, 394; VGH Baden-Württemberg InfAuslR 1994, 171, 172; OVG Hamburg AuAS 1995, 28; *Hailbronner/von Barga/Schenk*, § 92 Rdnr. 52.

<sup>82</sup> *Dreher/Tröndle*, StGB, 48. Auflage 1997, § 27 Rdnr. 2; *Schönke/Schröder/Cramer*, StGB, 25. Auflage 1997, § 27 Rdnr. 7 ff., m.w.N.

<sup>83</sup> RGSt 67, 193; BGHSt 14, 123; BGHSt 16, 12; BGH NSTZ 1995, 122; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 2; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 Rdnr. 13.

hilfehandlung nicht kausal für die Haupttat sein, sofern dadurch nur deren Tatbestandsverwirklichung gefördert wird.<sup>84</sup>

Eine strafbare Beihilfe zu einer Tat nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG liegt beispielsweise dann vor, wenn eine Scheinehe zwischen einem Ausländer und einer deutschen Staatsangehörigen vermittelt wird.<sup>85</sup> Fraglich ist, ob das Beurkunden des Ehevertrages anlässlich der Schließung einer Scheinehe eine derartige Beihilfehandlung darstellt.

Geht man davon aus, daß die Beteiligten die (Schein-)Ehe nicht schließen werden, wenn sie nicht zuvor einen entsprechenden Ehevertrag vereinbart haben, so ist die Beurkundung des Ehevertrages sicherlich als eine Handlung zu werten, die die Haupttat fördert. Andererseits ist jedoch zu beachten, daß die Vornahme „sozialadäquater Handlungen“ bzw. „neutraler Alltagshandlungen“ grundsätzlich weder eine Strafbarkeit des Täters noch des Teilnehmers begründen können.<sup>86</sup> Demgemäß macht sich beispielsweise nicht wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafbar, wer als Werkunternehmer Aufträge an einen Handwerker erteilt, wenn er weiß, daß dieser keine Steuern abführt.<sup>87</sup> In der Konsequenz dieser Ansicht liegt es, daß die Beurkundung eines Ehevertrages anlässlich der Schließung einer Scheinehe nicht als strafbare Beihilfehandlung zu werten ist. Sie stellt ebenso wie der bloße Abschluß eines Werkvertrages im Falle der Steuerhinterziehung durch den Handwerker eine gewöhnliche Alltagshandlung dar.

Anders ist die Rechtslage dagegen, wenn man der Ansicht von *Roxin*<sup>88</sup> folgt. Seiner Ansicht nach scheiden derartige Alltagshandlungen nur dann aus der Strafbarkeit aus, wenn deren Vornahme für den Täter unabhängig von seiner deliktischen Absicht sinnvoll bleiben.<sup>89</sup> Solches dürfte im Falle der Beurkundung des Ehevertrages im Rahmen einer Scheinehe zu verneinen sein. Der Abschluß des Ehevertrages macht für den Täter keinen Sinn, wenn es nicht zur Eheschließung kommt. Die Eheschließung selbst aber wiederum ist Voraussetzung für die Täuschungshandlung gegenüber den Ausländerbehörden nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG. Der objektive Tatbestand

einer strafbaren Beihilfe zu einer Tat nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG wäre danach zu bejahen.

Im subjektiven Tatbestand fordert die Strafbarkeit wegen Beihilfe zu einer Tat nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG schließlich Vorsatz. Der Notar müßte also mit „Wissen und Wollen“ gehandelt haben. Solches dürfte in aller Regel zu verneinen sein. Aber auch ein bedingter Vorsatz, der für die Strafbarkeit der Beihilfe genügt,<sup>90</sup> wird man beim Notar wohl regelmäßig verneinen können. Hierzu müßte der Notar den illegalen Aufenthalt billigend in Kauf nehmen. Der Notar müßte bei Beurkundung des Ehevertrages wissen, daß er eine bestimmte fremde Tat unterstützt und daß es mit Hilfe seines Beitrags zur Tatbestandsverwirklichung kommt, auch wenn ihm der Eintritt des Erfolges an sich unerwünscht ist.<sup>91</sup> Eine solche kriminelle Energie wird wohl nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden können. Hält der Notar seine Tätigkeit von vornherein für ungeeignet, die Tat zu fördern, so scheidet Vorsatz und damit eine Strafbarkeit insgesamt aus.<sup>92</sup> Die fahrlässige Beihilfe als solche ist nicht strafbar.<sup>93</sup>

## 7. Ergebnis

Die Frage, ob der Notar bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte für eine Scheinehe seine Amtstätigkeit gemäß der §§ 14 Abs. 2 BNotO, 4 BeurkG verweigern muß, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Entscheidend kommt es hierbei auf den Zeitpunkt des an den Notar herangetragenen Urkundsgeschäfts an. Sind die Beteiligten bereits verheiratet, so kann der Notar seine Beurkundungstätigkeit wegen Bestehens einer Scheinehe nicht verweigern. Auch die Scheinehe ist als lediglich aufhebbarer Ehe zunächst eine wirksame Ehe. Probleme bestehen jedoch, wenn die Eheschließung noch nicht vollzogen wurde. Dann aber stellt sich die weitere Frage, welche Kriterien vorliegen müssen, damit der Notar davon überzeugt sein darf, die Beurkundung des Ehevertrages stehe im Zusammenhang mit einer Scheinehe. Als geeignet erscheinen hierbei die vom Rat der Europäischen Union in seiner Entschließung über Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen genannten Gesichtspunkte.<sup>94</sup> Aber auch der Inhalt des beabsichtigten Urkundsgeschäfts kann hierbei eine Rolle spielen. Entscheidend ist eine Zusammenschau aller Kriterien. Dabei muß wohl in Kauf genommen werden, daß es je nach beruflicher Erfahrung und Menschenkenntnis zu unterschiedlichen Bewertungen kommen kann.<sup>95</sup>

<sup>84</sup> *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 2; teilw. a.A. *Schönke/Schröder/Cramer*, StGB, § 27 Rdnr. 10.

<sup>85</sup> OLG Frankfurt NStZ 1993, 394.

<sup>86</sup> *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 Rdnr. 10; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 2; teilweise a.A. *Roxin*, Bemerkungen zum Regreßverbot, FS Tröndle, 1989, 177, 196 ff.

<sup>87</sup> BGH NStZ 1992, 498; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 Rdnr. 10; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 2.

<sup>88</sup> FS Tröndle, 176, 196 ff.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu das Beispiel von *Schönke/Schröder/Stree* bei § 27 Rdnr. 10: Bleibt die Lieferung von Rohmaterial an einen ständig gegen Umweltvorschriften verstoßenden Unternehmer auch bei umweltgerechter Verarbeitung sinnvoll, so scheidet Strafbarkeit aus; dagegen wäre die Taxifahrt zum Tatort für den Bankräuber ohne die geplante Tat sinnlos. Der Taxifahrer macht sich deshalb der Beihilfe schuldig, wenn er den Zweck der Fahrt kennt.

<sup>90</sup> *Schönke/Schröder/Stree*, § 27 Rdnr. 19.

<sup>91</sup> BGH MDR 1985, 284, MDR 1989, 305, *Schönke/Schröder/Stree*, § 27 Rdnr. 19; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 8.

<sup>92</sup> BGH NStZ 1985, 318; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 8; *Schönke/Schröder/Stree*, § 27 Rdnr. 25.

<sup>93</sup> BGHSt 1, 283; *Dreher/Tröndle*, § 27 Rdnr. 8.

<sup>94</sup> EG-Amtsblatt C 382/1 v. 16.12.1997.

<sup>95</sup> *Gaaz*, StAZ 1998, 241, 244.

## Hinweise zur Gestaltung der Satzung einer Rechtsanwalts-GmbH\*

Von Dr. Fritz-Eckehard Kempter, München und Stephan Kopp, Ebenhausen

Mit der jüngsten Änderung der BRAO<sup>1</sup> haben Bundestag und Bundesrat die gesetzlichen Regelungen für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in der Rechtsform der GmbH getroffen. Danach können Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, den Antrag auf Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft stellen. Die Rechtsanwaltsgesellschaften mit beschränkter Haftung, die bei Inkrafttreten des Änderungsgesetzes bereits in das Handelsregister eingetragen waren, dürfen ihre Tätigkeit unter der bestehenden Firma nur noch bis zum 1.9.1999 fortsetzen. Danach ist die Anpassung an die BRAO, die Umfirmierung oder die Geschäftseinstellung nötig.

Für die inhaltliche Gestaltung der Satzungen ergeben sich nach der neuen Gesetzeslage und den bisherigen Erfahrungen aus den Eintragungsverfahren die nachfolgenden Hinweise. Diese können nur als Anhaltspunkte dienen und keinesfalls die sorgfältige Bearbeitung im Einzelfall ersetzen<sup>2</sup>.

### 1. Anwaltliches Berufsrecht

Die Regelungen zur Rechtsanwaltsgesellschaft in der BRAO stellen die Einbindung dieser Gesellschaftsform in das Berufsrecht der Rechtsanwälte klar. Wie bereits das Bayerische Oberste Landesgericht in seinem Beschluß vom 24.11.1994<sup>3</sup> feststellte und die BRAO nunmehr zur Rechtsanwaltsgesellschaft im Ergebnis regelt, müssen die Wesensmerkmale des Anwaltsberufes als freier Beruf und als unabhängiges Organ der Rechtspflege durch die Beachtung des anwaltlichen Berufsrechts und durch entsprechende Bestimmungen in der Satzung gewahrt bleiben.

Die an die Rechtsanwaltsgesellschaften zu stellenden berufsrechtlichen Anforderungen werden im Zulassungs-, gegebenenfalls im Widerrufsverfahren überprüft. Die Zulassung ist wiederum Voraussetzung für die Bezeichnung als „Rechtsanwaltsgesellschaft“. Die BRAO-Änderung folgt insoweit

den vergleichbaren Bestimmungen zur Steuerberatungsgesellschaft<sup>4</sup> und zur Wirtschaftsprüfungs- und Buchprüfungsgesellschaft<sup>5</sup>.

### 2. Firma

a) Gemäß § 59k BRAO muß die Firma der Gesellschaft den Namen wenigstens eines Gesellschafters, der Rechtsanwalt ist, und die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ enthalten. Soll die Rechtsanwaltsgesellschaft eine Sozietät fortführen, so darf eine zulässig verwendete Kurzbezeichnung zusätzlich oder anstelle des geführten Gesellschafternamens in die Firma aufgenommen werden. Sonstige Firmenbestandteile sind nur zulässig, soweit sie gesetzlich vorgeschrieben sind, wie z. B. der auch in der Firma der Rechtsanwaltsgesellschaft zwingend zu führende Rechtsformzusatz nach § 4 Abs. 2 GmbHG oder Unterscheidungszusätze gemäß § 30 Abs. 2 HGB<sup>6</sup>.

b) Die Firma muß wie etwa auch die Kurzbezeichnungen überörtlicher Sozietäten für alle Zweigniederlassungen der Gesellschaft einheitlich verwendet werden.

c) Die Verwendung von Phantasienamen, wie z. B. „PRO LEX Rechtsanwaltsgesellschaft“, verstößt, im Gegensatz zum kaufmännischen Firmenrecht, sowohl gegen die gesetzliche Pflicht, mindestens den Namen eines Gesellschafters zu führen, als auch gegen § 59k Abs. 1 Satz 3 BRAO. Phantasiebezeichnungen sind dort nicht vorgesehen. Rechtsanwaltsgesellschaften mit Phantasiebezeichnungen oder unverständlichen Abkürzungen genügen im übrigen nicht den allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen der Firmenklarheit und Firmenwahrheit<sup>7</sup>.

d) Ebenso sind auch der im Handels- und Gesellschaftsrecht übliche Zusatz „& Co.“ sowie andere als die bisher für das Wort „Kollegen“ verwendete Abkürzungen in den Kurzbezeichnungen oder sonstige Zusätze unzulässig. Eine Ausnahme gilt nur bei Fortführung des Namens einer Sozietät in der Rechtsform einer Rechtsanwaltsgesellschaft. Hier kann die bisher schon zulässige Kurzbezeichnung beibehalten werden. Die gilt v. a. für den Zusatz „& Partner“.

Gemäß § 11 Satz 3 PartGG darf eine Sozietät die Bezeichnung „und Partner“ fortführen, obwohl sie die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft nicht benutzt, wenn sie einen klarstellenden Rechtsformzusatz z.B. „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ verwendet. Für Neugründungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung hat der BGH jüngst<sup>8</sup> die Verwendung der Bezeichnung „und Partner“ oder „Partnerschaft“ ausdrücklich abgelehnt. Anders sieht es die neue gesetzliche

\* Dieser Beitrag erschien erstmals in den BRAK-Mitteilungen 1998, 254 ff. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Autoren sowie der BRAK-Mitteilungen.

<sup>1</sup> BGBl. 1998 I S. 2600 ff.

<sup>2</sup> Neben den allgemeinen Musterformularen für GmbH-Satzungen, wie sie z. B. im Münchener Vertragshandbuch, Bd. I Gesellschaftsrecht, im Steuerlichen Vertrags- und Formularbuch, beide Beck-Verlag, bei Peter/Crezelius, Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, Verlag NWB, abgedruckt sind, sind hilfreich die Hinweise von Ahlers, Die Zulässigkeit der Anwalts-GmbH im AnwBl. 1995, 3, 6ff.; Knoll, Mustersatzung für eine Rechtsanwalts-GmbH in WiB 1995, 130ff.; Priester, Die Gestaltung von GmbH-Verträgen, 5. Aufl., 1996 (RWS-Skript Nr. 18); Senninger in ZAP 1995, 43 ff., wobei die Letztgenannten naturgemäß die neuen gesetzlichen Vorgaben noch nicht berücksichtigen konnten.

<sup>3</sup> BayObLG, BRAK-Mitt. 1995, 35 ff. = NJW 1995, 199, 201 = BB 1994, 2433; in diesem Sinne auch OLG Köln, BRAK-Mitt. 1997, 264 ff., und BB 1998, 1759 f.

<sup>4</sup> §§ 49 ff. StBerG.

<sup>5</sup> §§ 27 ff., 130 Abs. 2 WPO.

<sup>6</sup> Amtliche Begründung, BT-Drucks. 13/9820.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Scheibe, Der Grundsatz der Firmenwahrheit in JuS 1997, 414; Zuck, MDR 1998, 1317, 1320.

<sup>8</sup> BGH, WM 1997, 1101 = WiB 1997, 752.

Regelung für die Rechtsanwaltsgesellschaft dann vor, wenn diese durch Sachgründung und der Fortführung des Namens einer Sozietät entsteht. § 59k Abs. 1 Satz 2 BRAO soll dem Schutz des immateriellen Werts einer von einer Sozietät zulässig verwendeten Kurzbezeichnung dienen. Die Zulässigkeit der Fortführung der Firma im Sinn von § 59k Abs. 1 Satz 2 BRAO setzt nicht einmal voraus, daß die Gesellschafter der früheren Sozietät und die Gesellschafter der Rechtsanwaltsgesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt identisch gewesen sein müssen<sup>9</sup>. Damit ist die getroffene Regelung zum Firmenbestand auch bei der Neugründung durch Sachgründung einer Rechtsanwaltsgesellschaft anzuwenden. Anders als bei gewerblichen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist somit die Bezeichnung „und Partner“ verbunden mit dem Rechtsformzusatz der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der fortgeführten Firma der Rechtsanwaltsgesellschaft als zulässig anzusehen.

e) § 59k BRAO schreibt schließlich ausdrücklich vor, daß die Firma die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ enthalten muß. Die Bezeichnung „Rechtsberatungsgesellschaft“ ist daher unzulässig, dürfte im übrigen auch aus Gründen der Verwechslungsgefahr wettbewerbsrechtlich angreifbar sein und verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 RBERG.

f) Aus berufsrechtlicher Sicht bedenklich ist die Firma, die auf eine Mehrheit von Gesellschaftern hinweist, obwohl nur ein einzelner Gesellschafter existiert. Auch bei Änderungen im Gesellschafterbestand gilt berufs- und wettbewerbsrechtlich das Irreführungsverbot. So geht bei der Angabe einer Firma „Mayer & Kollegen Rechtsanwaltsgesellschaft“ das rechtsuchende Publikum von einer Mehrzahl von beteiligten Rechtsanwältinnen aus, so daß der Namenszusatz „und Kollegen“ aus der Firmenbezeichnung entfallen müßte, wenn auf Dauer nur noch ein Rechtsanwalt in der Kanzlei tätig ist<sup>10</sup>.

### 3. Sitz der Gesellschaft

Es gilt § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Er wird ergänzt durch § 59g Abs. 2 BRAO. Die Rechtsanwaltsgesellschaft wird ihren Sitz an dem Ort einrichten müssen, an dem sie ihre Kanzlei einrichten hat.

### 4. Gegenstand des Unternehmens

a) Die neue Regelung zur Rechtsanwaltsgesellschaft sieht in § 59c Abs. 1 BRAO als Unternehmensgegenstand die „Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten“ vor.

Die Rechtsanwaltsgesellschaft kann gemäß § 591 Satz 1 BRAO als Prozeß- oder Verfahrensbevollmächtigte mit Ausnahme der Strafverteidigung beauftragt werden und hat dabei die Rechte und Pflichten eines Rechtsanwalts.

b) So dürfte ein Unternehmensgegenstand als berufsrechtlich unbedenklich anzusehen sein, der die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung durch Übernahme von Anwaltsaufträgen, die nur durch zugelassene Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen unabhängig, weisungsfrei und eigenverantwortlich unter Beachtung des Berufsrechts ausgeführt werden, vorsieht.

c) Aufgrund der Einschränkung des Unternehmensgegenstandes in § 59c Abs. 1 BRAO auf die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten wird eine Erweiterung des Gegenstandes

<sup>9</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>10</sup> Vgl. zur Verwendung des Zusatzes „A, B u. coll.“ durch eine Anwaltssozietät, bestehend aus zwei Anwälten: OLG Hamm, BRAK-Mitt. 1992, 62 = NJW-RR 1992, 301.

des auf die Berufstätigkeit anderer Berufe nicht möglich sein<sup>11</sup>; es sei denn, es handelt sich in der Mehrheit der Gesellschafter um mehrfach qualifizierte Angehörige der in § 59a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO genannten Berufe. Der Versuch, neben der Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft auch die Zulassung als Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- und/oder Steuerberatungsgesellschaft zu erhalten, dürfte derzeit allerdings an den unterschiedlichen berufsrechtlichen Voraussetzungen scheitern<sup>12</sup>.

d) Nützlich ist der Satzungshinweis, wonach zur Wahrung der Wesensmerkmale des Anwaltsberufes als eines freien Berufes<sup>13</sup> die Besorgung der fremden Rechtsangelegenheiten unter Beachtung der Unabhängigkeit, der Eigenverantwortung, des Berufsrechts, der Weisungsfreiheit und, soweit vom Mandanten gewünscht, der persönlich vertrauensvollen Beziehung zwischen Rechtsanwaltsgesellschaft und Mandanten erfolgt.

e) Zulässig ist auch der Unternehmensgegenstand, in dem die Weitergabe von Mandaten, allerdings ausdrücklich beschränkt auf die Vorschrift des § 49b Abs. 3 BRAO, vorgehen ist.

f) Soll die Gesellschaft Zweigniederlassungen errichten dürfen, so ist dies zu regeln:

aa) Entscheidend ist die Abgrenzung von § 59i Abs. 2 BRAO zu § 28 Abs. 1 BRAO. Zweigstellen oder auswärtige Sprechtagelassen sind nach wie vor unzulässig. In der Zweigniederlassung muß zumindest ein Rechtsanwalt als Geschäftsführer verantwortlich tätig sein. Die Kanzlei muß den Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit bilden<sup>14</sup>. Für die Abgrenzung von Zweigniederlassungen einerseits und Zweigstellen sowie auswärtigen Sprechtagelassen andererseits ist auf die gleichen Kriterien, wie sie bei der zulässigen überörtlichen Sozietät entwickelt wurden, abzustellen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Intensität der auswärtigen Betätigung<sup>15</sup>.

bb) Unzulässig ist die sonst übliche Regelung in Satzungsformularen, wonach die Gesellschaft auch andere gleichartige oder ähnliche Unternehmen errichten, bestehende erwerben oder sich an solchen beteiligen und/oder die Geschäftsführung und die Vertretung übernehmen kann.

Die Aufnahme anderer Erwerbstätigkeiten ist der Rechtsanwaltsgesellschaft versagt<sup>16</sup>. Die Beteiligung von Rechtsanwaltsgesellschaften an anderen Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung ist nach § 59c Abs. 2 BRAO ausdrücklich unzulässig. Auf diese Weise sollen mehrstöckige Gesellschaften, Konzerne und die damit verbundene Gefahr von Abhängigkeiten und Einflußnahmen vermieden werden.

Eine Rechtsanwaltsgesellschaft darf sich auch weder mit anderen Berufsausübungsgesellschaften, wie Sozietäten oder anderen Rechtsanwalts- oder Steuerberatungsgesellschaften, noch mit natürlichen Personen in einer Gesellschaft verbinden<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu noch OLG Bamberg, MDR 1996, 423; LG Baden-Baden, AnwBl. 1996, 537, 538.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu z. B. § 28 Abs. 4 WPO, § 50a StBerG, wonach die Mehrheit von Kapital und Stimmen jeweils bei den entsprechenden Berufsträgern liegen muß; vgl. *Zuck*, a.a.O., 1318.

<sup>13</sup> BGH, NIW 1995, 199, 201; vgl. auch OLG Köln, BB 1998, 1759; LG Baden-Baden, AnwBl. 1996, 537, 538; *Kempter*, BRAK-Mitt. 1994, 122.

<sup>14</sup> Vgl. *Ahlers*, Die Zulässigkeit der Anwalts-GmbH im AnwBl. 1995, 3, 6.

<sup>15</sup> Vgl. *Henssler/Pritting*, a.a.O., § 28 Rdnr. 8.

<sup>16</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>17</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.; *Zuck*, a.a.O.

g) Eine Rechtsanwaltsgesellschaft, deren Unternehmensgegenstand nicht die rechtsbesorgende Tätigkeit ist, sondern die lediglich die für diese Tätigkeit erforderlichen organisatorischen Rahmenbedingungen schaffen soll, kann nicht als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen werden<sup>18</sup>. Einer solchen Gesellschaft ist es zwar erlaubt, solche Geschäfte zu tätigen, um die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die anwaltliche Berufsausübung zu schaffen. Sie kann jedoch gemäß § 59c Abs. 1 BRAO nicht zugelassen werden und darf damit gemäß § 59 k Abs. 2 BRAO nicht die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ führen.

h) Berufsrechtlich unzulässig ist ebenso, im Unternehmensgegenstand die Ausübung einer Makler- bzw. Vermittlertätigkeit oder eines Inkassounternehmens aufzunehmen. Diese Tätigkeiten sind unabhängig von der eventuell damit zusammenhängenden Besorgung von Rechtsangelegenheiten wegen der Gefahr des Vorliegens von Interessenkonflikten und der Gefährdung des Vertrauens des rechtsuchenden Publikums in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts mit dem Anwaltsberuf unvereinbar<sup>19</sup>.

## 5. Gesellschafter

a) Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft können gemäß § 59e Abs. 1 BRAO nur folgende Personen sein:

Rechtsanwälte und sonstige natürliche Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer sowie Angehörige der in § 59a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO genannten Berufe, Angehörige von Rechtsanwaltsberufen aus der Europäischen Union und anderen Staaten, die gemäß § 206 BRAO berechtigt sind, sich in der Bundesrepublik Deutschland niederzulassen; Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer anderer Staaten, die einen in der Ausbildung und den Befugnissen den Berufen nach der Patentanwaltsordnung, dem Steuerberatungsgesetz oder der Wirtschaftsprüferordnung entsprechenden Beruf ausüben und mit Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten oder Wirtschaftsprüfern in der Bundesrepublik Deutschland eine Sozietät bilden dürfen.

b) Die Gesellschafter müssen in der Rechtsanwaltsgesellschaft aktiv beruflich tätig sein. Die Satzung kann für nachhaltige Verstöße gegen dieses Tätigkeitsgebot die Sanktion der Einziehung (§§ 34, 46 Nr. 4 GmbHG) vorsehen<sup>20</sup>.

c) Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, dürfen Gesellschafter nur bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung sein. Im übrigen richtet sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notar sind, nach den Bestimmungen und Anforderungen des Berufsrechts der Notare.

d) Für Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind, gilt, daß diese nur miteinander eine Gesellschaft gründen können. Eine solche Gesellschaft darf nur zwei Gesellschafter umfassen<sup>21</sup>.

e) Die gesetzlichen Regelungen sprechen jeweils nur von Rechtsanwälten und Angehörigen der in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten Berufe und damit ausschließlich von natürlichen Personen. Damit ist es juristischen Personen,

insbesondere anderen Berufsgesellschaften mit beschränkter Haftung oder Gesellschaften des bürgerlichen Rechts<sup>22</sup>, nicht möglich, sich als Gesellschafter an der Rechtsanwaltsgesellschaft zu beteiligen.

f) Zur Klarstellung im Sinne von § 59e Abs. 2 BRAO wäre auch der Hinweis in der Satzung hilfreich, wonach die Gesellschafter den in der Rechtsanwaltsgesellschaft ausgeübten Beruf in keinem weiteren beruflichen Zusammenschluß ausüben dürfen. Unter dieses Verbot fällt eine weitere Berufsausübung in Sozietäten, in Partnerschaftsgesellschaften, in einer anderen Rechtsanwalts- oder sonstigen Steuerberatungs-, Wirtschafts- oder Buchprüfungsgesellschaft. Anknüpfungspunkt ist hierbei immer der Beruf, nicht die konkret ausgeübte berufliche Tätigkeit<sup>23</sup>. Die Ausübung von Zweitberufen in anderen Gesellschaften ist hingegen möglich.

g) Den Gesellschaftern ist zudem nicht verwehrt, in eigener Person Einzelmandate zu übernehmen. Hier ist zu beachten: Bekanntlich ist das Wettbewerbsverbot im GmbHG nicht ausdrücklich – anders als in §§ 112, 113 HGB – geregelt. Für die Geschäftsführer folgt das Wettbewerbsverbot einem dem § 88 AktG entsprechenden Gedanken. Wesentlich ist hier der steuerrechtliche Gesichtspunkt. Der BFH hat mehrfach, insbesondere in BStBl. II 1987, 461 und II 1989, 673, eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen, wenn der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft bei Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot nicht geltend gemacht wird. Danach ist für die Befreiung eine Satzungsgrundlage erforderlich. Ausreichend allerdings ist eine sogenannte Öffnungsklausel<sup>24</sup>. Die konkrete Befreiung kann dann durch einfachen Gesellschafterbeschluß erfolgen. Erforderlich sind daneben eine hinreichende Abgrenzungsvereinbarung und regelmäßig ein angemessener Ausgleich. Weitere Kanzleien außerhalb der Rechtsanwaltsgesellschaft dürfen die Gesellschafter allerdings nicht unterhalten.

h) Dringend empfehlenswert erscheint ein Hinweis in der Satzung auf das Gebot der Verschwiegenheitspflicht (§ 49m Abs. 3 BRAO), die Tätigkeitsverbote im Fall der Interessenkollision (§ 46 Abs. 2 und 3 BRAO) und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a, § 59b BRAO). Dadurch sollten insbesondere die Mitglieder der anderen in § 59a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO genannten Berufe in bezug auf das anwaltliche Berufsrecht sensibilisiert werden. Verstöße der nicht anwaltlichen Berufsträger gegen diese Berufspflichten können auch anwaltsgerichtlich geahndet werden<sup>25</sup>. Daß insbesondere bei Wirtschaftsprüfern international ein vom anwaltlichen Berufsrecht abweichendes Verständnis zu diesen Berufspflichten besteht, zeigt die veröffentlichte Entscheidung des High Court in London, der die internationale Praxis der „Chinese Walls“ streng verurteilt<sup>26</sup>.

## 6. Stammkapital, Stimmrecht, Geschäftsanteile

a) Die BRAO selbst enthält keine ausdrückliche Regelung zur Höhe des erforderlichen Stammkapitals. Es ist damit von §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 5, 7 GmbHG auszugehen. Das Gesetz zur Einführung des Euro vom 15.6.1998<sup>27</sup> läßt ab 1.1.1999 die

<sup>18</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>19</sup> Zur Maklertätigkeit: *Feuerich/Braun*, BRAO, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 116, 118; *Henssler/Prittting*, BRAO, § 7 Rdnr. 92; *Kleine-Cosack*, BRAO, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 38a; zur Ausübung eines Inkassounternehmens: Hessischer AGH, Beschl. v. 23. 4.1996 – 2 AGH 24/94; AGH Baden-Württemberg, AnwBl. 1996, 636; einschränkend jedoch: BGH, BRAK-Mitt. 1998, 236 f.

<sup>20</sup> Vgl. BGH, GmbHR 1978, 131; DB 1983, 1970.

<sup>21</sup> Ergänzend vgl. § 59e Abs. 1 Satz 3 BRAO i.V.m. § 172a BRAO.

<sup>22</sup> *Funke*, AnwBl. 1998, 6, 7; anders: § 50a Abs. 2 StBerG und § 28 Abs. 4 Satz 2 WPO.

<sup>23</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>24</sup> BMF, BStBl. I S. 1993, 556.

<sup>25</sup> Anders bei der Sozietät: OLG Dresden, BRAK-Mitt. 1998, 239, 241 f. = BB 1998, 2132.

<sup>26</sup> Vgl. *Financial Times* v. 16.9.1998, S. 10.

<sup>27</sup> Vgl. BGBl. 1998 I S. 1242 ff.

Wahl zwischen der GmbH-Gründung in Euro oder in D-Mark zu. Zweckmäßigerweise sollte die Neugründung in Euro vorgenommen werden. Das Mindeststammkapital beträgt 25 000 Euro; die Mindeststammeinlage 100 Euro. Der Teilungsfaktor für große Geschäftsanteile ist 50. Die Mindesteinzahlung beträgt die Hälfte des Mindeststammkapitals<sup>28</sup>.

b) Gemäß § 59e Abs. 3 Satz 1 BRAO muß die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte Rechtsanwälten zustehen. Entsprechende Regelungen hat die Satzung daher für die Verteilung der Stimmrechte und die Übertragung der Geschäftsanteile vorzusehen. Damit soll gewährleistet sein, daß die Rechtsanwaltsgesellschaft maßgeblich von Rechtsanwälten geführt wird, womit auch die Essentialia der anwaltlichen Berufstätigkeit, insbesondere die Unabhängigkeit, die Eigenverantwortlichkeit und die Weisungsfreiheit, gewahrt bleiben.

c) Sofern die Gesellschafter zur Ausübung eines in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten Berufs nicht berechtigt sind, haben sie gemäß § 59e Abs. 3 Satz 2 BRAO kein Stimmrecht. Dies gilt z.B. für Erben eines Gesellschafters, die nicht Rechtsanwälte oder Berufsangehörige der in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten Berufe sind, oder für Gesellschafter, die zeitweilig einem berufsrechtlichen Tätigkeitsverbot unterliegen.

Die Satzung muß für diese Fälle Regelungen vorsehen, die die Mehrheit der Stimmrechte in den Händen von Rechtsanwälten gewährleisten und gegebenenfalls für ein ordnungsgemäßes Ausscheiden des Gesellschafters sorgen. Ein Verbleib in der Gesellschaft ist angesichts § 59e Abs. 1 BRAO nicht möglich. Danach müssen die Gesellschafter nicht nur Angehörige der in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 genannten Berufe sein, sondern in der Rechtsanwaltsgesellschaft auch aktiv beruflich tätig sein.

d) Die Gesellschafter können gemäß § 59e Abs. 5 BRAO zur Ausübung von Gesellschafterrechten nur stimmberechtigte Gesellschafter bevollmächtigen, die Angehörige desselben Berufs oder Rechtsanwälte sind. Eine Vertretung durch Dritte, auch andere zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtete Personen, die nicht Gesellschafter sind, ist somit nicht zulässig.

e) Anteile an der Rechtsanwaltsgesellschaft dürfen gemäß § 59e Abs. 4 BRAO nicht für Rechnung Dritter gehalten und Dritte nicht am Gewinn der Rechtsanwaltsgesellschaft beteiligt werden<sup>29</sup>.

Die Satzung darf damit keine externe Einflußnahme auf die Gesellschafter durch treuhänderische Bindungen eines Gesellschafters an nicht der Gesellschaft zugehörige Dritte oder die Beteiligung Dritter am Gewinn ermöglichen. Nicht zulässig sind beispielsweise stille Beteiligungen, partiarische Darlehen oder Gewinnschuldverschreibungen<sup>30</sup>. Ferner dürfen die Geschäftsanteile nicht belastet, insbesondere nicht verpfändet werden. Dieses Verbot gilt uneingeschränkt und differenziert nicht nach Berufszugehörigkeit. Unberührt bleibt die Möglichkeit, Vergütungen für die Übernahme der Geschäftsanteile zu vereinbaren. Hier ist auf die üblichen Bewertungsregelungen und die Rechtsprechung des BGH zu verweisen<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Vgl. *Schneider*, Die Anpassung des GmbH-Rechts bei Einführung des Euro in NJW 1998, 3158, insbesondere für den Übergangszeitraum.

<sup>29</sup> Vgl. § 50a Abs. 1 Nr. 2 StBerG, § 28 Abs. 4 Nr. 2 WPO.

<sup>30</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>31</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, 16. Aufl., § 34, Rdnr. 20a; *Kort*, in *Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht*, 3. Band, GmbHG, § 28, Rdnr. 30; *Scholz/Westermann*, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl., § 34, Rdnr. 32; BGH, WM 1994, 1529; DB 1993, 1616; sowie BRAK-Ausschuß, Bewertung von Anwaltspraxen in BRAK-Mitt. 1992, 24.

f) Die Geschäftsanteile müssen den Gesellschaftern in persona ungeteilt zustehen<sup>32</sup>. Mitglieder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts können daher nicht in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Gesellschafter werden und ihre Geschäftsanteile gegebenenfalls statt nach § 15 GmbHG nach den für BGB-Gesellschaften geltenden Grundsätzen übertragen.

g) Die Gesellschafter können die Abtretung der Geschäftsanteile durch die Satzung an weitere Voraussetzungen knüpfen, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig machen (§ 15 Abs. 5 GmbHG). Allerdings kommt eine Vinkulierungsbestimmung nicht zum Zuge, wenn nicht nur der zum Nachlaß gehörende Geschäftsanteil, sondern der gesamte Erbteil übertragen wird<sup>33</sup>.

## 7. Geschäftsführer

a) Die Rechtsanwaltsgesellschaft muß gemäß § 59f Abs. 1 BRAO von Rechtsanwälten verantwortlich geführt werden. Für den Fall der Bestellung mehrerer Geschäftsführer muß die Satzung vorsehen, daß diese mehrheitlich Rechtsanwälte sind.

b) Geschäftsführer kann im übrigen nur sein, wer zur Ausübung eines in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten Berufs berechtigt ist.

c) Entsprechend der bereits mehrmals angesprochenen Wesensmerkmale der Tätigkeit des Rechtsanwaltes als unabhängiges Organ der Rechtspflege, schreibt § 59f Abs. 4 BRAO vor, daß die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte, die Geschäftsführer sind, bei der Ausübung ihres Rechtsanwaltsberufes zu gewährleisten ist. Einflußnahmen der Gesellschafter, namentlich durch Weisungen oder vertragliche Bindungen, sind unzulässig. Dem verantwortlichen Rechtsanwalt muß im Verhältnis zu den Gesellschaftern und zu etwaigen an der Geschäftsführung Beteiligten anderen Berufsträgern dasselbe Maß an Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit zustehen wie einem Anwaltssozius.

Anders als der Geschäftsführer einer gewerblich tätigen GmbH ist der Geschäftsführer einer Rechtsanwaltsgesellschaft gemäß § 59f Abs. 4 BRAO an Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht nur dann nicht gebunden, wenn diese ein rechtswidriges Handeln, sondern schon dann, wenn sie ein berufswidriges Handeln verlangen würde. Der dogmatische Streit um den weisungsfreien Mindestbereich wurde für die Geschäftsführung der Rechtsanwaltsgesellschaft zugunsten eines solchen weisungsfreien Raumes gelöst<sup>34</sup>. Sollte die Gesellschafterversammlung kraft ihrer Kompetenz als oberstes Gesellschaftsorgan die Satzung nach den entsprechenden Eintragungen teilweise wieder ändern und Beschlüsse treffen, die die anwaltliche Tätigkeit des Geschäftsführers berufsrechtswidrig beschränken, verstößt dies nicht nur gegen § 59f Abs. 4 BRAO, sondern führt gemäß § 59h Abs. 3 BRAO auch zur Einleitung eines Widerrufsverfahrens.

e) Eine Regelung der Geschäftsführung, wonach im Falle der Bestellung mehrerer Geschäftsführer die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten wird, ist in dieser generellen Form unzulässig. Denn für die

<sup>32</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

<sup>33</sup> BGH, DB 1985, 268.

<sup>34</sup> Vgl. *Hommelhoff*, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH in ZGR 1978, 119, 127; *Schneider* in *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl., § 37, Rdnr. 38 m.w.N.

Gesellschaft müssen im Außenverhältnis Vertretungsregeln bestehen, die gewährleisten, daß Rechtsanwälte auch ohne Mitwirkung sonstiger Berufsangehöriger im Sinne von § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO die Gesellschaft vertreten können<sup>35</sup>.

Unbedenklich wäre somit eine Satzungsregelung, wonach alle geschäftsführenden Rechtsanwälte zur Einzelvertretung befugt sind und die Geschäftsführer, die nicht Rechtsanwälte sind, die Gesellschaft nur gemeinschaftlich mit Rechtsanwälten vertreten dürfen.

Sollte die Satzung vorsehen, daß in einer Gesellschaft mit Vertretern verschiedener Berufsgruppen die Rechtsanwälte nur gemeinsam mit Rechtsanwälten vertretungsbefugt sind, darf hierdurch die Handlungsfähigkeit der Rechtsanwälte gegenüber den anderen Berufsträgern in der Geschäftsführung nicht beeinträchtigt werden. Die verantwortliche Führung der Gesellschaft muß bei den Rechtsanwälten verbleiben.

f) Darüber hinaus bietet es sich an, in der Satzung eine Geschäftsordnung nebst Geschäftsverteilungsplan vorzusehen.

Auch kann die Annahme oder Ablehnung von Mandaten geregelt werden, ebenso wie die kontinuierliche Unterrichtungspflicht der Mitglieder der Geschäftsführung.

g) Nur der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, daß in der Satzung selbstverständlich Regelungen über das Verfahren der Einberufung der Gesellschafterversammlung, zu den Ladungsfristen, zur Möglichkeit auf deren Verzicht, zur Form der Beschlußfassung, zur Beschlußfähigkeit usw. vorzusehen sind. Hinsichtlich der Stimmrechte ist zu beachten, daß Rechtsanwälte mehrheitlich anwesend oder vertreten sein müssen.

## 8. Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte

Auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte müssen zur Ausübung eines in § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten Berufs berechtigt und mehrheitlich Rechtsanwälte sein. Eine Ausübung ihres in der Gesellschaft ausgeübten Berufs in einer weiteren beruflichen Zusammenarbeit ist unzulässig. Insoweit gelten für sie die obigen Ausführungen Nr. 5 zu den Geschäftsführern entsprechend.

Ebenso ist auch ihre Unabhängigkeit gemäß § 59f Abs. 4 Satz 1 BRAO satzungsmäßig zu gewährleisten.

## 9. Ausscheiden und Erbfolge

a) Für die Kündigung und das Ausscheiden eines Gesellschafters sind Vorkehrungen zu treffen, damit nicht die Mehrheit der Rechtsanwälte unter den Gesellschaftern und den Geschäftsführern verlorengeht.

b) Die Vererblichkeit der Geschäftsanteile ist durch die BRAO nicht ausgeschlossen. Zweckmäßigerweise sollte die Satzung entsprechende Regelungen für den Todesfall eines Gesellschafters vorsehen. Insbesondere sollte dafür gesorgt werden, daß die Mehrheit der Rechtsanwälte unter den Gesellschaftern und Geschäftsführern erhalten bleibt. Dasselbe gilt für die Regelung der Stimmrechte. Werden Regelungen

für das Ausscheiden der nicht sozietätsfähigen Erben (§ 59a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO) und gegebenenfalls die Wiederherstellung der Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte bei den Rechtsanwälten nicht getroffen, droht gemäß § 59h Abs. 3 BRAO der Widerruf der Zulassung.

## 10. Haftung und Haftpflichtversicherung

a) § 59j BRAO schreibt vor, daß für die Rechtsanwalts-gesellschaft eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen und die Versicherung während der Dauer ihrer Zulassung aufrecht zu erhalten ist. § 51 Abs. 1 bis Abs. 3 und Abs. 5 bis Abs. 7 BRAO ist entsprechend anzuwenden. Diese Haftpflichtversicherung ersetzt nicht die Berufshaftpflichtversicherung des einzelnen Anwalts oder sonstigen sozietätsfähigen Gesellschafters, Geschäftsführers oder sonstigen Mitarbeiters. Der einzelne Anwalt braucht ebenso wie ein nicht anwaltlicher Geschäftsführer nach dessen Berufsrecht für seine eigene Zulassung und deren Aufrechterhaltung eine eigene Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 51 BRAO.

Die Regelungen der BRAO zur Haftpflichtversicherung sollen sicherstellen, daß die Rechtsanwalts-gesellschaft im Haftungsfalle erfolgreich in Anspruch genommen werden kann. Wird die Berufshaftpflichtversicherung nicht oder nicht in dem vorgeschriebenen Umfang unterhalten oder wird aus einem anderen Grund der Vermögensschaden eines Mandanten nicht von der Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt, haften nach § 59j Abs. 4 BRAO neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter und die Geschäftsführer persönlich in Höhe des fehlenden Versicherungsschutzes, und zwar unabhängig davon, ob ihnen ein Verschulden vorzuwerfen ist oder nicht.

b) Die Mindestversicherungssumme für die Gesellschaft beträgt fünf Millionen Deutsche Mark für jeden Versicherungsfall. Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können auf den Betrag der Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Gesellschafter und der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, begrenzt werden. Die Jahreshöchstleistung für alle in einem Versicherungsjahr verursachten Schäden muß sich jedoch mindestens auf den vierfachen Betrag der Versicherungssumme belaufen.

c) Entsprechende Vorsorgeregulungen in der Satzung, die einen durchgehenden Versicherungsschutz gewährleisten, erscheinen angesichts dieser Risiken als dringend erforderlich.

## 11. Mitteilungspflichten

Neben den berufsrechtlichen Pflichten der Geschäftsführer und Gesellschafter obliegen auch der Rechtsanwalts-gesellschaft als solcher z.B. in § 59m Abs. 1 und 2 BRAO unverzügliche Mitteilungspflichten unter Beifügung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der jeweiligen Urkunde bezüglich Änderungen des Gesellschaftsvertrages, in der Person der Vertretungsberechtigten sowie bei der Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen. Wird die Änderung im Handelsregister eingetragen, ist eine beglaubigte Abschrift der Eintragung nachzureichen. Zweckmäßigerweise sollte deshalb die Satzung Regelungen und Vollmachten zur Einhaltung der berufsrechtlichen Vorgaben für einzelne Geschäftsführer enthalten.

<sup>35</sup> Amtliche Begründung, a.a.O.

# Probleme des § 172 BGB, insbesondere bei der Vorsorgevollmacht

Von Notar *Dr. Wolfram Waldner*, M.A., Bayreuth, und Notarassessor *Georg Mehler*, Bayreuth

Mit der Einführung der sog. Vorsorgevollmacht in § 1896 Abs. 2 BGB<sup>1</sup> und ihrer erneuten Aufwertung durch den Gesetzgeber<sup>2</sup> hat die Beurkundung von Generalvollmachten in der notariellen Praxis an Bedeutung gewonnen. Während die inhaltlichen Besonderheiten der Betreuungsvollmachten schon in zahlreichen Beiträgen behandelt worden sind, sind die beurkundungsrechtlichen Besonderheiten bislang kaum diskutiert worden. Sie können zwar im Rahmen des § 172 BGB bei jeder beurkundeten Vollmacht praktisch werden, haben aber bei der Vorsorgevollmacht besondere Bedeutung.

## I. Besonderheiten der Vorsorgevollmacht

Der besondere Vertrauenscharakter der Vorsorgevollmacht bringt es mit sich, daß sie meist nur nahen Angehörigen erteilt wird. Eheleute bevollmächtigen sich oft wechselseitig, wobei die Bevollmächtigung des jeweils anderen häufig nur im Hinblick bzw. unter der „Bedingung“ der eigenen Bevollmächtigung durch diesen – im Sinne eines gegenseitigen Vertrauensbeweises – erfolgt. Zur Dokumentation dieser wechselseitigen, quasi „synallagmatischen“ Abhängigkeit im Sinne eines „potestatum do ut des“ sowie zur Sicherstellung der inhaltlichen Identität der gegenseitigen Bevollmächtigung wird häufig die Beurkundung beider Vorsorgevollmachten in nur einer Urkunde gewünscht, so daß jeder Ehegatte sowohl als Vollmachtgeber als auch gleichzeitig als Bevollmächtigter des jeweils anderen Ehegatten handelt.

Werden dann noch von jedem Ehegatten zur Vermeidung der Anordnung einer Überwachungsbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB bzw. für den Fall, daß beide Ehegatten gleichzeitig betreuungsbedürftig werden, eine oder mehrere weitere Drittpersonen in derselben Urkunde bevollmächtigt, vervielfältigt sich die Zahl der in ein und derselben Urkunde erteilten Bevollmächtigungen entsprechend.

Hieraus ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Rechtsscheinhaftung nach § 172 BGB Probleme sowohl bei der inhaltlichen Gestaltung derartiger Vollmachtsurkunden als auch bei der Formulierung des jeweiligen Ausfertigungsvermerks nach § 49 Abs. 2 BeurkG.

## II. Bezeichnung des Bevollmächtigten im Ausfertigungsvermerk und Besitz der Ausfertigung

Nach § 172 Abs. 1 BGB wird die Aushändigung und Vorlage einer Vollmachtsurkunde der Erteilung einer Außenvollmacht gleichgewertet. Solange die dem Vertreter vom Vollmachtgeber willentlich ausgehändigte und dem Geschäftspartner vom Vertreter vorgelegte Vollmachtsurkunde nicht dem Vollmachtgeber wieder vom Vertreter mit dessen Willen zurückgegeben oder nach § 176 BGB für kraftlos erklärt wird (vgl. § 172 Abs. 2 BGB), darf der gutgläubige Geschäftspartner auf

den Inhalt der Urkunde unabhängig vom wahren Bestand der Vollmacht vertrauen. Es handelt sich demnach um eine gesetzliche Rechtsscheinhaftung<sup>3</sup>, die an das bewußte Inverkehrbringen der Vollmachtsurkunde durch den Vollmachtgeber anknüpft<sup>4</sup>.

Voraussetzung ist nach der ständigen Rechtsprechung<sup>5</sup>, daß die den Rechtsschein erzeugende Vollmachtsurkunde selbst, also in Urschrift oder – bei notariell beurkundeter Vollmacht wegen §§ 45, 47 BeurkG – in Ausfertigung<sup>6</sup> dem Vertreter ausgehändig und dem Dritten vorgelegt wird<sup>7</sup>. Fotokopien, einfache und selbst beglaubigte Abschriften genügen nicht, da sie in unbeschränkter Zahl gefertigt werden können, zumindest nach der h.M.<sup>8</sup> nicht der Rückgabepflicht nach § 175 BGB unterliegen und nichts über den Verbleib der Urschrift und den Fortbestand der Vollmacht besagen. Zweifelhaft ist, ob eine Bezugnahme auf die bei den Grundakten liegende Vollmacht genügt<sup>9</sup>, und ob der Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung den Besitz zu ersetzen vermag, ist zumindest nicht unumstritten.<sup>10</sup>

Enthält eine Urkunde die – teilweise gegenseitige – Bevollmächtigung mehrerer Personen, ist es möglich, daß auf Antrag des jeweiligen Vollmachtgebers jedem Bevollmächtigten je eine ihn nach § 49 Abs. 2 BeurkG im Vermerk namentlich bezeichnende Ausfertigung der gesamten Vollmachtsurkunde erteilt wird, so daß mehrere Ausfertigungen derselben Vollmachtsurkunde vom Vollmachtgeber in Verkehr gebracht werden. Fraglich und in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich problematisiert ist nun, ob die Rechtsscheinwirkung des § 172 Abs. 1 BGB auch dann eingreift, wenn ein in der Vollmachtsurkunde Bevollmächtigter eine nicht auf ihn lautende Ausfertigung vorlegt.

Nach § 47 BeurkG ersetzt die Ausfertigung die Urschrift im Rechtsverkehr – und zwar zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes unabhängig davon, wer gemäß § 49 Abs. 2 BeurkG im Ausfertigungsvermerk als die Person bezeichnet ist, der die Ausfertigung erteilt worden ist. Die Rechtsscheinhaftung

<sup>3</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 58. Aufl. 1999, §§ 170–173 Rdnr. 1.

<sup>4</sup> Vgl. *MünchKomm/Schramm*, BGB, 3. Aufl. 1993, § 172 Rdnr. 4.

<sup>5</sup> BGH NJW 1980, 698; NJW 1988, 697 [698] = DNotZ 1988, 551 = BGHZ 102, 63; NJW 1997, 312 [314]; RGZ, 88, 430 [431]; RG JW 1934, 2394 [2395]; OLG Hamm NJW 1991, 1185.

<sup>6</sup> Unrichtig *RGRK/Steffen*, BGB, 12. Aufl. 1982, § 172 Rdnr. 2 in unzutreffender Berufung auf die in Fn. 5 genannte Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach selbst die Vorlage einer Ausfertigung nicht genüge.

<sup>7</sup> Ebenso *Soergel/Leptien*, BGB, 12. Aufl. 1987, § 172 Rdnr. 4; *MünchKomm/Schramm* (Fn. 4), § 172 Rdnr. 8.

<sup>8</sup> BGH (Fn. 5), NJW 1988, 697 (698); a.A. *Soergel/Leptien* (Fn. 7), § 175 Rdnr. 3; *Staudinger/Schilken*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 175 Rdnr. 4.

<sup>9</sup> Bejahend: *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 3587, verneinend: *Soergel/Leptien* § 172 Rdnr. 4, RG, JW 1928, 884.

<sup>10</sup> Bejahend die Praxis, z.B. *Reithmann*, in: *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, AT Rdnr. 226; *Bernhard* in: *Beck'sches Notar-Handbuch*, 2. Aufl. 1997, Teil F Rdnr. 348; *Haegle/Schöner/Stöber*, a.a.O. Rdnr. 3585; kritisch *Bohrer*, DNotZ 1988, 556.

<sup>1</sup> Eingefügt durch das Betreuungsgesetz (BtG) vom 12.9.1990, BGBl. I 2002.

<sup>2</sup> Im Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BtÄndG) vom 25.6.1998, BGBl. I 1580; vgl. z.B. §§ 1904 Abs. 2, 1908 f. Abs. 1 Nr. 2a BGB n.F.; vgl. auch *Müller*, DNotZ 1999, 107.

des § 172 BGB müßte daher auch dann bestehen, wenn dem Geschäftspartner vom Vertreter eine Ausfertigung vorgelegt wird, deren Vermerk gemäß § 49 Abs. 2 BeurkG eine andere Person als den vorliegenden Vertreter bezeichnet, solange diese Ausfertigung dem vorliegenden Vertreter nur mit Willen des Vollmachtgebers i.S. des § 172 Abs. 1 BGB ausgehändigt wurde. Für die Annahme, daß das Tatbestandsmerkmal der willentlichen Aushändigung zwingend die namentliche Bezeichnung des handelnden Vertreters im Vermerk der vorgelegten Ausfertigung erfordert, findet sich weder in der einschlägigen Kommentarliteratur noch in der bisher zu § 172 BGB ergangenen Rechtsprechung<sup>11</sup> eine Stütze.

Die Tatsache, daß der Vermerk der vorgelegten Ausfertigung nicht den vorlegenden, sondern gegebenenfalls einen anderen in derselben Vollmachtsurkunde bevollmächtigten Vertreter bezeichnet, kann daher allenfalls im Bereich des § 173 BGB von Bedeutung sein, indem sie geeignet ist, die Gutgläubigkeit des Dritten hinsichtlich des Bestehens der Vollmacht zu zerstören. Auch wenn es dem Dritten grundsätzlich gleichgültig sein kann, ob die ihm vorgelegte Ausfertigung dem ihm gegenüber handelnden Vertreter willentlich ausgehändigt wurde<sup>12</sup>, stellt ein nicht auf diesen lautender Ausfertigungsvermerk einen sich unmittelbar aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde ergebenden<sup>13</sup> Anhaltspunkt dar, der es nahelegt, daß die dem handelnden Vertreter mit auf ihn lautendem Vermerk erteilte Ausfertigung dem Vollmachtgeber nach § 172 Abs. 2 BGB aufgrund Erlöschens der Vollmacht vom Vertreter wieder zurückgegeben oder diesem aufgrund noch ausstehender Erteilung der Vollmacht noch nicht ausgehändigt wurde. Wird daher im Ausfertigungsvermerk der vorgelegten Ausfertigung ein anderer als der diese Ausfertigung vorlegende Vertreter namentlich genannt, so dürfte dieser Umstand allein bereits berechtigte Zweifel am Bestehen bzw. Fortbestehen der Vollmacht begründen und in der Regel zur Bösgläubigkeit nach § 173 BGB führen<sup>14</sup>.

Solange hierzu jedoch keine gefestigte Rechtsprechung vorliegt, empfiehlt es sich dringend, bereits im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung der Vollmacht deren Wirksamkeit vom unmittelbaren Besitz einer auf den Handelnden lautenden Ausfertigung abhängig zu machen<sup>15</sup>. Denn sind mehrere auf die verschiedenen Bevollmächtigten lautende Ausfertigungen der einen Vollmachtsurkunde vom Vollmachtgeber willentlich in Verkehr gebracht worden, besteht eine entsprechend erhöhte Gefahr des unberechtigten Gebrauchs dieser Ausfertigungen durch die einzelnen Bevollmächtigten, die vermieden werden kann, wenn die Vollmacht eines jeden Bevollmächtigten unmittelbar an den Besitz „seiner“ ihn namentlich bezeichnenden Ausfertigung gebunden wird.

Liegt eine gegenseitige Bevollmächtigung vor, so ist zu beachten, daß jeder Beteiligte nach § 51 Abs. 1 Nr.1 BeurkG

eine auf ihn lautende Ausfertigung verlangen und so die vorbezeichnete Wirksamkeitsvoraussetzung hinsichtlich seiner Bevollmächtigung durch den anderen ohne dessen Mitwirkung und insbesondere auch nach einer bereits erfolgten Rückgabe der ursprünglichen Ausfertigung i.S. des § 172 Abs. 2 BGB herbeiführen kann. Dieser Gefahr kann entweder dadurch begegnet werden, daß in der Vollmachtsurkunde die Erteilung weiterer Ausfertigungen gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG von der gemeinsamen Antragstellung durch alle Beteiligte abhängig gemacht wird, oder – die sachgerechtere Lösung – daß in der vorbezeichneten Wirksamkeitsklausel der unmittelbare Besitz einer namentlich und ausdrücklich dem handelnden Vertreter *als Bevollmächtigten* gemäß § 49 Abs. 2 BeurkG erteilten Ausfertigung der Vollmachtsurkunde verlangt wird. Die jeweiligen Ausfertigungsvermerke müßten in diesen Fällen selbstverständlich danach unterscheiden, ob einem Beteiligten eine Ausfertigung als Vollmachtgeber oder Bevollmächtigter des anderen Beteiligten erteilt wird. Entsprechendes gilt, wenn eine Person in einer Urkunde von mehreren Vollmachtgebern bevollmächtigt wird.

Die Wirksamkeitsklausel in der Vollmachtsurkunde könnte wie folgt lauten:

*„Die Vollmacht ist nur wirksam, soweit und solange der jeweilige Bevollmächtigte bei der Vornahme einer jeden Vertreterhandlung im unmittelbaren Besitz einer namentlich und ausdrücklich ihm als Bevollmächtigten des jeweiligen Vollmachtgebers (gemäß § 49 II BeurkG) erteilten Ausfertigung der vorliegenden Vollmachtsurkunde ist.“*

Der entsprechende Ausfertigungsvermerk müßte dann wie folgt formuliert werden:

*„Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit  
Herrn A, ...,  
als Bevollmächtigten von Frau A  
antragsgemäß erteilt.“*

Ein weiterer Vorteil der vorstehenden Regelung liegt darin, daß mögliche Streitigkeiten über den genauen Zeitpunkt einer infolge Vollmachtswiderrufs erfolgten Rückgabe i.S. des § 172 Abs. 2 BGB vermieden werden. Denn ohne die Klausel genügt nach den Gesetzesmaterialien<sup>16</sup> und der h.M.<sup>17</sup> die einmalige Vorlage der Urkunde beim ersten Rechtsgeschäft mit dem Dritten, auf die dann bei jedem weiteren Vertretergeschäft mit demselben Geschäftspartner Bezug genommen werden kann. Zwar trägt in diesen Fällen der Bezugnahme der Dritte allein das Risiko, daß die Vollmachtsurkunde inzwischen dem Vollmachtgeber zurückgegeben worden ist<sup>18</sup>; jedoch sind Streitigkeiten über den genauen Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses wie der Urkundenrückgabe vorprogrammiert, die mit vorstehender Wirksamkeitsklausel vollständig vermieden werden. Denn hier hat der Geschäftspartner zu beweisen, daß der Vertreter zum Zeitpunkt des Abschlusses eines jeden Vertretergeschäftes im unmittelbaren Besitz einer dem Vertreter als solchen erteilten Ausfertigung war.

<sup>11</sup> Vgl. oben Fn. 5.

<sup>12</sup> Weder nützt ihm der gute Glaube, wenn dies nicht geschehen ist, noch schadet ihm die Annahme, es sei nicht geschehen, wenn es in Wahrheit der Fall ist; § 173 BGB spricht ausdrücklich nur vom „Erlöschen der Vertretungsmacht“; vgl. auch MünchKomm/Schramm (Fn. 4), § 173 Rdnr. 2.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Soergel/Leptien (Fn. 7), § 172 Rdnr. 4, § 173 Rdnr. 3.

<sup>14</sup> Vgl. Staudinger/Schilken (Fn. 8), § 173 Rdnr. 4.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu auch für den Bereich der Vorsorgevollmacht: Müller, DNotZ 1997, 100 (110 f.) m.w.N.; Bühler, BWNotZ 1990, 1 ff.; Limmer, ZNotP 1998, 322 (324); ausführlich: Perau, MittRhNotK 1996, 285 (297 f.).

<sup>16</sup> Mot. I 239.

<sup>17</sup> Staudinger/Schilken (Fn. 8), § 172 Rdnr. 5 m.w.N. Die gegenteilige Meinung von Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 171 ff. hat sich nicht durchgesetzt.

<sup>18</sup> Vgl. Soergel/Leptien (Fn. 7), § 172 Rdnr. 4.

Gleiches gilt für die Frage, ob dem Vertreter die vorgelegte Ausfertigung mit Willen des Vollmachtgebers erteilt bzw. ausgehändigt wurde. Hierfür trägt nach der Gesetzeslage der Geschäftspartner keine Beweislast<sup>19</sup>. Dafür spricht eine Vermutung. Der am Bestand des Vertretergeschäfts interessierte Geschäftspartner braucht daher nur zu behaupten, der Vertreter sei mit Wissen und Willen des Vollmachtgebers in den Besitz der vorgelegten Ausfertigung gelangt, selbst wenn diese in ihrem Vermerk nicht den vorliegenden Vertreter benennt. Diese Behauptung müßte der Vollmachtgeber widerlegen. Knüpft dagegen die Wirksamkeit der Vollmacht gleich von vorneherein an den unmittelbaren Besitz einer Ausfertigung an, die in ihrem Vermerk nach § 49 Abs. 2 BeurkG ihren Besitzer als Bevollmächtigten bezeichnet, ist die Frage ohne jede Bedeutung, ob und wie sich der Vertreter gegebenenfalls, insbesondere nach erfolgter Rückgabe „seiner“ Ausfertigung gemäß § 172 Abs. 2 BGB den unmittelbaren Besitz einer weiteren, nicht ihm als Bevollmächtigten erteilten Ausfertigung verschafft hat – denn diese Ausfertigung genügt eben nicht.

### III. Zerstörung des Rechtsscheins bei unfreiwilligem Verlust der Ausfertigung

Ferner ist zu beachten, daß die Rechtsscheinwirkung gemäß § 172 Abs. 2 BGB nur wegfällt, wenn die Urkunde dem Vollmachtgeber vom Bevollmächtigten *mit dessen Willen* zurückgegeben wird<sup>20</sup>. D.h. es wäre nicht ausreichend, wenn beispielsweise der Ehemann die seiner Ehefrau als seiner Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung, die regelmäßig in der gemeinsamen Wohnung und vielleicht sogar in der gemeinsamen Dokumentenmappe verwahrt sein wird, ohne ihr Wissen an sich nehmen oder ihr gar in einem Gerangel gegen ihren Widerstand entreißen würde. Weigert sich daher der Bevollmächtigte, die Ausfertigung freiwillig an den Vollmachtgeber herauszugeben, so ist dieser gezwungen, seinen entsprechenden Herausgabeanspruch aus § 175 BGB gerichtlich, nötigenfalls im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchzusetzen, oder die Ausfertigung, wenn der Vertreter – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr in ihrem Besitz ist bzw. sie unauffindbar ist, im zeitaufwendigen Verfahren nach § 176 BGB<sup>21</sup> für kraftlos erklären zu lassen.

Selbst wenn es dem Vollmachtgeber zumindest gelingen sollte, sich eigenmächtig den unmittelbaren Besitz der Ausfertigung zu verschaffen oder diese zu vernichten bzw. sonst unbrauchbar zu machen, würde dies zwar nicht in jedem Fall für das Erlöschen der Rechtsscheinvollmacht nach § 172 Abs. 2 BGB genügen; die wie auch immer herbeigeführte Beendigung des unmittelbaren Besitzes des Vertreters an der Ausfertigung würde jedoch zu einer aus der Vollmachtsurkunde selbst erkennbaren Unwirksamkeit der Vollmacht führen, wenn deren Wirksamkeit mit der vorstehend vorgeschlagenen Wirksamkeitsklausel eben gerade ausdrücklich vom unmittelbaren Besitz einer namentlich auf den Bevollmächtigten als solchen lautenden Ausfertigung abhängig gemacht wird. Auch dieser Gedanke spricht für die vorgeschlagene Lösung.

<sup>19</sup> Vgl. *Soergel/Leptien* (Fn. 7), § 173 Rdnr. 4; s. auch oben Fn. 12.

<sup>20</sup> *MünchKomm/Schramm* (Fn. 4), § 172 Rdnr. 12; *Soergel/Leptien* (Fn. 7), § 172 Rdnr. 5; *Staudinger/Schilken* (Fn. 8), § 172 Rdnr. 9.

<sup>21</sup> i.V.m. §§ 204 ff. ZPO.

### IV. Rückgabe der Ausfertigung

Enthält eine Vollmachtsurkunde auch noch andere Erklärungen, insbesondere die Bevollmächtigung einer oder mehrerer weiterer Personen oder die Bevollmächtigung durch einen weiteren Vollmachtgeber, so kann von einem Bevollmächtigten, wenn lediglich seine Vollmacht bzw. nur die Vollmacht eines von mehreren Vollmachtgebern widerrufen wird, nach § 175 BGB grundsätzlich nur die Vorlage der Urkunde zur Anbringung eines das Erlöschen der entsprechenden Vollmacht kennzeichnenden Vermerks verlangt werden<sup>22</sup>. Ob dies so auch für eine dem Vertreter ausdrücklich als Bevollmächtigten eines bestimmten Vollmachtgebers erteilte Ausfertigung gilt, wenn hinsichtlich der anderen Bevollmächtigten, deren Vollmacht nicht widerrufen wurde, bzw. hinsichtlich des anderen Vollmachtgebers, der seine Vollmacht nicht widerrufen hat, mit entsprechendem Vermerk versehene Ausfertigungen erteilt wurden, läßt sich anhand der einschlägigen Literatur<sup>23</sup> und Rechtsprechung<sup>24</sup> nicht mit Bestimmtheit sagen.

Angesichts des Umstandes jedoch, daß zum einen aufgrund der vorgeschlagenen Wirksamkeitsklausel dem unmittelbaren Besitz einer dem Besitzer als Bevollmächtigten erteilten Ausfertigung entscheidende Bedeutung zukommt, und zum anderen in Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist, inwieweit der Herausgabeanspruch nach § 175 BGB auch gegenüber Dritten besteht<sup>25</sup>, empfiehlt es sich, daß der Vollmachtgeber die Ausfertigung nicht dem Bevollmächtigten, sondern sich selbst aushändigen läßt, bei der Übergabe an den Bevollmächtigten nur den Besitz, nicht das Eigentum an der Urkunde überträgt und zur Vermeidung gutgläubigen Erwerbs folgende Bestimmung mit in die Vollmachtsurkunde aufnehmen läßt:

*„Die einem Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung bleibt Eigentum des (jeweiligen) Vollmachtgebers, der die Herausgabe der Ausfertigung jederzeit und ohne Angabe von Gründen von jedem Besitzer verlangen kann, ohne daß diesem ein Zurückbehaltungsrecht oder ein sonstiges Recht zum Besitz an der Ausfertigung gegenüber dem Vollmachtgeber zusteht.“*

Durch diese Regelung wird dem jeweiligen Vollmachtgeber zusätzlich zum Herausgabeanspruch aus § 175 BGB, im Rahmen dessen es auf die Eigentumsverhältnisse nicht ankommt, der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB an die Hand gegeben, indem in einer den gutgläubigen Erwerb ausschließenden Weise dem Vollmachtgeber das Eigentum an der Ausfertigung vorbehalten und jedem Besitzer dieser Ausfertigung die Möglichkeit genommen wird, dem jederzeit und ohne Angabe von Gründen möglichen Herausgabeverlangen des Eigentümers ein stärkeres Recht zum Besitz entgegenzuhalten, da ein Dritter kein stärkeres Recht zum Besitz haben kann als derjenige, dem der Eigentümer den Besitz übertragen hat (§ 986 Abs. 2 BGB). Ohne diese ausdrückliche Eigentumszuordnung wird dagegen derjenige Eigentümer der Ausfertigung, dem sie gemäß § 49 Abs. 2 BeurkG erteilt

<sup>22</sup> BGH, NJW 1990, 507 (508) m.w.N.; *Staudinger/Schilken* (Fn. 8), § 175 Rdnr. 3; *Erman/Brox*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 175 Rdnr. 2.

<sup>23</sup> Vgl. insbesondere die mehrdeutige Formulierung bei *MünchKomm/Schramm* (Fn. 4), § 175 Rdnr. 2 f.

<sup>24</sup> Vgl. BGH, NJW 1990, 507 (508).

<sup>25</sup> Dafür: *Erman/Brox* (Fn. 22), § 175 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 3), § 175 Rdnr. 1; *MünchKomm/Schramm* (Fn. 4), § 175 Rdnr. 2 f.; differenzierend *Soergel/Leptien* (Fn. 7), § 175 Rdnr. 4; dagegen: *Staudinger/Schilken* (Fn. 8), § 175 Rdnr. 5.

wird<sup>26</sup>. Zwar kommt der Vollmachtsurkunde bzw. ihrer Ausfertigung gerade im Hinblick auf die Regelung des § 172 BGB die Funktion einer „Verbriefung“ der Vollmacht zu, so daß man überlegen könnte, § 952 BGB zumindest entsprechend auf die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde mit der Folge anzuwenden, daß das Eigentumsrecht an dieser Ausfertigung dem Bevollmächtigten nur solange zusteht, als ihm das in der Ausfertigung „verbriefte“ Recht, d.h. die Vertreterbefugnis bis zu ihrem Widerruf zusteht. Von der ganz h.M.<sup>27</sup> wird jedoch die Anwendung des § 952 BGB auf Ausfertigung gerichtlicher Entscheidungen oder notarieller Urkunden sogar

---

<sup>26</sup> *Staudinger/Gursky* (Fn. 8), § 952 Rdnr. 6; *Huhn/von Schuckmann*, *BeurkG*, 3. Aufl. 1995, § 49 Rdnr. 11; *Mecke/Lerch*, *BeurkG*, 2. Aufl. 1991, § 49 Rdnr. 3; OLG München, *DNotZ* 1954, 552; *Ertl*, *DNotZ* 1967, 339 (359). Die Eigentumsfrage ist im übrigen die einzige Rechtsfolge, die in der beurkundungsrechtlichen Literatur im Zusammenhang mit der nach § 49 Abs. 2 *BeurkG* vorgeschriebenen Benennung des Bevollmächtigten im Ausfertigungsvermerk diskutiert wird.

<sup>27</sup> *Staudinger/Gursky* (Fn. 8), § 952 Rdnr. 6 m.w.N.

dann grundsätzlich abgelehnt, wenn sie eine Forderung verbrieft. Ein die oben aufgezeigten Unzulänglichkeiten des § 175 BGB ausschließender Schutz des Vollmachtgebers kann daher nur mit der vorgeschlagenen Regelung des Eigentums an der Ausfertigung erreicht werden.

## V. Ergebnis

Enthält eine Vollmachtsurkunde aufgrund der Besonderheiten ihrer Erteilung und ihres Inhalts mehrere – teilweise auch gegenseitige – Bevollmächtigungen, so können die sich hieraus im Hinblick auf § 172 BGB ergebenden besonderen Gefahren vermieden werden, wenn bereits in der Vollmachtsurkunde die Wirksamkeit der Bevollmächtigung vom unmittelbaren Besitz einer namentlich und ausdrücklich auf den Bevollmächtigten als solchen lautenden Ausfertigung abhängig gemacht und dem Vollmachtgeber durch Vorbehalt des Eigentums an der Ausfertigung ein jederzeitiger, jedes vorrangige Recht zum Besitz ausschließender Anspruch auf Herausgabe der Ausfertigung gegenüber jedem ihrer Besitzer eingeräumt wird.

# Die Tücken von Pflichtteilklauseln

Anmerkung zum Beschluß des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 30.10.1998, 3 W 116/98  
(in diesem Heft S. 293)<sup>1</sup>

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

## I. Problemstellung

Der vom OLG Zweibrücken entschiedene Fall betrifft die Auslegung einer Pflichtteilklausel. Ehegatten mit Kindern aus verschiedenen Ehen hatten sich in einem Erbvertrag gegenseitig zu Erben eingesetzt und zum Schluß als Erben des Längerlebenden die fünf Kinder zu gleichen Teilen: Die zwei Kinder der Ehefrau aus deren erster Ehe und die drei des Ehemannes aus dessen früherer (also Ehegattenerbvertrag in der Form des „Berliner“ Testaments, §§ 2280, 2269 BGB). Desweiteren verfügten sie folgende Pflichtteilklausel:

„Sollte ein Abkömmling beim Tod des Zuerstversterbenden von uns seinen Pflichtteil geltend machen und erhalten, so scheidet er für sich und seine Rechtsnachfolger als Erbe des Überlebenden von uns aus.“

Der Ehemann verstarb vor der Ehefrau. Seine drei Kinder machten bei der Ehefrau, der Alleinerbin, ihren Pflichtteilsanspruch geltend. Noch bevor dieser erfüllt wurde, verstarb auch die Ehefrau. Die fünf Kinder streiten darüber, ob alle fünf nun Erben der Ehefrau wurden oder durch die Pflichtteilgeltendmachung die Erbeinsetzung der drei Kinder des vorverstorbenen Mannes entfallen ist und statt dessen die zwei leiblichen Kinder der Ehefrau deren alleinige Erben wurden. Dies hängt von der Auslegung der Pflichtteilklausel ab.

## II. Auslegung der Pflichtteilklausel

Pflichtteilklauseln sind weitverbreitet. Sie dienen der Abwehr des Störfaktors Pflichtteil, gerade bei der klassischen Nachfolgeregelung in der Form des Berliner Testaments<sup>2</sup>. Bei Kindern aus verschiedenen Ehen ist dabei die Gefahr der Pflichtteilgeltendmachung bereits bei Eintritt des ersten Erbfalls relativ groß. Dies hängt zum einen mit der rechtstatsächlichen Gegebenheit zusammen, daß die Solidarität solch einseitiger Kinder mit dem überlebenden „Stiefelternteil“ geringer ist: Die menschlichen Bindungen sind i.d.R. nicht so stark wie bei den leiblichen Eltern, denen man aus Pietät eher bereit ist, den Pflichtteil zu erlassen. Zum anderen beruht dies darauf, daß auch durch eine Schlußerbeneinsetzung der hier getroffenen Art die meist bezweckte Gleichstellung der Kinder aus verschiedenen Ehen nicht verwirklicht werden kann (dazu unten II 2 b (2)), und daher die Kinder des Erstversterbenden u.U. trotzdem zur Pflichtteilgeltendmachung gezwungen werden, zumal hier ein besonderes Mißtrauen gegenüber dem Stiefelternteil besteht, daß er vielleicht die gesamte Erbschaft noch „durchbringt“.

Bei den Pflichtteilklauseln sind verschiedene Ausgestaltungen möglich<sup>3</sup>. Im vorliegenden Fall wurde eine *automatisch* eintretende *Ausschlußklausel* verwendet. Diejenigen Abkömmlinge, die nach dem Eintritt des ersten Erbfalls durch ihre Pflichtteilgeltendmachung den Tatbestand der Pflichtteilklausel verwirklichen, sind damit von der Schlußerfolge ausgeschlossen.

Hier bestand der objektive Tatbestand der Pflichtteilklausel nach dem klaren Wortlaut der Anordnung aus zwei Merkmalen: Der Pflichtteilsanspruch mußte nach dem Tod des Erstversterbenden von einem Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht und auch erhalten worden sein, damit die Enterbung eingreift. Bis zum Tod der Ehefrau war aber nur das erste Tatbestandsmerkmal, die Pflichtteilgeltendmachung, erfüllt. Das Landgericht hatte daher angenommen, daß die insoweit klare und eindeutige Pflichtteilsverwirkungsklausel nicht eingreifen könne, da es an dem Erfordernis des „Erhaltens“ des Pflichtteilsanspruchs fehle. Zu Recht hat aber das OLG diese Bestimmung als auslegungsfähig und -bedürftig angesehen<sup>4</sup>. Denn es stellt sich die Frage, ob das zweite Tatbestandsmerkmal des „Erhalts des Pflichtteils“ nicht auch noch nach dem Tode des längerlebenden Ehegatten eintreten kann und damit die zunächst eingetretene Schlußerfolge der den Pflichtteil nach dem ersten Erbfall verlangenden Kinder rückwirkend entfällt. Dies ist eine Auslegungsfrage, die nach dem realen Willen beider Ehegatten<sup>5</sup> und – soweit dieser nicht zu ermitteln ist – nach deren hypothetischen Willen zu beurteilen ist. Regelmäßig werden die Ehegatten sich allerdings hierüber keine Gedanken gemacht haben, so daß es hier auf die Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens ankommt.

### 1. Auslegungsmöglichkeiten: Nur Pflichtteilerhalt bis zu zweiten Todesfall „schädlich“?

Es gibt hier zwei Auslegungsmöglichkeiten: Wollten die Ehegatten die Schlußerbeneinsetzung auch hinsichtlich der Abkömmlinge entfallen lassen, die ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Erstverstorbenen geltend machten, aber erst nach dem Tod des Längerlebenden erhalten haben? Oder sollte der Tod des längerlebenden Ehegatten eine Zäsur dahingehend darstellen, daß auch eine danach eingetretene Pflichtteilserfüllung die Erbeinsetzung dieser Abkömmlinge nicht mehr entfallen lassen konnte? Demgegenüber ist die vom OLG angegebene weitere Überlegung, daß auch ein späteres Abstandnehmen der Pflichtteilsberechtigten von der Geltendmachung

<sup>1</sup> Vgl. auch die Anmerkung von Loritz ZEV 1999, 187.

<sup>2</sup> Dazu etwa Lübbert NJW 1988, 2706; MünchKommBGB/Leipold, BGB, 3. Aufl., 1997, § 2074 Rdnrn. 26 ff.; Soergel/Loritz, BGB, 12. Aufl., 1992, § 2075 Rdnrn. 8 ff.; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Bearbeitung 1998, § 2269 Rdnrn. 54 ff.; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rdnr. 596; Weirich, Erben und Vererben, 4. Aufl., 1998, Rdnrn. 917 ff.

<sup>3</sup> Zur Typisierung der verschiedenen Ausgestaltungen: Weirich (Fn. 2); J. Mayer, in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl., 1999, Systematischer Teil, E Rdnrn. 94 ff.

<sup>4</sup> So auch Loritz (Fn. 1).

<sup>5</sup> Bei der Auslegung vertragsmäßiger Verfügungen eines Erbvertrags ist auf den übereinstimmend erklärten Willen beider Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, und zwar so, wie sie den Vertrag und seinen Wortlaut übereinstimmend verstanden haben, vgl. BGH NJW 1984, 721; BGH FamRZ 1983, 380; Palandt/Edenhofer, BGB, 58. Aufl., 1999, Überbl. 8 v § 2274 m.w.N.

zu berücksichtigen sei, keine selbständige Auslegungsalternative<sup>6</sup>. Wird von dem Auszahlungsverlangen abgegangen, so entfällt das zweite, erforderliche Tatbestandsmerkmal der Pflichtteils Klausel.

## 2. Auslegungsüberlegungen

### a) Wortinterpretation

Daß auch durch einen Erhalt des Pflichtteils erst nach dem Tod des längerlebenden Ehegatten eine Verwirkung der Erbenstellung eintreten kann, entspricht schon dem *Wortlaut* der Pflichtteils Klausel<sup>7</sup>. Denn diese enthält keine zeitliche oder sachliche Einschränkung dahingehend, daß nur bis zum Eintritt des Todes des längerlebenden Ehegatten eine Verwirkung der Erbenstellung am Nachlaß des Längerlebenden eintreten soll. Und eine Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs ist auch nach dem Tod beider Ehegatten noch möglich, wie das OLG richtigerweise selbst betont. Daß der Eintritt der Bedingungen solcher Verwirkungsklauseln noch nach dem Eintritt des Erbfalls möglich ist, ist allgemein anerkannt, wie das OLG Zweibrücken selbst zu Recht ausführt<sup>8</sup>. Es kommt in solchen Fällen somit zu einer (konstruktiven) *Vor- und Nacherbfolge*<sup>9</sup>. Und es wird auch überwiegend vertreten, daß der Anwendungsbereich der Verwirkungsklausel nicht mit dem Tod des überlebenden Ehegatten endet, gerade wenn beide kurz nacheinander versterben<sup>10</sup>.

### b) Teleologische Interpretation

Entscheidend für die Auslegung sind aber die mit der Anordnung der Klausel verfolgten Zwecke. Dies kommt bei den Überlegungen des OLG nur zum Schluß zum Ausdruck. Allgemein dienen die Pflichtteils Klauseln folgenden Zwecken<sup>11</sup>:

- *Entlastung* des längerlebenden Ehegatten von der Pflichtteilsauszahlung und den damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen
- *Vermeidung* einer ungerechten *Bevorzugung* des Kindes, das vorzeitig seinen Pflichtteil verlangt
- *Belohnung* der „loyalen Kinder“, die den letzten Willen respektieren, durch Sicherung der als angemessen betrachteten Nachlaßbeteiligung.

Die beiden letztgenannten Gesichtspunkte werden oftmals auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichstellung der Abkömmlinge dargestellt, was aber nicht das gleiche sein muß.

#### (1) Der Entlastungszweck der Pflichtteils Klausel

Was den ersten Aspekt der „*Entlastungsfunktion*“ angeht, sollte dieser hier nicht zu voreilig abgelehnt werden. Zwar ließe sich dies damit begründen, daß nach dem reinen Wortlaut der verwandten Klausel der längerlebende Ehegatte ge-

rade einem Pflichtteilsverlangen ausgesetzt sein konnte, ohne daß dies zur Verwirkung der Schlußerbenstellung führen mußte, wenn und solange der Pflichtteil nur nicht ausgezahlt wurde. Die Klausel schützte ihrem reinen Wortlaut nach somit den Längerlebenden nur von den Nachteilen, die durch den Vermögensabfluß infolge der Pflichtteilserfüllung für ihn eintreten. Nicht aber schützte sie ihrem Wortlaut nach vor den Belastungen, die durch die bloße Pflichtteilsgeltendmachung entstehen. Aber auch diese dürfen nicht unterschätzt werden, beschweren sie doch den Pflichtteilsschuldner i.d.R. ganz erheblich und beeinträchtigen ihn in persönlicher Weise durch die Drohung mit Klageerhebung, Zwangsvollstreckung, oftmals sehr scharf gehaltenen Anwaltsschreiben mit mitunter auch persönlichen Vorwürfen, sowie der menschlichen Enttäuschung über das „illoyale Verhalten.“ Dazu kommen die Belastungen, die mit der Geltendmachung von Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch (§ 2314 BGB) verbunden sind. All diese „Vorwirkungen“ belasten insbesondere ältere Menschen oftmals in einer Weise, die für sie persönlich wesentlich einschneidender sein können, als die bloße Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs selbst, der z.B. bei einem kleineren Nachlaß für einen vermögendere Ehegatten gar nicht so ins Gewicht fällt. I.d.R. liegen Pflichtteilsgeltendmachung und Pflichtteilserfüllung zeitlich nicht so weit auseinander und belasten den längerlebenden Ehegatten. Im hier gegebenen Ausnahmefall lag es wegen des kurz nacheinander erfolgten Versterbens der Ehegatten anders. Es ist daher im Wege einer ergänzenden Auslegung zu ermitteln, ob der Entlastungszweck nicht auch hier dazu führen müßte, daß die Sanktionswirkung der Pflichtteils Klausel eingreifen muß, was zu bejahen ist. Dies hätte sogar dazu führen können, daß das bloße Pflichtteilsverlangen bereits zum sofortigen Eingreifen der Klausel hätte führen können, was das OLG am Vorliegen eines entsprechenden Anhalts i.S.d. Andeutungstheorie in der Erbvertragsurkunde hat scheitern lassen.

Bei dieser Auslegung kommt m.E. aber der mit der besonderen Fassung dieser Pflichtteils Klauseln verfolgte weitere Zweck zu kurz. Daß neben der bloßen Pflichtteilsgeltendmachung auch noch das Merkmal des „Erhalts des Pflichtteils“ als kumulatives Tatbestandselement eingefügt wurde, hatte mit ziemlicher Sicherheit steuerliche Gründe. Die Pflichtteilsgeltendmachung kann bei größeren Nachlässen zu einer ganz erheblichen *erbschaftsteuerlichen Entlastung* führen, da der geltend gemachte Pflichtteil (aber erst ab der Geltendmachung) bei der Berechnung der steuerbaren Bereicherung des längerlebenden Ehegatten mindernd in Abzug gebracht werden kann (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) und umgekehrt bei dem Abkömmling selbst zu einem steuerfreien Erwerb führt, soweit die Freibeträge § 16 ErbStG nicht überschritten werden. Freibeträge werden also dann nicht verschenkt. Es kann daher durchaus angezeigt sein, gerade beim Berliner Testament die Möglichkeiten der Pflichtteilsgeltendmachung zur Verringerung der Pflichtteilsbelastung einzusetzen<sup>12</sup>. Dabei wurde überwiegend mit einer bloßen Pflichtteilsgeltendmachung (damit dieser als Abzugsposten gegengerechnet werden kann) und anschließenden Stundung des Pflichtteilsanspruchs gearbeitet. Die Stundung wurde deshalb gewählt, weil damit der längerlebende Ehegatte durch eine finanzielle Auszahlung nicht zu sehr belastet wurde<sup>13</sup>. Die

<sup>6</sup> Ebenso Loritz (Fn. 1).

<sup>7</sup> Etwas anderes ergäbe sich nur, wenn man aus der Wendung „beim Tod des Zuerstversterbenden“ eine zeitliche Einschränkung sehen würde, was aber zu weit geht.

<sup>8</sup> Vgl. etwa nur OLG Stuttgart OLGZ 1979, 52 = DNotZ 1979, 104. Man denke auch nur an die Wiederverheirathungsklauseln, bei denen ebenfalls durch ein Verhalten des Erben nach Eintritt des Erbfalls (Wiederverheirathung), seine Erbeinsetzung ganz oder teilweise wegfällt.

<sup>9</sup> MünchKommBGB/Leipold § 2074 RdnR. 9.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart OLGZ 1979, 52; Lübbert NJW 1988, 2706, 2713. Eine einschränkende Auslegung befürwortet allerdings von Ols-hausen DNotZ 1979, 723, dazu unter b (2).

<sup>11</sup> Lübbert NJW 1988, 2706, 2708 f.; J. Mayer MittBayNot 1996, 80.

<sup>12</sup> Eingehend dazu Dressler NJW 1997, 2848, 2850; J. Mayer ZEV 1998, 50, 54.

<sup>13</sup> Zu den sich aus der Stundung ergebenden nachteiligen einkommensteuerlichen Folgen nach § 12 Abs. 3 BewG s. J. Mayer ZEV 1998, 50, 53; Ebeling NJW 1998, 358.

Wendung „und erhalten“ könnte daher durchaus im Wege einer Analogie als Anhaltspunkt dafür verstanden werden, daß bereits die Pflichtteilsforderung gegen den Willen des längerlebenden Ehegatten zur Verwirkung der Schlußerbensstellung führen mußte. Daher wurde vielfach in der notariellen Praxis in der Art formuliert, wie in dem entschiedenen Fall. Leider zeigt sich, daß die Gerichte von den diffizilen Überlegungen, die in der Kautelarjurisprudenz angestellt werden müssen, mitunter zu wenig konkrete Vorstellungen haben. Daß damit in „zivilrechtlicher Sicht“ zu kurz gegriffen wird, wenn man dem OLG Zweibrücken folgt, zeigt der vorliegende Rechtsstreit und muß auch die Gestaltungspraxis zu einem Überdenken ihrer Formulierungen zwingen<sup>14</sup>.

## (2) Sicherung der gleichmäßigen Vermögensteilhabe

Daneben sind auch die anderen Zwecke dieser Klauseln zu berücksichtigen, die einer möglichst gleichmäßigen Vermögensverteilung zwischen den Schlußerben dienen sollen. Diejenigen Kinder, die bei einem Berliner Testament bereits nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ihren Pflichtteil fordern, sollen nicht gegenüber denjenigen begünstigt werden, die sich zunächst loyal verhalten und dann im Schlußerbfall die ihnen zugedachte Erbquote zwar erhalten, aber wirtschaftlich gekürzt um den Pflichtteil, den die anderen bereits zuvor abgeschöpft haben. Diese Gleichstellungsüberlegung findet sich auch und gerade bei letztwilligen Anordnungen von Ehegatten, die Kinder aus verschiedenen Ehen haben<sup>15</sup>. *Loritz* hält diesen Zweck für den maßgeblichen bei diesen Klauseln<sup>16</sup>. Indes läßt sich gerade bei dieser Sachlage die Gleichstellung vielfach so nicht verwirklichen. Und zwar immer dann nicht, wenn bereits der gesetzliche Pflichtteil der einseitigen Kinder des längerlebenden Ehegatten größer ist, als die ihnen zugedachte Schlußerbenquote. Dies hat *von Olshausen* deutlich herausgearbeitet<sup>17</sup>, und dies wird auch im vorliegenden Fall deutlich. Erben der längerlebenden Ehefrau E sollten alle fünf Kinder zu gleichen Teilen werden. Von diesen fünf Schlußerben waren aber nur B 1 und B 2 die Kinder der Ehefrau. Dies bedeutete, daß der ihnen zugedachte Erbteil von je  $\frac{1}{5}$  unter der ihnen zustehenden Pflichtteilsquote von je  $\frac{1}{4}$  lag. Sie hatten also zusätzlich zu dem ihnen hinterlassenen Erbteil noch einen *Pflichtteilsrestanspruch* nach § 2305 BGB von je  $\frac{1}{20}$  und erhielten also wertmäßig unter dem Strich insgesamt je  $\frac{1}{4}$ , während die drei Kinder des vorverstorbenen Ehemannes insgesamt auch nur die Hälfte des Nachlasses erhielten, also um  $\frac{1}{5}$  zu wenig als ihnen nach der Erbvertragsbestimmung zugedacht war. Auch wenn sich also die Kinder des Erstversterbenden loyal verhalten hätten und die Pflichtteils Klausel also ihre Abschreckungswirkung hätte verwirklichen können, wäre die gewünschte Gleichstellung durch diese Anordnung nicht erreicht worden. Ja umgekehrt, wenn der Nachlaß des erstverstorbenen Ehemannes besonders groß gewesen wäre, wären seine einseitigen Kinder eigentlich gehalten gewesen, wenigstens gleich ihren Pflichtteil zu fordern, um zu verhindern, daß die Kinder der Ehefrau aus der Pflichtteils Klausel einen besonders großen Vorteil ziehen können. Die Pflichtteils Klausel kann also gleichsam zur Falle werden, weil sie nicht ausreichend juristisch beratene Kin-

der des Erstverstorbenen von der Pflichtteilsgeltendmachung abhält, die aber in deren wohlverstandenen Interesse an sich geboten wäre. Und gegen diese Gefahren hilft auch die berühmte „Jastrow'sche Klausel“ nichts<sup>18</sup>.

Im Einzelfall kann es bei *Vorliegen besonderer Umstände* allerdings auch möglich sein, daß durch die gezielte Geltendmachung des Pflichtteils nach dem erstverstorbenen Ehegatten der von ihnen intendierte Gleichstellungszweck gerade verwirklicht worden wäre, weil damit die Tücken des Pflichtteilsrestanspruchs der Kinder des Erstversterbenden hätten überwunden werden können. So kann es bei entsprechender Größe der beiderseitigen Nachlässe so liegen, daß unter Einrechnung des geltendgemachten Pflichtteilsanspruchs aus dem Nachlaß des Erstversterbenden und dem am Nachlaß des Längerlebenden hinterlassenen Erbteil von je  $\frac{1}{5}$  die von den Ehegatten gewollte Gleichstellung zu erzielen gewesen wäre. Dann hätte die Pflichtteils Klausel u. U. (sieht man das Gleichstellungsmotiv als das überwiegende an) *einschränkend ausgelegt* werden müssen, um die Schlußerbeneinsetzung der Kinder des erstversterbenden Ehegatten aufrecht zu erhalten. Wäre ihr Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des Vaters zu groß gewesen und hätte daher die Summe von Erb- und Pflichtteil den Wert des zugedachten Erbteils von  $\frac{1}{5}$  überschritten, hätte man an eine Anrechnung des Pflichtteilsanspruchs auf den Erbteil im zweiten Erbfall zur Wahrung der gleichmäßigen Beteiligung denken können. All diese Überlegungen, die *von Olshausen*<sup>19</sup>, auf den das OLG allgemein Bezug nimmt, in scharfsinniger Weise dargelegt hat, hätten jedoch die genaue Kenntnis von Größe und Wert der beiden Nachlässe vorausgesetzt.

Aber dies wären letztlich nur Zufallstreffer gewesen, wenn die Pflichtteilsgeltendmachung in Verbindung mit einer einschränkenden Auslegung der Pflichtteils Klausel die beabsichtigte Gleichstellung hätte erreichen können. Das Gleichstellungsmotiv kann daher für die Auslegung der Pflichtteils Klausel weder in dem einen noch in dem anderen Sinne herangezogen werden, da es im Ansatz verfehlt ist.

Maßgeblich für die Auslegung müssen daher letztlich der Entlastungszweck sein, und daß die Kinder des Längerlebenden letztlich durch eine noch größere Erbbeteiligung „belohnt“ werden sollen, wenn sich die Abkömmlinge des Erstverstorbenen gegen die letztwillige Anordnung der Ehegatten auflehnen, mag es sich dabei auch um eine – wie dargestellt – teilweise verunglückte Nachlaßplanung handeln. Und dies spricht dafür, daß auch noch nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten die Schlußerbensstellung verwirkt sein kann und daher die Kinder des Erstversterbenden nur auflösend bedingte Vorerben sind.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem bloßen Wortlaut der Verwirkungsklausel. Wer sich demgegenüber darauf beruft, daß nur der Pflichtteilserhalt bis zum Eintritt des zweiten Todesfalls die Schlußerbeneinsetzung beseitigen kann, muß einen solchen vom Wortlaut abweichenden Willen als Ausnahmetatbestand beweisen<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Dies gilt auch für meinen in MittBayNot 1996, 80, 82 gemachten Vorschlag.

<sup>15</sup> BayObLGZ 1994, 164, 168 = ZEV 1995, 191 m. Anm. *Hofstetter*.

<sup>16</sup> Fn. 1.

<sup>17</sup> DNotZ 1979, 707, 708 ff.

<sup>18</sup> Eingehend hierzu *J. Mayer* ZEV 1995, 135, 138.

<sup>19</sup> DNotZ 1979, 707, 719 ff.

<sup>20</sup> *Loritz* (Fn. 1) kritisiert zu Recht, daß das OLG Zweibrücken für seine Prüfungsanweisungen anläßlich der Zurückverweisung nicht angesprochen hat, wie im Falle eines „non liquet“ zu verfahren wäre, also wenn kein hypothetischer Wille der Erblasser festzustellen gewesen wäre.

### III. Gestaltungsüberlegungen

#### 1. Formulierung von Pflichtteilklauseln

Der vorliegende Fall zeigt, daß bei der Formulierung von Pflichtteilklauseln auf der Tatbestandsseite äußerst vorsichtig gearbeitet werden muß. Dabei spricht viel dafür, daß keine automatisch wirkenden Sanktionsklauseln verwendet werden, um auf die Besonderheiten des Einzelfalles besser reagieren zu können<sup>21</sup>. Wer die automatisch wirkende Variante trotzdem wählt, sollte sich allerdings die Möglichkeiten der Pflichtteilsgeltendmachung zur Reduzierung der Erbschaftsteuer offen halten und darf für das Eingreifen der Pflichtteilklauseln nicht allein auf die bloße Pflichtteilsgeltendmachung abstellen, um nicht die Schlußerbenstellung ungewollt zu gefährden. Da ein Anknüpfen an den zusätzlichen Erhalt des Pflichtteils – folgt man dem OLG Zweibrücken – problematisch sein kann, könnte hinsichtlich der Tatbestandsseite im Anschluß an *Dressler*<sup>22</sup> wie folgt formuliert werden:

„Verlangt ein Abkömmling nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils entgegen dem Willen des Längerlebenden von uns seinen Pflichtteil, so ...“

Dabei wird durch die Verwendung des Tatbestandsmerkmals „gegen den Willen des Längerlebenden“ immer noch sehr viel an Unsicherheiten und Beweisschwierigkeiten in die Welt gesetzt.

#### 2. Pflichtteilklauseln sind kein vollständiges Gleichstellungsinstrument

Einfache Pflichtteilklauseln der vorliegenden Art sind selbst bei Vorhandensein von nur gemeinsamen Abkömmlingen generell nicht geeignet, eine gleichmäßige Beteiligung der Abkömmlinge zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere, wenn der Nachlaß des erstversterbenden Elternteils wesentlich größer ist als der des Längerlebenden, denn dann erhält er über den ihm zwei mal zustehenden Pflichtteil u.U. mehr als aus der Schlußerbenstellung<sup>23</sup>. Diese Klauseln wollen primär abschrecken und nicht so sehr umverteilen.

#### 3. Gleichstellung einseitiger Abkömmlinge beim Berliner Testament durch besondere Vermächtnisanordnung?

Aber auch durch eine *Vermächtnisanordnung* bereits auf den ersten Todesfall wird sich die vollständige Gleichstellung nur

in Ausnahmefällen lösen lassen<sup>24</sup>. Eine solche Vermächtnisbestimmung müßte so formuliert sein, daß diese – zusammen mit der Schlußerbensetzung, gegebenenfalls unter Anrechnung des hieraus erlangten Vorteils – die einseitigen Abkömmlinge völlig gleichstellt. Soweit eine ungleiche Zahl von Kindern vorliegt, muß über diese Vermächtnisanordnung der Pflichtteilsrestanspruch der Kinder des Längerlebenden entsprechend verringert werden, was grundsätzlich möglich ist, da das bereits im ersten Todesfall angeordnete Vermächtnis dem im zweiten Todesfall erst entstehenden Pflichtteil vorgeht. Selbst wenn man eine ausreichend klare Formulierung entwickeln könnte, so scheitert in Fällen unterschiedlich großer Nachlaßgrößen die Gleichstellung auch hier:

Ist der Nachlaß des längerlebenden Ehegatten wesentlich größer als der des Erstversterbenden, so kann im Extremfall zwar das Vermächtnis der Kinder des Erstverstorbenen auf seinen gesamten hinterlassenen Nachlaß und darüber hinaus ausgedehnt werden. Dann ist aber der Nachlaß des Erstversterbenden überschuldet und bei der Berechnung des Pflichtteilsrestanspruchs der Abkömmlinge des Längerlebenden mit „Null“ anzusetzen; die vom Erstversterbenden herrührenden Vermächtnisanordnungen können also nicht die gewünschte Reduzierung des Pflichtteils der Abkömmlinge des Längerlebenden im zweiten Erbfall bringen<sup>25</sup>. Ist der Nachlaß des Erstversterbenden wesentlich größer, so müssen die Abkömmlinge des Längerlebenden hieran bereits über Vermächtnisse entsprechend beteiligt werden. Wird dadurch in den Pflichtteil der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten eingegriffen, so werden diese sich vielfach veranlaßt sehen, trotzdem ihren Pflichtteil dann gleich geltend zu machen. Die gilt insbesondere dann, wenn sie im zweiten Erbfall aufgrund der Schlußerbensetzung kaum mehr erhalten oder aber befürchten müssen, daß der längerlebende Ehegatte das ererbte Vermögen „durchbringt“. Das Pflichtteilsrecht setzt auch diesen Pflichtteilklauseln somit Grenzen, die nicht völlig überwunden werden können. Zumal sich die Wertverhältnisse der beiden betroffenen Nachlaßmassen nicht vorhersehen lassen.

Letztlich wird man die gewünschte Gleichstellung nur über beschränkte Pflichtteilsverzichte, u.U. mit Sicherstellungen des künftigen Erwerbs, erreichen können, soweit die Pflichtteilsberechtigten zu deren Abgabe bereit sind.

Die gleichmäßige Nachlaßbeteiligung einseitiger Kinder im Rahmen eines Berliner Testaments ist eine nicht lösbare Aufgabe!

<sup>21</sup> Die automatisch wirkende Pflichtteilklausel ist allerdings dann von Vorteil, wenn der längerlebende Ehegatte infolge Testierunfähigkeit keine Änderung mehr machen kann oder wenn der Pflichtteilsanspruch – wie im Fall von OLG Stuttgart OLGZ 1979, 52 – erst nach dem Tod beider Ehegatten geltend gemacht wird.

<sup>22</sup> NJW 1997, 2848, 2850.

<sup>23</sup> Vgl. die tabellarische Berechnung bei *J. Mayer*, in *Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3) Systematischer Teil E Rdnr. 109.

<sup>24</sup> Anders aber von *Olshausen* DNotZ 1979, 707, 713 ff.

<sup>25</sup> Eingehend von *Olshausen* DNotZ 1979, 707, 717 f.

# Kapitalumstellung von GmbHs auf Euro durch Kapitalerhöhung von maximal 9,99 Euro

Von Notarassessor *Georg Mehler*, Bayreuth, und Diplom-Mathematiker *Michael Birner*, Universität Bayreuth

## I. Die Problemkonstellation

Seit Inkrafttreten des EuroEG am 1.1.1999 sieht sich die notarielle Praxis zunehmend mit der Frage konfrontiert, ob und insbesondere wie das Stammkapital einer GmbH und die Stammeinlagen ihrer Gesellschafter auf Euro umgestellt und vor allem geglättet werden sollen. Wie die Erfahrung zeigt und auch zu erwarten war<sup>1</sup>, verlangen die Gesellschafter, wenn sie sich zu einer Euro-Umstellung entschlossen haben, sogleich immer auch eine Glättung der durch die bloße Umstellung entstehenden krummen Euro-Beträge, wobei diese sog. Euro-Glättung in der Vielzahl der Fälle im Wege der Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages der bestehenden Stammeinlagen erfolgen wird<sup>2</sup>.

Hierbei gilt es zwei sich meist<sup>3</sup> widerstreitende Prämissen in Einklang bzw. zumindest zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Zum einen wird den Gesellschaftern (insbesondere denen einer typischen Standard-GmbH mit einem Stammkapital von 50.000 DM) grundsätzlich, d.h. sofern nicht ohnehin eine Kapitalerhöhung beabsichtigt war, daran gelegen sein, die zur Glättung erforderliche Kapitalerhöhung betragsmäßig so gering wie rechtlich möglich zu halten. Auf der anderen Seite werden die Gesellschafter aber auch nicht bereit sein, dafür eine wesentliche Verschiebung der Verhältnisse ihrer Anteile zueinander in Kauf zu nehmen.

Aufgrund satzungsmäßiger oder sonstiger<sup>4</sup> Gegebenheiten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer exakten Verteilung bzw. Verhältnismäßigkeit der an die Beteiligungsquote gekoppelten Stimmrechte und -mehrheiten kann es notwendig sein, daß letzterem Gesichtspunkt, d.h. einer hundertprozentigen Identität der Beteiligungsverhältnisse vor und nach der Glättung absolute Priorität in der Weise einzuräumen ist, daß bereits eine Abweichung der Beteiligungsverhältnisse im Bereich der zweiten Kommastelle unerwünschte Folgen und Auswirkungen nach sich zieht. In diesen Fällen hat die Kapitalerhöhung zum Zwecke der Glättung verhältnismäßig zu erfolgen.

Besondere Rechenkünste zur Ermittlung derart exakt proportional geglätteter Anteile sind nicht mehr erforderlich: *Schneider* hat in NJW 1998, 3158 eine Formel zur Berech-

nung einer betragsmäßig möglichst geringen, jedoch absolut verhältnismäßigen Kapitalerhöhung veröffentlicht und verständlich erläutert<sup>5</sup>. Diese Formel wurde mittlerweile vom Bundesjustizministerium in Verbindung mit der Juristischen Fakultät der Universität Düsseldorf in ein Rechenprogramm umgesetzt, das auf der Internet-Seite<sup>6</sup> des Bundesjustizministeriums kostenfrei zum Down-Load angeboten wird.

Der Preis für eine hundertprozentige Identität der Beteiligungsverhältnisse kann jedoch sehr und mitunter auch zu hoch sein. Wie das folgende Rechenbeispiel zeigt, kann die Anwendung der Berechnungsformel von *Schneider* auch bereits bei ganz normalen (alltäglichen) Beteiligungskonstellationen zu der maximalen (= 95,583%igen) Kapitalerhöhung führen, die in der bloßen Umstellung der Beträge im Verhältnis 1:1 (eine DM wird ein EUR) besteht.

Beispiel: ABCD-GmbH

Bei der ABCD-GmbH mit einem Stammkapital von 53.100 DM und vier Gesellschaftern mit Stammeinlagen zu 26.500 DM, 13.300 DM, 8.800 DM und 4.500 DM läßt sich bei Anwendung der „Schneider-Formel“ eine Glättung auf durch 50 EUR teilbare Stammeinlagen nur erreichen, wenn das Stammkapital von 53.100 DM auf 53.100 EUR, d.h. also um 25.950,40 EUR (= 50.754,57 DM = 95,583% des ursprünglichen Stammkapitals) erhöht wird.

Bei der Vielzahl der in der notariellen Praxis vorkommenden Gesellschaften werden die Gesellschafter nicht willens und meist auch nicht in der Lage sein, eine bis zu 95,583%-ige Kapitalerhöhung allein zum Zwecke und aus Anlaß einer Euro-Glättung durchzuführen. In den meisten Fällen wird das auch nicht notwendig sein, da eine hundertprozentige, bis auf die letzte Kommastelle genaue Identität der Beteiligungsverhältnisse nur selten aus den oben geschilderten Gründen zwingend notwendig ist und von den Gesellschaftern unbedingt verlangt werden wird.

Kann – wie wohl bei den meisten kleinen und mittelständischen Gesellschaften – eine Abweichung der jeweiligen Beteiligungsquote eines Gesellschafters von maximal 0,04% hingenommen werden<sup>7</sup>, so garantiert die im Folgenden vorgestellte Formel unabhängig von der Höhe des Stammkapitals und der Anzahl der Gesellschafter, daß der gesamte zur Glättung erforderliche Kapitalerhöhungsbetrag maximal 9,99 EUR beträgt, wenn die geglätteten Geschäftsanteile gemäß § 86

<sup>1</sup> Vgl. *Waldner* ZNotP 1998, 490 [491].

<sup>2</sup> Eine derartige Aufstockung ist jedoch im Hinblick auf § 22 GmbHG nur zulässig, wenn die aufzustockenden Geschäftsanteile voll eingezahlt sind und keine Nachschußpflicht besteht oder die aufzustockenden Geschäftsanteile noch von den Gründungsgesellschaftern gehalten werden; hierzu sowie zu den verschiedenen sonstigen rechtlichen Möglichkeiten einer Euro-Glättung vgl. *Waldner* a.a.O.; *Kopp/Heidinger*, Notar und Euro, DNotI Schriftenreihe, Würzburg 1999; *Kopp* MittBayNot 1999, 161; *Görk* DNotI-Report 4/99, S. 32 ff. u. 9/99, S. 83; zur kostenrechtlichen Behandlung: *Waldner* a.a.O. und *Tiedtke* MittBayNot 1999, 166.

<sup>3</sup> Kein Problem ergibt sich, wenn alle Stammeinlagen im gleichen Verhältnis zueinander stehen (z. B.  $\frac{1}{2} : \frac{1}{2}$ ).

<sup>4</sup> Z.B. wenn verschiedene (Familien-)Stämme exakt gleich oder jeweils nur in einer ganz bestimmten Höhe an der Gesellschaft beteiligt sein sollen.

<sup>5</sup> Vgl. nun auch *Theile/Köhler* GmbH 1999, 516, deren verhältnismäßige Formel ebenfalls – wie die von *Schneider* – mit dem größten gemeinsamen Teiler (ggT) arbeitet.

<sup>6</sup> <http://www.bmj.bund.de/euro/gmbh.htm>; vgl. auch *Görk* DNotI-Report 9/99, S. 83; die Formel von *Theile/Köhler* (vgl. die vorangehende Fn.) ist ebenfalls als Software (jedoch ohne Möglichkeit zum Down-Load) im Internet verfügbar unter: <http://www.gmbhr.de/gmbh-dm-euro.html>.

<sup>7</sup> Die Abweichung der Beteiligungsquote bei der im Folgenden vorgestellten Formel beträgt maximal: Euroteilbarkeit ( $T_{EU} = 10, 50$  oder mehr) geteilt durch das geglättete Stammkapital ( $SK_n$  in EUR (=  $T_{EU}/SK_n$ ); wenn  $T_{EU} = 10$  und  $SK_n = 25.000$  EUR, dann beträgt die maximale Abweichung: 0,04%. Somit wird die Abweichung der Beteiligungsverhältnisse um so geringer, je höher das Stammkapital ist.

Abs. 1 S. 4 GmbHG durch zehn teilbar sein sollen (Euroteilbarkeit  $T_{EU} = 10$ ). Soll im Hinblick insbesondere auf § 47 Abs. 2 und § 17 Abs. 4 GmbHG eine Euroteilbarkeit von 50 ( $T_{EU} = 50$ ) gegeben sein, so beträgt die maximale Kapitalerhöhung 49,99 EUR bei einer maximalen Abweichung der jeweiligen Beteiligungsquote von 0,2%.

Beispiel: ABCD-GmbH

Bei der ABCD-GmbH könnten die Stammeinlagen ihrer Gesellschafter anhand der im folgenden vorgestellten Berechnungsmethode bereits mit einer Kapitalerhöhung in Höhe von insgesamt nur 0,40 EUR (= 40 Cent!)<sup>8</sup> sowohl bei  $T_{EU} = 10$  als auch bei  $T_{EU} = 50$  geglättet werden, wenn man eine Abweichung der jeweiligen Beteiligungsquote (BQ) von lediglich maximal 0,036% bei  $T_{EU} = 10$  und maximal 0,0032% bei  $T_{EU} = 50$  in Kauf nehmen kann und will.

## II. Berechnungsformel<sup>9</sup>

Die hier vorgestellte Methode rundet zunächst das in EUR exakt umgerechnete Stammkapital auf den nächsten durch 10 EUR bzw. 50 EUR teilbaren Betrag auf. Die Anpassung der einzelnen Stammeinlagen erfolgt dann unter der minimalen Änderung der Beteiligungsverhältnisse.

### 1. Die Rechenschritte im Einzelnen

Zur konkreten Berechnung sind die folgenden Schritte durchzuführen. Dabei wird jeder Schritt zur Veranschaulichung sogleich auf eine „Bsp-GmbH“ mit einem Stammkapital von 50.000 DM angewandt, deren vier Gesellschafter (A, B, C, D) Geschäftsanteile<sup>10</sup> mit Stammeinlagen zu 20.000 DM, 15.700 DM, 10.600 DM und 3.700 DM halten, wobei von einer Euroteilbarkeit von  $T_{EU} = 10$  ausgegangen wird<sup>11</sup>:

- a) Als erstes ist das Stammkapital vor der Glättung ( $SK_v$ ) in EUR umzurechnen bzw. – wie das Gesetz in § 86 GmbH sagt – umzustellen:

$$a = (SK_v / 1,95583) \text{ EUR}$$

Bsp-GmbH:

$$a = 50.000 / 1,95583 \text{ EUR} = 25.564,59 \text{ EUR} [25.564,59 \text{ EUR}]$$

- b) Sodann ist dieser vorläufige Betrag a (= Stammkapital vor Glättung in EUR) durch die gewählte Euroteilbarkeit

$T_{EU}$  (10, 50 oder jede andere durch 10 teilbare ganze Zahl<sup>12</sup>) zu dividieren<sup>13</sup>:

$$b = a / T_{EU}$$

Bsp-GmbH:

$$b = 25.564,59 / 10 \text{ EUR} = 2.556,46 \text{ EUR} [511,29 \text{ EUR}]$$

- c) Nun findet die eigentliche Glättung des Stammkapitals statt: Das in b) erhaltene Ergebnis ist einfach auf die nächst größere ganze Zahl aufzurunden, sofern b nicht bereits eine ganze Zahl ist:

$$c = rd(b)$$

Bsp-GmbH:

$$c = rd(2.556,46 \text{ EUR}) = 2.557 \text{ EUR} [512 \text{ EUR}]$$

- d) Multipliziert man diesen Betrag c wieder mit der gewählten Euroteilbarkeit  $T_{EU}$ , so erhält man das „neue“, d.h. das geglättete Stammkapital nach der Glättung in EUR (=  $SK_n$ )

$$d (= SK_n) = c * T_{EU}$$

Bsp-GmbH:

$$d (= SK_n) = 2.557 \text{ EUR} * 10 = 25.570 \text{ EUR} [25.600 \text{ EUR}]$$

- e) Der Betrag, um den das Stammkapital zum Zwecke der Euro-Glättung insgesamt zu erhöhen ist, entspricht der Differenz zwischen dem im vorstehenden Absatz d) ermittelten Stammkapital nach Glättung in EUR (=  $SK_n$ ) und dem in Absatz a) einfach nur in EUR umgestellten Stammkapital vor der Glättung (= a)

$$e (= \text{KapErh}) = d - a$$

Bsp-GmbH:

$$e = 25.570 \text{ EUR} - 25.564,59 \text{ EUR} = 5,41 \text{ EUR} [35,41 \text{ EUR}]$$

- f) Nun erfolgt die Anpassung der einzelnen Stammeinlagen, indem man zunächst den in Absatz c) gewonnenen Wert c durch das ursprüngliche Stammkapital in DM ( $SK_v$ ) dividiert; dieser Faktor f gibt das Verhältnis des geglätteten, jedoch noch durch die Euroteilbarkeit ( $T_{EU}$ ) geteilten Stammkapitals in EUR ( $SK_n / T_{EU}$ ) zu dem ursprünglichen Stammkapital in DM ( $SK_v$ ) an:

$$f = c / SK_v$$

Bsp-GmbH:

$$f = 2.557 \text{ EUR} / 50.000 \text{ DM} = 0,05114 \text{ EUR/DM} [0,01024 \text{ EUR/DM}]$$

- g) Multipliziert man jeweils die einzelnen Stammeinlagen in DM ( $SE_{v,i}$ ) mit dem in Absatz f) berechneten Verhältnisfaktor f, so werden die Stammeinlagen jeweils in EUR umgerechnet; sie sind jedoch noch durch die Euroteilbarkeit ( $T_{EU}$ ) geteilt. Bisher sind die Teilungsverhältnisse der Gesellschafter unverändert geblieben.

$$g_i = f * SE_{v,i}$$

Bsp-GmbH:

$$g_A = 0,05114 \text{ EUR/DM} * 20.000 \text{ DM} = 1.022,800 \text{ EUR} [204,800 \text{ EUR}]$$

$$g_B = 0,05114 \text{ EUR/DM} * 15.700 \text{ DM} = 802,898 \text{ EUR} [160,768 \text{ EUR}]$$

$$g_C = 0,05114 \text{ EUR/DM} * 10.600 \text{ DM} = 542,084 \text{ EUR} [108,544 \text{ EUR}]$$

$$g_D = 0,05114 \text{ EUR/DM} * 3.700 \text{ DM} = 189,218 \text{ EUR} [37,888 \text{ EUR}]$$

- h) Es folgt die Glättung der Stammeinlagen: Es gilt die in g) berechneten Werte der noch durch die Euroteilbarkeit ( $T_{EU}$ ) geteilten Stammeinlagen in EUR ( $g_i$ ) richtig zu run-

<sup>8</sup> Im Gegensatz zu 25.950,40 EUR bei Anwendung der *Schneider*-Formel!

<sup>9</sup> Eine Link zum Down-Load der Software, die die hier vorgestellte Berechnungsmethode zur Euro-Glättung im direkten Vergleich zur Formel von *Schneider* in ein Rechenprogramm umsetzt, ist zum Down-Load auf der Internet-Seite des Bayerischen Notarvereins e.V. (<http://www.notare.bayern.de>) für Anfang September 1999 vorgesehen.

<sup>10</sup> Soweit irgend möglich empfiehlt es sich, vor der Euro-Glättung jeweils alle Geschäftsanteile, die von einem Gesellschafter gehalten werden, zu einem einzigen Geschäftsanteil zu vereinigen, so daß jeder Gesellschafter idealerweise nur einen Geschäftsanteil hält, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen und keine steuerlichen Bedenken oder in Hinblick auf spätere Teilabtretungen Bedenken hinsichtlich der Erlangbarkeit der Genehmigung nach § 17 GmbHG bestehen (vgl. auch unten Fn. 22).

<sup>11</sup> Die Beträge, die sich bei einer Euroteilbarkeit von  $T_{EU} = 50$  ergeben, stehen jeweils sogleich dahinter in eckigen Klammern.

<sup>12</sup> Vgl. § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG.

<sup>13</sup> Dies bedeutet, daß man nicht in EUR rechnet, sondern sich eine fiktive dritte Währung wählt, deren Umrechnungskurs gerade der gewählten Euroteilbarkeit  $T_{EU}$  entspricht (z.B. 10 EUR entsprechen genau einer neuen Währungseinheit).

den. Dazu werden zunächst (nur) die sog. Nachkommastellen aus g) addiert. Als Ergebnis erhält man eine ganze Zahl  $m$ .

$$m = \sum_{i=1}^n g_i - \text{int}(g_i)$$

Bsp-GmbH:

$g_A =$	1.022,800 EUR	[204,800 EUR]
$g_B =$	802,898 EUR	[160,768 EUR]
$g_C =$	542,084 EUR	[108,544 EUR]
$g_D =$	+ 189,218 EUR	[ 37,888 EUR]
$m =$	<u>2,000</u>	[ <u>3,000</u> ]

- i) Jetzt werden diejenigen in Absatz g) errechneten Stammeinlagen ( $g_i$ ), deren Nachkommastelle jeweils zu den  $m$  größten gehört, auf die nächste ganze Zahl *aufgerundet*<sup>14</sup>,

$$i_i = \text{rd}(g_i)$$

während die übrigen Stammeinlagen, deren Nachkommastelle jeweils *nicht* zu den  $m$  größten gehört, *abgerundet* werden.

$$i_i = \text{int}(g_i)$$

Bsp-GmbH:

Die Stammeinlagen mit den  $m$  größten, d.h. den 2 größten [3 größten] Nachkommastellen (d.h.  $g_B$  und  $g_A$  [und  $g_D$ ]) werden *aufgerundet*:

$i_A = \text{rd}(g_A =$	1.022,800 EUR)	= 1.023 EUR	[205 EUR]
$i_B = \text{rd}(g_B =$	802,898 EUR)	= 803 EUR	[161 EUR]
$[i_D = \text{rd}(g_D =$	37,888 EUR)	=	38 EUR]

Die übrigen Stammeinlagen, deren Nachkommastelle nicht zu den  $m$  größten, d.h. den 2 größten [3 größten] zählt (d.h.  $g_C$  und  $g_D$  [nur  $g_C$ ]) werden *abgerundet*:

$i_C = \text{rd}(g_C =$	542,084 EUR)	= 542 EUR	[108 EUR]
$i_D = \text{rd}(g_D =$	189,218 EUR)	= 189 EUR	

- j) Multipliziert man schließlich die in vorstehendem Absatz i) gerundeten Stammeinlagen  $i_i$  wieder mit der Euroteilbarkeit ( $T_{EU}$ ), so ergeben sich die „neuen“, d.h. die geglätteten Stammeinlagen in EUR ( $SE_{n,i}$ ), deren Summe dem in Absatz d) ermittelten geglätteten Stammkapital ( $SK_n$ ) entspricht.

$$j_i (= SE_{n,i}) = i_i * T_{EU}$$

Bsp-GmbH:

$j_A (= SE_{n,A}) =$	1.023 EUR * 10	= 10.230 EUR	[10.250 EUR]
$j_B (= SE_{n,B}) =$	803 EUR * 10	= 8.030 EUR	[ 8.050 EUR]
$j_C (= SE_{n,C}) =$	542 EUR * 10	= 5.420 EUR	[ 5.400 EUR]
$+ j_D (= SE_{n,D}) =$	189 EUR * 10	= 1.890 EUR	[ 1.900 EUR]
$SK_n =$		<u>25.570 EUR</u>	[25.600 EUR]

- k) Um schließlich die Beträge zu ermitteln, um die die einzelnen Stammeinlagen aufgestockt bzw. – wie sich zeigen wird – auch teilweise herabgesetzt werden, ist zunächst die einzelne Stammeinlage vor der Glättung ( $SE_{v,i}$ ) jeweils auf EUR umzustellen, indem sie einfach durch den festgeschriebenen EUR-Kurs (1 EUR = 1,95583 DM) geteilt wird:

$$k_i = SE_{v,i} / 1,95583$$

Bsp-GmbH:

$k_A =$	20.000 DM / 1,95583 EUR/DM	= 10.225,84 EUR
$k_B =$	15.700 DM / 1,95583 EUR/DM	= 8.027,28 EUR
$k_C =$	10.600 DM / 1,95583 EUR/DM	= 5.419,69 EUR
$+ k_D =$	3.700 DM / 1,95583 EUR/DM	= 1.891,78 EUR

$$a = \underline{\underline{25.564,59 \text{ EUR}}}$$

- l) Den Aufstockungs- bzw. Herabsetzungsbetrag für die einzelne Stammeinlage erhält man dadurch, daß der im vorstehenden Absatz k) ermittelte Betrag der lediglich auf EUR umgestellten Stammeinlage ( $k_i$ ) jeweils von dem im Absatz j) ermittelten Betrag dieser Stammeinlage, wie er sich nach der Glättung in EUR ergibt ( $j_i = SE_{n,i}$ ), abgezogen wird:

$$l_i = j_i - k_i$$

Bsp-GmbH:

$l_A =$	10.230 EUR – 10.225,84 EUR	= + 4,16 EUR	[+ 24,16 EUR]
$l_B =$	8.030 EUR – 8.027,28 EUR	= + 2,72 EUR	[+ 22,72 EUR]
$l_C =$	5.420 EUR – 5.419,69 EUR	= + 0,31 EUR	[– 19,69 EUR]
$+ l_D =$	1.890 EUR – 1.891,78 EUR	= – 1,78 EUR	[+ 8,22 EUR]
$e (= \text{KapErh}) =$		<u>+ 5,41 EUR</u>	[+ 35,41 EUR]

## 2. Änderung der Beteiligungsquoten

Führt man die Glättung anhand der vorstehend dargestellten Vorgehensweise durch, so ändert sich – im Gegensatz zur verhältnismäßig Methode von *Schneider* – die Beteiligungsquote (= BQ)<sup>15</sup> des einzelnen Gesellschafters minimal, wie dies in der nachfolgenden Tabelle für die Bsp-GmbH dargestellt ist (siehe Tabelle unten).

Wie anhand der nachstehenden Tabelle jedoch eindrucksvoll deutlich wird, weicht die jeweilige Beteiligungsquote nach der durchgeführten Glättung (= BQ<sub>n</sub>) grundsätzlich nur so geringfügig<sup>16</sup> von der Beteiligungsquote vor Durchführung der Glättung (= BQ<sub>v</sub>) ab, daß diese minimale Änderung der Beteiligungsverhältnisse (= |BQ<sub>n</sub> – BQ<sub>v</sub>|) nur in den seltensten Fällen nicht hinnehmbar sein wird.

Bsp-GmbH	vor Euro-Glättung			nach Euro-Glättung				
	DM	EUR	BQ, [%]	Schneider-Formel		hier vorgestellte Formel		
				EUR	BQ, [%]	EUR	BQ <sub>n</sub> [%]	BQ <sub>n</sub> – BQ <sub>v</sub> [%]
Stammeinlage A	20.000,00	10.225,84	40,000	12.000,00	40,000	10.230,00	40,008	+ 0,008
Stammeinlage B	15.700,00	8.027,28	31,400	9.420,00	31,400	8.030,00	31,404	+ 0,004
Stammeinlage C	10.600,00	5.419,69	21,200	6.360,00	21,200	5.420,00	21,197	– 0,003
Stammeinlage D	3.700,00	1.891,78	7,400	2.220,00	7,400	1.890,00	7,391	– 0,009
Stammkapital	50.000,00	25.564,59	100,000	30.000,00	100,000	25.570,00	100,000	0,000

<sup>14</sup> Sind die Nullkommastellen von zwei oder mehreren Geschäftsanteilen gleich groß, und gehören dadurch mehr als  $m$  Geschäftsanteile zu den  $m$  größten, so kann unter den Geschäftsanteilen mit den gleich großen Nullkommastellen nach freiem Belieben bestimmt werden, welche(r) von ihnen zu den  $m$  größten Geschäftsanteilen gehören soll(en) und deshalb aufzurunden ist/sind.

<sup>15</sup> Die Beteiligungsquote (= BQ) des einzelnen Gesellschafters errechnet sich aus dem Verhältnis des Nominalwertes seines Geschäftsanteils zum Nominalwert des gesamten Stammkapitals in Prozent.

<sup>16</sup> Wie gesagt, maximal 0,04% wenn  $T_{EU} = 10$ , und maximal 0,2% wenn  $T_{EU} = 50$  (vgl. Fn. 7)!

### 3. Zusammenfassende mathematische Formeln

Die vorstehend unter II.1. dargestellten Rechenschritte lassen sich mathematisch mit folgenden Formeln kurz darstellen:

Die Schritte der Absätze II 1 a) bis II 1 g) können in folgender Formel zusammengefaßt werden:

$$g_i = \frac{\text{rd} \left( \frac{\text{SK}_v}{1,95583 * T_{\text{EU}}} \right)}{\text{SK}_v} * \text{SE}_{v,i}$$

Die Zahl  $m$  im Sinne des Absatzes II.1.h) errechnet sich wie folgt:

$$m = \sum_{i=1}^n g_i - \text{int}(g_i).$$

Ist danach gemäß Absatz II.1.i) aufzurunden, da die Nullkommastelle von  $\text{SE}_{n,i}$  zu den  $m$  größten gehört, so gilt:

$$\text{SE}_{n,i} = \text{rd}(g_i) * T_{\text{EU}},$$

Andernfalls, d.h. wenn nach Absatz II.1.i) abzurunden ist, gilt:

$$\text{SE}_{n,i} = \text{int}(g_i) * T_{\text{EU}}.$$

### III. Erläuterungen

Bei Anwendung der vorstehend in Abschnitt II. vorgestellten Berechnungsmethode kommt es zu einer „Abrundung“ eines oder mehrerer umgestellter Geschäftsanteile, wie dies im vorstehenden Rechenbeispiel bei der Bsp-GmbH hinsichtlich des Geschäftsanteils des Gesellschafters D<sup>17</sup> der Fall ist, dessen Stammeinlage um 1,78 EUR „abgerundet“ wird. Fraglich ist nun, wie diese – mathematisch notwendige – „Abrundung“ gesellschaftsrechtlich zu würdigen ist.

Zum einem könnte man darin eine Abtrennung eines Geschäftsanteils beim „abrundenden“ Gesellschafter in Höhe des abgerundeten Betrages (bei der Bsp-GmbH: 1,78 EUR) sehen, der sodann (ggfs. entsprechend anteilig) auf die anderen „nicht abrundenden“ Mitgesellschafter übertragen und jeweils mit deren entsprechend erhöhtem Geschäftsanteil vereinigt wird. Einer derartigen Teilung des abzurundenden Geschäftsanteils würde dann jedoch § 17 Abs. 4 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 GmbHG entgegenstehen, da zumindest zum Zwecke und für die Dauer der in derselben juristischen Sekunde erfolgenden Übertragung auf die erhöhenden Mitgesellschafter ein bzw. mehrere Anteile entstehen, die weder mindestens 100 EUR betragen (vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG), noch durch 50 EUR teilbar sind (vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Dagegen ließe sich jedoch einwenden, daß § 17 Abs. 4 GmbHG seinem Sinn und Zweck nach die erstmalige Bildung und insbesondere die Perpetuierung von Geschäftsanteilen verhindern will, deren Größe von den Vorgaben des § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG abweicht. Hier dient aber die zumindest gegen den Wortlaut des § 17 Abs. 4 GmbHG verstoßende Abtrennung eines nicht den Vorgaben des § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG entsprechenden Teils gerade der Beseitigung eines grundsätzlich gegen § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG verstoßenden und nach § 86 GmbHG nur ausnahmsweise gedul-

<sup>17</sup> Bei einer Euroteilbarkeit  $T_{\text{EU}} = 50$  trifft die „Abrundung“ den Geschäftsanteil des Gesellschafters C. Die betroffenen Geschäftsanteile sind in Absatz II.1.i) entsprechend fett markiert.

deten Zustandes, indem infolge dieser Teilung und der daran sogleich anschließenden Übertragung und Vereinigung Anteile gebildet werden, die den Vorgaben des § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG entsprechen.

Es kann jedoch dahin gestellt bleiben, ob § 17 Abs. 4 GmbHG aufgrund einer teleologischen Reduktion vorliegend nicht zur Anwendung kommt. Denn die „Abrundung“ ist auf jeden Fall auch als Kapitalherabsetzung anzusehen, auf die gemäß § 86 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GmbHG die Vorschrift des § 58 Abs. 1 GmbHG keine Anwendung findet, da zum einen durch die Herabsetzung die Nennbeträge zumindest<sup>18</sup> der/des jeweils „abgerundeten“ Geschäftsanteile(s) auf einen glatten Betrag nach § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG gestellt werden, und zum anderen sogleich eine Erhöhung des Stammkapitals durch Erhöhung der Nennbeträge der anderen „nicht abgerundeten“ Geschäftsanteile beschlossen und durchgeführt wird. Diese Erhöhung ist bei Anwendung der vorstehenden Formel auch zwingend<sup>19</sup> stets betragsmäßig größer als die aus der „Abrundung“ resultierende vorangegangene Kapitalherabsetzung, so daß es nicht darauf ankommt, ob § 86 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GmbHG entsprechend der h.M.<sup>20</sup> dahingehend auszulegen ist, daß das Stammkapital durch die Kapitalerhöhung mindestens auf den früheren Betrag wieder angehoben werden muß, auch wenn sich dies aus seinem Wortlaut nicht ausdrücklich ergibt.

Die Frage, ob die Rückzahlungsbeträge aus der Kapitalherabsetzung mit der Leistung der Bareinlagen der erhöhenden Gesellschafter aufgerechnet werden können, und inwieweit insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Hin- und Herzahlens die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage besteht<sup>21</sup>, stellt sich vorliegend nicht, da hier die die Kapitalherabsetzung auf ihre Geschäftsanteile „übernehmenden“ und die die Kapitalerhöhung auf ihre Stammeinlage übernehmenden Gesellschafter grundsätzlich<sup>22</sup> personenverschieden sind.

### IV. Formulierungsbeispiele<sup>23</sup>

Der Beschluß, mit dem (im obigen Beispielfall für die Bsp-GmbH) die mittels vorstehender Formel berechnete Kapitalherabsetzung und die sogleich darauf erfolgende Kapitalerhöhung zum Zwecke der Glättung der zuvor durch entsprechenden Beschluß auf EUR umgestellten Stammeinlagen beschlossen wird, könnte wie folgt formuliert werden:

„1. Vereinigung von Geschäftsanteilen<sup>24</sup>

Die Geschäftsanteile des Gesellschafters A (in Höhe von 15.000,00 DM und 5.000,00 DM) werden zu einem Geschäftsanteil zu 20.000,00 DM vereinigt.

<sup>18</sup> § 86 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GmbHG verlangt nicht, daß notwendig alle Nennbeträge gleichquotient herabgesetzt werden; vgl. *Kopp/Heidinger* a.a.O. S. 15 f. und S. 74 Fn. 23.

<sup>19</sup> Da das Stammkapital nach Berechnungsschritt c) stets erhöht wird, muß die Summe der Abrundungen betragsmäßig stets kleiner sein als die Summe der Erhöhungen.

<sup>20</sup> Vgl. *Kopp/Heidinger* a.a.O. S. 17; *Schick/Trapp* GmbH 1998, 209 [214].

<sup>21</sup> Vgl. hierzu sehr ausführlich: *Kopp/Heidinger* a.a.O. S. 17.

<sup>22</sup> Auch u.a. aus diesem Grund empfiehlt es sich im Rahmen der Euroglättung, vor dieser jeweils alle von einem Gesellschafter gehaltenen Geschäftsanteile zu einem einzigen Geschäftsanteil zu vereinen, so daß jeder Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil hält (vgl. auch Fn. 10).

<sup>23</sup> Vgl. *Kopp/Heidinger* a.a.O. S. 73 ff.

<sup>24</sup> Vgl. oben Fn. 10 und Fn. 22.

## 2. Umstellung auf Euro

Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 50.000,00 DM, die Nennbeträge der Geschäftsanteile der Gesellschafter sowie die Betragsangaben in der Satzung (mit Ausnahme des Gründungsaufwandes), werden auf Euro umgestellt. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt damit 25.564,59 EUR (gerundet).

## 3. Kapitalherabsetzung

Zum Zwecke der Anpassung des Stammkapitals und der einzelnen Geschäftsanteile an den Euro wird das Stammkapital der Gesellschaft um 1,78 EUR auf 25.562,81 EUR herabgesetzt, wobei der Geschäftsanteil des Gesellschafters D von 1.891,78 EUR (gerundet) auf 1.890,00 EUR herabgesetzt wird. Die Kapitalherabsetzung erfolgt durch entsprechende Teilrückzahlung der betroffenen Stammeinlage.

Dieser Beschluß über die Kapitalherabsetzung ist aufschiebend bedingt durch das wirksame Zustandekommen des nachfolgenden Beschlusses über die Kapitalerhöhung.

## 4. Kapitalerhöhung

Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 25.562,81 EUR wird sodann durch Erhöhung des Nennbetrages der vorhandenen Stammeinlagen der Gesellschafter A, B und C um insgesamt 7,19 EUR auf 25.570,00 EUR erhöht.

Die Kapitalerhöhung erfolgt durch Aufstockung der vorhandenen Stammeinlage

- des Gesellschafters A in Höhe von 10.225,84 EUR (gerundet) um 4,16 EUR auf 10.230,00 EUR,
- des Gesellschafters B in Höhe von 8.027,28 EUR (gerundet) um 2,72 EUR auf 8.030,00 EUR und
- des Gesellschafters C in Höhe von 5.419,69 EUR (gerundet) um 0,31 EUR auf 5.420,00 EUR.

Zur Übernahme der neuen Erhöhungsbeträge werden die Inhaber der aufzustockenden Stammeinlagen zugelassen. Die aufgestockten Beträge der Stammeinlagen werden zum Nennwert ausgegeben; sie sind in Geld zu erbringen und in voller Höhe zur Zahlung fällig. Sie sind vom Beginn des bei der Eintragung in das Handelsregister laufenden Geschäftsjahres am Gewinn der Gesellschaft beteiligt.

## 5. Satzungsänderung

§ .. der Satzung wird geändert und wie folgt neu gefaßt: „Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.570,00 EUR. Die Stammeinlagen sind in voller Höhe erbracht.“

§ .. der Satzung wird geändert und wie folgt neu gefaßt: „Je EUR 10 eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme.“

## 6. Übernahmeerklärung

Die vorstehend unter Absatz 4. zur Übernahme zugelassenen Personen erklären jeweils, daß sie die aufgestockte Stammeinlage entsprechend dem Kapitalerhöhungsbeschluß übernehmen.“

Die entsprechende Handelsregisteranmeldung könnte wie folgt formuliert werden:

„Unter Vorlage einer Ausfertigung der Urkunde des Notars N.N. vom heutigen Tage, URNr. ... sowie einer Bescheinigung des Notars gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG wird zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

Das Stammkapital der Gesellschaft, die Geschäftsanteile der Gesellschafter und die Betragsangaben in der Satzung (mit Ausnahme des Gründungsaufwandes) wurden auf Euro umgestellt. Aufgrund dieser Umstellung beträgt das Stammkapital der Gesellschaft 25.564,59 EUR (gerundet).

Dieses Stammkapital der Gesellschaft wurde zum Zwecke der Glättung der Beträge zunächst um 1,78 EUR auf 25.562,81 EUR herabgesetzt und sodann durch Erhöhung des Nennbetrages bisheriger Stammeinlagen um insgesamt 7,19 EUR auf 25.570,00 EUR erhöht. Insoweit wird Bezug genommen auf die in der eingangs bezeichneten Urkunde enthaltene Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom heutigen Tage.

§ .. (Stammkapital) und (Stimmrechtsverteilung) der Satzung sind geändert.

Es wird allseits versichert, daß die aufgestockten Stammeinlagen voll eingezahlt waren, daß auf diese die beschlossenen Aufstockungsbeträge in voller Höhe in Geld eingezahlt sind und sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden.

Dieser Anmeldung ist beigefügt die Liste der Übernehmer der durch die Kapitalerhöhung aufgestockten Stammeinlagen sowie eine aktuelle Liste der Gesellschafter mit Stand nach Eintragung der Kapitalveränderungen im Handelsregister.“

**Meikel, Grundbuchrecht, 8. Auflage, 1997 f., 4 Bände, Luchterhand Verlag, Neuwied, DM 1848,-.**

Kaum war die 7. Auflage komplett (begonnen immerhin schon 1986), erschien bereits die 8. Auflage. Notwendig wurde dies – nach dem Bekunden des Verlags – durch die Umwälzungen der Wiedervereinigung Deutschlands und die andere friedliche, nämlich die technische Revolution: Die EDV macht auch vor dem Grundbuch nicht mehr Halt. Auch in Deutschland gibt es jetzt vielerorts „Grundbuch-Online“. Eine Entwicklung, mit der die bei uns mitunter als langsam belächelten Österreicher bereits 1980 begannen (nachzulesen bei *Meikel/Göttlinger*, Vor §§ 126–134 Rdnr. 13 ff.). Durch das zügige Erscheinen der Neuauflage hat der „Meikel“ gegenüber einem „new-comer“ auf dem Markt die Nase vorn: Anfang dieses Jahres erschien im Beck Verlag ein neuer Großkommentar zum Grundbuchrecht, der „*Bauer/von Oefele*“, der sich in der Tradition des *Güthe/Triebel* sieht, seine praktische Bewährungsprobe aber erst noch zu bestehen hat.

Die seit der Voraufgabe weiter angewachsene Stofffülle machte es notwendig, daß auch die 8. Auflage in vier umfangreichen Bänden erscheint, die die eigentliche Kommentierung enthalten. Der kleine fünfte Band ist oft der wichtigste: Das Sachregister. Es ist im allgemeinen sorgfältig bearbeitet und gerade für den „schnellen Leser“ der Schlüssel zum Erfolg.

An der 8. Auflage haben 13 Bearbeiter mitgewirkt. Davon sind immerhin vier Notare, nämlich die Kollegen *Prof. Walter Böhringer*, *Prof. Dr. Günter Brambring*, *Harro Kraiss* und – als einziger bayerischer Notar – *Dr. Peter Lichtenberger*. Daneben findet sich eine ausgewogene Mischung anderer Autoren, insbesondere aus dem Kreise der Rechtspfleger und ihrer Ausbilder (*Bestelmeyer*, *Prof. Böttcher*, *Prof. Ebeling*, *Morvillius* und *Nowak*), aber mit *Prof. Dr. Herbert Roth* auch ein Hochschulordinarium und mit *Edgar Streck* ein Richter am BGH, sowie die Ministerialräte *Wienhold* (für die vermessungs- und katasterrechtlichen Fragen) und *Göttlinger* (EDV-Grundbuch).

Konzeption und Aufbau des vielfach bewährten „Meikel“ in dieser Zeitschrift darzustellen, hieße Eulen nach Athen tragen. Und in der Breite und Tiefe der Darstellung der grundbuchrechtlichen Probleme ist der „Meikel“ nach wie vor sicherlich unübertroffen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der ergänzend zur Grundbuchordnung bestehenden Durchführungsbestimmungen, nämlich der Grundbuchverfügung (auf über 520 Seiten besprochen), der Wohnungsgrundbuchverfügung und der neuen Gebäudegrundbuchverfügung vom 15.7.1994, die überwiegend von *Prof. Ebeling* erläutert wurden.

Im folgenden sollen nur einige Aspekte herausgehoben werden.

Was das (neudeutsche) „*handling*“ des Kommentars im wortwörtlichen Sinne betrifft, so ist das in der täglichen Praxis nicht immer ganz so einfach: Jeder Band weist eine Dicke von sechs bis sieben Zentimeter auf und wiegt zwischen 1,8 und 2 kg. Man muß also bei der Anschaffung Kraft und Bücherschrankskapazitäten einkalkulieren. Dafür ist das äußere Design, vor allem des Schutzumschlages, besonders gut gelungen. Und so macht der „Meikel“ auch im Regal schon

was her und ist damit jeder „CD-ROM“ überlegen. Der Fußnotenapparat ist je nach Verfasser unterschiedlich lang geraten. Sein „crescendo“ dürfte er bei *Böhringer* finden, ist dort aber sehr gewöhnungsbedürftig. Wenn bei § 47 GBO Rdnr. 234 nach der Fußnote 353 plötzlich im Text als nächste Fußnote 77 genannt wird, die Belegstelle hierfür aber 62 Seiten vorher abgedruckt ist, so mag dies zwar platzsparend sein, aber hängt jeden Leser geistig ab.

Wer Verfahrensrecht kommentiert, muß auch materielles Recht erörtern und das ganze in einen sinnvollen Kontext stellen. Der „*Meikel*“ macht dies dadurch, daß er mit einer „Einleitung“ beginnt, die allerdings 558 Seiten umfaßt. Diese ist durchwegs interessant und fast kurzweilig zu lesen. Insbesondere die Ausführungen zum *Katasterwesen* (Band I, S. 487), bearbeitet nunmehr von *Simmerding/Wienhold*, seien allen angehenden Notarassessoren empfohlen, stellt dieser Bereich doch für jeden, der im Notariat beginnt, Neuland dar. Informativ vor allem die Ausführung zur bewußten Tolerierung von Flächenabweichungen (I Rdnr. 90 ff.). Schon wegen der Notwendigkeit der Rundung des Messungsergebnisses können sich keine vollständig exakten Quadratmeterzahlen ergeben. In Bayern werden daher immerhin noch Flächenabweichung von bis zu 5 qm bei einer vermessenen Fläche von 1000 qm hingenommen! Dies sollten sich auch manche Richter vor Augen halten, die über entsprechende Prozesse bei Flächenabweichung zu entscheiden haben. Um so unverständlicher, daß sich in den Veränderungsnachweisen (entgegen der einschlägigen Verwaltungsvorschrift) immer noch Veräußerungen von 0,1 bis 0,5 qm finden, die dann zu beurkunden sind und ganz erhebliche Kosten auslösen, obgleich bei der Grundbucheintragung dann – infolge Abrundung – nichts herauskommt.

Ministerialrat *Göttlinger* als ausgewiesener Kenner der Materie hat die relativ neuen Bestimmungen zum *maschinell geführten Grundbuch* (§§ 126 – 134 GBO, §§ 61 – 93 GBV) eingehend kommentiert und damit wohl erstmalig wissenschaftlich vertieft aufbereitet. Hier bestehen zum einen rein technische Probleme. Dies gilt etwa für die ausreichende Datensicherung (§ 126 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GBO), bei der eine „tagesaktuelle Sicherung“ genügt. Ob hier wirklich auch alle technischen Probleme gelöst sind? Daneben bestehen auch Regelungen, die auf das materielle Grundstücksrecht Auswirkungen haben, wie § 129 GBO über das Wirksamwerden von Eintragungen (für den Rang der Rechte bedeutsam, § 879 Abs. 1 BGB). Beim maschinell geführten Grundbuch – bei dem es an einer Unterschrift der für die Grundbuchführung zuständigen Stelle fehlt – sind hierfür zwei Voraussetzungen erforderlich: Die Aufnahme in den für die Grundbucheintragung bestimmten Datenspeicher und die dauerhafte und unveränderte Wiedergabefähigkeit der abgespeicherten Daten in lesbarer Form (§ 129 GBO). Dies wird von *Göttlicher* genauso eingehend erörtert wie die Zulassung zum automatisierten Abrufverfahren nach § 133 GBO, das die meisten Leser dieser Zeitschrift schon hinter sich gebracht haben werden. Bei der Erläuterung des sog. „eingeschränkten Abrufverfahrens“ durch Banken hätte man sich allerdings auch eine ausführliche Darstellung gewünscht, ob das im Gesetz jetzt gewählte Verfahren das Geheimhaltungsinteresse der im Grundbuch eingetragenen Berechtigten, insbesondere das

verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ (dazu *Grziwotz* MittBayNot 1995, 97) genügend wahrt, trotz der Protokollierungspflicht nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 GBO und mindestens jährlicher Überprüfung (bei Banken durch das entsprechende Bundesaufsichtsamt, § 83 Abs. 3 GBV, soweit nicht eine besondere Kontrolle nach § 84 GBV durch die Zulassungsstelle erfolgt).

Äußerst wichtig auch die Ausführungen von *Brambring* zur Verwendung von *ausländischen Urkunden* im Grundbuchverkehr (§ 29 GBO Rdnr. 233 ff.), denn die „Globalisierung“ macht auch vor den Toren unser Grundbuchämter nicht Halt.

Der Einfluß des *öffentlichen Rechts* auf den Grundstücksverkehr und damit auch auf das Grundbuch wird immer größer (vgl. etwa *Michalski* MittBayNot 1988, 204; *Mössle* MittBayNot 1988, 213). Dem trägt leider der „Meikel“ nicht immer ausreichend Rechnung: Die verschiedenen Genehmigungsvorbehalte sowie die durch manche öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte verfügten Grundbuchsperrungen sollten zentral dargestellt werden, etwa bei § 20 GBO, wo man dies bei Rdnr. 261 ff. unter der Überschrift „Genehmigung von Behörden und Bescheinigungen“ vermuten würde. Stattdessen findet man detaillierte Ausführungen hierzu oftmals erst an anderer Stelle: etwa zu den landesrechtlichen Vorkaufsrechten bei § 20 GBO Rdnr. B 132, obgleich die Darstellung eigentlich nur für die neuen Bundesländer bestimmt ist. Ausführliche Erläuterungen zum Vorkaufsrecht nach dem BauGB erhält man allerdings in § 29 GBO Rdnr. 104 a (von *Brambring*).

Sehr ausführlich ist die Kommentierung des für den Landnotar so wichtigen § 49 GBO zum Leibgeding von *Böhringer*. Allerdings kann man auch hier nicht allen Ausführungen vorbehaltlos zustimmen. Bei der Definition des Leibgedingsbegriffs in den Rdnrn. 10 ff. hätte man sich einen klaren Hinweis darauf gewünscht, daß der BGH nunmehr einen gespaltenen Leibgedingsbegriff vertritt: Im Rahmen der landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen zu Art. 96 EGBGB sind die Anforderungen strenger (wenigstens teilweise die Existenz begründende Wirtschaftseinheit), als für den grundbuchrechtlichen Leibgedingsbegriff, bei dem dies im formalisierten

Eintragungsverfahren gar nicht geprüft werden kann. Also, nicht überall wo Leibgeding draufsteht, ist Leibgeding (i.S.d. Art. 96 EGBGB) drin. Ausführlich behandelt wird, in welchem Anteilsverhältnis die Altenteilsrechte bei mehreren Altenteilern bestellt werden können (§ 49 GBO Rdnr. 95 ff.). Hier wird die notarielle Praxis sicherlich ihre überkommenen Muster in Zukunft überdenken müssen. Gängige Praxis ist hier – wenn nicht eine Gütergemeinschaft vorliegt – daß für die übergebenden Ehegatten Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB vereinbart wird. Nachteilig kann hier sein, daß der Schuldner bereits durch Leistung an einen Ehegatten von seiner Verpflichtung frei wird (§ 428 S. 1 BGB), denn zwischen den Berechtigten bestehen dann nur (interne) Ausgleichsansprüche (§ 430 BGB). § 47 GBO Rdnr. 111 enthält die Warnung, daß bereits durch den Erlaß (§ 397 BGB) zwischen dem Schuldner und dem einen Gläubiger (also nur einem Ehegatten) alle Rechte beseitigt werden können, wenn der die Schuld erlassende Gläubiger zu einer Verfügung über die gesamte Forderung berechtigt ist. Hierbei wird nur auf eine Entscheidung des OLG Bremen (OLGZ 1987, 29) hingewiesen, die diesbezüglich sehr weitgehend ist. Demgegenüber hat der BGH (NJW 1986, 1861, 1862 zum Rechtsverhältnis zwischen Versicherer, wo es um viel Geld geht) festgestellt, daß „im Regelfall ein Gesamtgläubiger nicht das Recht hat, über die Forderung des anderen Gesamtgläubigers zu dessen Lasten zu verfügen“ (ebenso *Palandt/Heinrichs*, 58. Auflage, § 429 Rdnr. 1; *MünchKomm/Selb* § 429 Rdnr. 2). Die von *Böhringer* geforderte Abbedingung der Erlaßmöglichkeit, die die Übergabeverträge noch mehr überfrachten würde, ist demnach nicht erforderlich, zumal der Versorgungscharakter des Leibgedingsvertrags „per se“ dagegen spricht, daß ein Ehegatte dem anderen alles nehmen kann.

Trotz Detailkritik bleibt festzuhalten: Der „Meikel“ ist der Klassiker unter den Grundbuchkommentaren und für jeden unverzichtbar, der sich vertieft mit den grundbuchrechtlichen Fragen auseinandersetzen muß. Er ist quasi der „*Staudinger*“ für das formelle Liegenschaftsrecht.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

---

**Däubler, Das Zivilrecht – Ein Leitfadens durch das BGB, Band 1 und 2, rororo Aktuell 22173 und 22174, 1997, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 701 und 766 Seiten, je Bd. DM 26,90.**

*rororo* ...: Eine Buchbesprechung anderer Art? Nein, nur eine andere Zielgruppe ist heute in den Notariaten angesprochen. Die beiden Bände des *rororo* Aktuell Zivilrecht, wollen nicht den Notar, nicht den angehenden Notar und auch nicht den bereits in langjährigem Dienst stehenden Mitarbeiter ansprechen. Was vor uns liegt, ist weder ein Lehrbuch oder Kurzlehrbuch zum BGB; auch kein Kommentar oder Formular-Kommentar. Dies sind die gedanklichen Hilfsmittel, welche dem Notar und dem Leistungsbewußtsein seiner Mitarbeiter Leistungen auf höchster juristischer Qualifikationsstufe vermitteln. *rororo* Aktuell wendet sich mit dem Leitfadens durch das BGB von *Wolfgang Däubler* an die Jugend, welche nach den Zielen ihres Berufsbildes Grundkenntnisse des BGB erwerben muß. Die Grundstrukturen des Zivilrechts sollen vermittelt, ein bestimmtes Grundwissen verschafft

werden. *Däubler*, Lehrstuhlinhaber für Zivilrecht an der Universität Bremen, will auf dem Wege der Vermittlung des Wissens den Lernenden auch kritisch anregen. Er fordert die Frage nach dem „Warum“, „Welcher Gedanke steckt hinter dieser Regelung oder einer Entscheidung des BGH“ (Bd. 1, S. 48). Aus eigenem kritischen Nachdenken soll sich das Wissen und Verständnis um unser Zivilrecht herausarbeiten und festigen. Sicher gilt es stets kritisch zu denken; so auch einen Leitfadens durch das BGB zu verfolgen. Der Anspruch des *Verf.* kann der Arbeit also nur förderlich sein. Ich halte die beiden Bände des Leitfadens durch das BGB daher für ein aufzugreifendes Angebot an alle jungen, in die Mitarbeit der deutschen und also nicht zuletzt bayerischen Notariate hineinwachsenden Fachkräfte. Der Weg zu greifbaren Grundkenntnissen unseres Zivilrechts wird über das spezielle Einzelwissen zu Rechtsinstrumenten hinaus geebnet. Die Leistungsfähigkeit des Notariats in Deutschland gründet sich auf die Qualität des Notars und dessen Rechts- sowie Leistungsbewußtsein. Daneben hat aber mit nicht zu unterschätzender Qualität nicht nur eine sehr gut organisierte, sondern auch

eine mit herausragendem Aus- und Fortbildungsstand ausgestattete Mitarbeiterschaft zu stehen. Einem solchen Ausbildungsziel vermag die Arbeit gut gerecht zu werden: Der Kreis zu unmittelbarer Hilfe für die notarielle Praxis schließt sich.

Beide Bände des Leitfadens sind mit kurzen Inhaltsübersichten ausgestattet und sodann anschließend mit weitläufiger Inhaltsangabe (Bd. 1: S. 6–34; Bd. 2, S. 7–40); wechselseitig schließt sich eine Übersicht des anderen Bandes, das Abkürzungs- und das Literaturverzeichnis (identische 5 Seiten) an. Ein hilfreiches Stichwortverzeichnis (Bd. 1: S. 661–698, Bd. 2: S. 726–764) ist jedem Band angefügt. Die Bände sind mit einem umfangreichen Randnummernsystem ausgestattet, auf welches nicht nur im Stichwortverzeichnis, sondern auch in den Fußnoten des Textes neben Kapitel mit Unterziffern verwiesen wurde. Soweit ist der Benutzer gut bedient. Was er sich aber wünschen würde: Ein für beide Bände integriertes, in jeden Band eingebrachtes Gesamt-Stichwortverzeichnis der Bände. Dankbar wäre zu begrüßen, nicht mühsam in dem einen oder dem anderen Band nachsuchen zu müssen; eine Anregung für eine folgende Auflage. Nach dem Erscheinungsdatum März 1997 ist davon auszugehen, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung bis etwa Mitte 1996 erfaßt sind.

Im inhaltlichen Aufbau geht der Leitfaden ab von der bekannten Darstellung nach Büchern und Abschnitten der BGB-Konzeption in den Lehrbüchern; ja er muß nach seiner Zielsetzung davon abweichen. Im Band 1 geht es *Däubler* zunächst um die Grundlegung zu Recht und Ordnung, die Einbindung des Zivilrechts in unser Leben. Er stellt die Elementarerbegriffe – wie „Rechtssubjekt“ und „Schuldverhältnis“ vor, um nach dem Inhalt des allgemeinen Teils des BGB ab Kapitel 12 den Abschluß von Verträgen in der gesamten Vielzahl der damit tatsächlich und rechtlich verbundenen Besonderheiten zu vermitteln. So übergeht auch der Leitfaden nicht die öffentliche Beglaubigung und die notarielle Beurkundung (Bd. 1, S. 340/341). „Privatautonomie“ und „freiem Eigentumsgebrauch“ – als Beispiele angesprochen –, sieht der *Verf.* dem Gedankengut der von ihm vertretenen Schule folgend, bereits kritischer; will allerdings bei den vielen Entscheidungsträgern unserer Gesellschaft im Leitfaden jedenfalls keine Irritationen hervorrufen (Bd. 1, S. 243). „Zivilrecht 2“ setzt mit der Darstellung der wesentlichen Vertragstypen fort: Kauf, Miete und Leasing, Bürgschaft, Hypothek und Grundschuld, Dienst- und Werkverträge bis zu den unentgeltlichen Zuwendungen, wie insbesondere der Schenkung. Um hier aus dem Tätigkeitsbereich des Notariats ein Einzelbeispiel

herauszugreifen, werden im Kapitel „Realsicherheiten I“ die Pfandrechte, wie Hypothek und Grundschuld (Bd. 2, S. 172–195) behandelt; davon entfallen 20 Seiten auf die Vorstellung der Hypothek und etwa 5 Seiten auf die der Grundschuld. Ich halte diesen Weg des *Verf.* – der durchaus die heute besondere Gewichtung der Grundschuld erkennt – für den richtigen. Nur über ein vertieftes Verständnis der akzessorischen Hypothek und ihrer Stellung im BGB vermag auch der im Notariat sich in das BGB einarbeitende Mitarbeiter das vorzügliche Rechtsinstrument der deutschrechtlichen Grundschuld – wegen dessen wir von vielen Zivilrechtsordnungen beneidet werden –, richtig zu durchdringen und zu erfassen. Guter, überkommener Übung gemäß bietet *Däubler* zum besseren Verständnis über die gesamte Arbeit in Kleindruck eingebaut, konkrete Beispiele aus Praxis, Literatur und Rechtsprechung. In einem dritten Teil in Band 2 wird das Familienrecht behandelt (S. 549–648); einschließlich der vor dem Notar zu beurkundenden Wahlgüterstände (S. 584–586) und im Kapitel 21 „Die faktische Familie“ (S. 646–648). Mit einem Teil IV von jedenfalls doch den S. 659–725 erschließt die Arbeit Fragen nach Gegenstand und Grundprinzipien unseres Erbrechts.

Die Sprache des Leitfadens ist – wie angestrebt – so gewählt, daß sie bei der Lektüre den sich in das Zivilrecht hineinarbeitenden Benutzern keine Probleme bereitet. Dabei beachtet sie durchaus grundlegend den Sprachgebrauch von Recht und Gesetz. Der *Verf.* betont, daß das Manuskript gerade auf die Verständlichkeit hin von zahlreichen „Jung-Juristen“ gelesen wurde. Dies ist mit Erfolg geschehen. Der Leitfaden wird sich daher auch in den Notariaten flüssig und ergebnisvermittelnd lesen lassen; sicher nicht in einem Durchgang, aber den Text doch immer wieder zur Hand nehmend. Die Arbeit ist systemgerecht aufgebaut und für die Gehilfen und Mitarbeiter in den Notariaten also gut geeignet, das Zivilrechtssystem unseres Bürgerlichen Gesetzbuches anschaulich offen zu legen.

Die beiden Bände sind angemessen in ihrem Preis; ihre Anschaffung möglich und vertretbar. Und deshalb darf noch ein Gedanke, ein Vorschlag angesprochen sein: Sollte es nicht vorstellbar sein, den jungen Mitarbeitern in den Notariaten diesen Leitfaden durch das BGB als persönliches Exemplar in die Hand zu geben? Dies wäre eine Investition des Notars, an welcher dem an der Erreichung guter Ausbildungsergebnisse im Notariat, seiner Mitarbeiter interessierten Notar in der Tat viel gelegen sein müßte. *rororo* Aktuell: ... also doch ein etwas anders ausgerichteter Buchhinweis.

Notar a.D. Prof. Dr. Gerhard Knöchlein, Nürnberg

---

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts Band IV, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/1997, Hrsg. vom Deutschen Notarinstitut, Würzburg, Bearb. von Dr. Andreas Heidinger, Dr. Peter Limmer, Gerd Holland und Dr. Adolf Reul, 1. Auflage 1998, Verlag Deutsches Notarinstitut, 384 Seiten, DM 69,-.**

Der vorliegende Band IV stellt 51 Gutachten des DNotI zum „neuen“ Umwandlungsrecht zusammen. Das DNotI hat schon mehr als 260 Anfragen zu dieser Rechtsmaterie bearbeitet, die in dem Band gesammelten Gutachten stellen also eine

Auslese besonders praxisrelevanter, immer wiederkehrender Anfragen dar. Die Gutachten wurden außerdem zur Veröffentlichung überarbeitet und auf den aktuellen Stand (von Ende 1997) gebracht.

Die Gutachtenbände des DNotI sind Fallsammlungen, die ihren Ausgangspunkt jeweils in einer konkreten Problemstellung haben und diese unter Berücksichtigung ihres gesamten rechtlichen Umfelds lösen. Der gesetzlichen Systematik folgend, beginnt der Band mit einem allgemeinen Teil, um sich sodann nacheinander Fragen der Verschmelzung, Spaltung und des Formwechsels zu widmen. Soweit erforderlich, wer-

den vergleichend die Rechtsgrundsätze des „alten Umwandlungsrechts“ herangezogen und Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den Neuregelungen herausgearbeitet.

Die Gutachtensammlung als bewußt getroffene Auswahl ist nicht im gleichen Maße auf Vollständigkeit angelegt wie die Kommentarliteratur zum UmwG. Das Werk geht andererseits über einen reinen Kommentar weit hinaus, als es sich zur Lösung der aufgeworfenen Fragen nicht auf das Umwandlungsrecht beschränkt, sondern den jeweiligen Kontext heraus- und aufarbeitet und etwa auch Problemstellungen aus dem bürgerlichen Recht (z. B. mit profunden Stellungnahmen zur Beteiligung Minderjähriger an Unternehmen, der Erbengemeinschaft als Unternehmensträger oder dem Bestimmtheitsgrundsatz bei der Übertragung von Sachgesamtheiten) oder Gesellschaftsrecht (Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung) berücksichtigt. Das klar strukturierte Inhaltsverzeichnis und ein ausführliches Stichwortverzeichnis er-

möglichen außerdem in jedem Fall einen raschen Zugriff auf alle im einzelnen behandelten Fragestellungen auch innerhalb der Gutachten, so daß der Band in gleicher Weise wie ein Kommentar punktuell und zur Lösung konkreter Einzelfragen herangezogen werden kann.

Die Aktualität des Werkes hat auch durch die zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen nicht gelitten. Das im Zeitpunkt der Drucklegung bereits als Entwurf vorliegende Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes ist ebenso berücksichtigt (vgl. Gutachten Nr. 24 zur Verschmelzung auf den „Minderkaufmann“), wie das Handelsrechtsreformgesetz (vgl. Gutachten Nr. 14 zur Firmenfortführung). Der vorliegende Gutachtenband ist deshalb dem wissenschaftlich interessierten Praktiker auch im laufenden Jahr uneingeschränkt zum Erwerb zu empfehlen.

Notar *Dr. Jörg Munzig*, Neu-Ulm

---

**Johlen (Hrsg.), Münchener Prozeßformularbuch, Bd. 6: Verwaltungsrecht, München 1999, Verlag C. H. Beck, XXX, 1273 Seiten, mit CD-ROM und Bedienungsanleitung, DM 258,-.**

Der 6. und letzte, aber als erster erschienene Band des Münchener Prozeßformularbuchs wendet sich in erster Linie an Rechtsanwälte, denen es eine Hilfestellung bei der Formulierung von Anträgen und Schriftsätzen im Verwaltungs- und Verwaltungsstreitverfahren geben will. Nach einer Darstellung der Grundformen der Rechtsbehelfe werden von ausgewiesenen Experten jeweils die Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit den wichtigsten Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts (u. a. Baurecht, Umweltrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Kommunalabgabenrecht, öffentliches Dienstrecht, Ausbildungs- und Prüfungsrecht, Staatshaftungsrecht, Ausländer- und Asylrecht) dargestellt.

Da auf Antragsformulare im Verwaltungsverfahren weitgehend verzichtet wurde, ist der unmittelbare Nutzen für die

Notarpraxis leider gering. Allerdings finden sich in den Anmerkungen, insbesondere zum Bau- und Kommunalabgabenrecht, wertvolle Hinweise auf das jeweilige Sachgebiet. Der Antrag von *Uechtritz* zur Abwendung des Vorkaufsrechts gemäß § 27 BauGB, der auch für die notarielle Praxis von Bedeutung wäre, enthält leider die Anlage mit der Verpflichtungserklärung des Bürgers nicht und verstößt wegen seiner Aufspaltung in ein notarielles Angebot und einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gegen § 313 BGB. Die Auswirkungen einer Erschließungskostenregelung im Grundstückskauf auf Klagen gegen Erschließungsbeitragsbescheide zeigt informativ das Muster E.I.10 (*Döring*).

Das Formularbuch stellt für Anwälte ein hervorragendes Hilfsmittel dar. Nur-Notare werden es in ihrer täglichen Praxis – anders als Anwaltsnotare – kaum heranziehen. Dies könnte anders sein, wenn das Verwaltungsverfahren stärker berücksichtigt würde.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

## Bürgerliches Recht

1. BGB § 157 (*Zulässigkeit der Vereinbarung einer Leistungspflicht, die bereits während des Schwebezustandes des Vertrages zu erfüllen ist*)

**Haben die Parteien eines Grundstückskaufvertrages in Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit (hier: nach der Grundstücksverkehrsverordnung) für die Hinterlegung des Kaufpreises nicht die Erteilung der Genehmigung, sondern eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt schon darin deutlich zum Ausdruck, daß die Fälligkeit der Hinterlegung nicht von der Erteilung der Genehmigung abhängen, sondern gegebenenfalls schon während des Schwebezustandes eintreten sollte.**

BGH, Urteil vom 20.11.1998 – V ZR 17/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

### *Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Kaufvertrag vom 4.2.1993 veräußerte die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Treuhandanstalt, als treuhänderische Verwalterin des Vermögens des FDGB das in H. auf U. gelegene Grundstück „H.“ an den Kläger. Gemäß § 2.2 des Kaufvertrages war der Kaufpreis bis zum 30.6.1993 auf das Notaranderkonto der beurkundenden Notarin zu zahlen. Die Anderkontozinsen sollten dem Verkäufer zustehen. Nach § 2.5 des Kaufvertrages verpflichtete sich der Kläger im Falle des Verzuges zur Zahlung von Verzugszinsen. Zudem unterwarf sich der Kläger in Höhe des Kaufpreises und der Verzugszinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Notarin wurde mit dem Vollzug des Vertrages und der Einholung der erforderlichen Genehmigungen, insbesondere der nach der Grundstücksverkehrsordnung (GVO), beauftragt.

Das Grundstück wurde am 1.7.1993 übergeben, die GVO-Genehmigung am 25.5.1994 erteilt. Der Kläger zahlte den Kaufpreis erst am 30.6.1994. Die Beklagte verlangt Verzugszinsen für den Zeitraum vom 30.6.1993 bis 29.6.1994.

Der Kläger hat beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert und die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt. Die Revision hatte Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht legt § 2.5 des Vertrages seinem Wortlaut entsprechend als Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen aus. Es sei auch interessengerecht, die Zinszahlungspflicht vom Vorliegen eines Verzuges und damit mittelbar vom Vorliegen der GVO-Genehmigung abhängig zu machen; denn es sei schwierig, den Kaufpreis vor Erteilung der Genehmigung zu finanzieren. Vor Erteilung der Genehmigung habe kein wirksamer Vertrag und kein fälliger, durchsetzbarer Anspruch bestanden, mit dem der Kläger habe in Verzug geraten können. Erst recht könne vor der Erteilung einer Genehmigung der Kläger nicht schuldhaft die Zahlung verweigert haben. Die Senatsentscheidung vom 6.10.1978, V ZR 211/77, WM 1979, 74 betreffe einen anderen Fall, weil dort eine verzugsunabhängige Zinszahlungspflicht begründet worden sei.

Dies hält der Revision nicht stand.

II. 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß aufgrund eines schwebend unwirksamen Vertrages während des Schwebezustandes der Kaufpreis nicht gefordert und der Käufer mit seiner Zahlung nicht in Verzug geraten kann (BGH, Urt. v. 8.10.1975, VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104, 105; Senatsurt. v. 6.10.1978, V ZR 211/77, WM 1979, 74; MünchKommBGB/Thode, 3. Aufl., § 284 Rdnr. 18). Die Genehmigungsbedürftigkeit des Kaufvertrages und der mit ihr bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung verbundene Schwebezustand schließen jedoch nicht aus, daß die Vertragspartner für die Dauer des Schwebezustandes Leistungspflichten vereinbaren. Insbesondere können sie verabreden, daß der Kaufpreis schon vor Erteilung der erforderlichen Genehmigung zu hinterlegen und/oder zu verzinsen ist, weil hierdurch die endgültige Erfüllung der Pflicht zur Grundstücksübertragung und zur Zahlung des Kaufpreises nicht vorweggenommen wird (Senatsurteile v. 6.10.1978, V ZR 211/77, a.a.O. und v. 29.3.1985, V ZR 290/83, ZIP 1986, 37, 38)

Ob die Parteien im vorliegenden Fall eine derartige Abrede getroffen haben, hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht geprüft. Es hat lediglich die in § 2.5 enthaltene Regelung entsprechend ihrem Wortlaut als Vereinbarung von Verzugszinsen ausgelegt. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich fehlerfrei. Sie hat jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zur Folge, daß die Zinszahlungspflicht damit vom Vorliegen der GVO-Genehmigung abhänge. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Kläger vor Erteilung der Genehmigung zur Hinterlegung des Kaufpreises nicht verpflichtet gewesen wäre. Das bestimmt sich aber nicht nach dem Inhalt der Verzugszinsenregelung, sondern nach dem der Fälligkeitsregelung in § 2.2. Haben die Parteien eine Zahlungspflicht unabhängig von dem Vorliegen der GVO-Genehmigung schon für die Zeit des Schwebezustandes begründet, kann der Kläger in Verzug geraten sein.

2. Die unterlassene Auslegung kann der Senat selbst vornehmen. Haben die Parteien in Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit für die Hinterlegung des Kaufpreises, wie hier, nicht die Erteilung der erforderlichen Grundstücksverkehrsgenehmigung, sondern eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt schon darin deutlich zum Ausdruck, daß die Fälligkeit der Hinterlegung nicht von der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung abhängen, sondern gegebenenfalls schon während des Schwebezustandes eintreten sollte.

Die Richtigkeit der Auslegung ergibt sich auch aus § 2.7. Danach ist der Verkäufer berechtigt, von dem Vertrag zurückzutreten, wenn der Kaufpreis nicht bis zum 31.7.1993 auf dem Notaranderkonto eingegangen ist. Da das Rücktrittsrecht unabhängig vom Stand des Genehmigungsverfahrens besteht, setzt es eine entsprechende Leistungspflicht voraus. Dasselbe folgt aus § 9 des Vertrages, wonach das Objekt am 1.7.1993 übergeben werden sollte, jedoch nicht vor der vollständigen Hinterlegung des Kaufpreises gemäß § 2. Auch diese Bestimmung geht von einer Zahlungspflicht unabhängig von der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung aus. Sie liegt im übrigen im Interesse beider Vertragsparteien. Denn sie ermöglicht es dem Käufer, das Objekt vor Erteilung der Geneh-

migung in Besitz zu nehmen, ohne dem Verkäufer das finanzielle Risiko einer überlangen Genehmigungsdauer aufzubürden.

Da der Kläger den Kaufpreis bis zu dem vereinbarten Zeitpunkt nicht gezahlt hat, wäre er hiernach ohne Mahnung in Verzug geraten, obwohl die Genehmigung bis dahin nicht erteilt war. Folglich würde er ab 1.7.1993 die vereinbarten Verzugszinsen schulden.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

3. Es stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Revisionserwiderung erhebt allerdings die Gegenrüge, die Verzugszinsregelung in Ziff. 2.5 des Vertrages verstoße gegen § 11 Nr. 5 b AGBG, weil sie dem Käufer den Nachweis abschneide, daß der Verzugschaden der Klägerin wesentlich geringer als die vorgegebene Pauschale von mindestens 8% jährlich sei. Wäre das AGB-Gesetz anwendbar, so könnte der gerügte Verstoß zu bejahen sein mit der Folge, daß die in Ziff. 5 enthaltene Regelung unwirksam wäre. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß es sich um einen pauschalierten Anspruch auf Schadensersatz handelt (vgl. dazu BGH, Urt. v. 24.4.1992, V ZR 13/91, NJW 1992, 2625 f. [= MittBayNot 1992, 327]). Zwar braucht eine solche Schadenspauschalierungsklausel nicht ausdrücklich das Recht zum Beweis des Gegenteils zu enthalten, aber aus der gewählten Formulierung darf sich auch nicht konkludent ergeben, daß der Gegenbeweis ausgeschlossen sein soll. Maßgebend ist, wie der Vertragsgegner die in der Klausel enthaltene Formulierung verstehen kann (BGH, Urt. v. 19.6.1996, VIII ZR 189/95, WM 1996, 2025, 2027 m.w.N.). Die Formulierung, daß der Käufer „zur Zahlung von Verzugszinsen in Höhe von 3% p.a. über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz, jedoch mindestens 8% p.a. verpflichtet ist“, kann vom Gegner des Verwenders, auch wenn ihr kein Vorbehalt der Geltendmachung eines höheren Schadens angefügt ist, dahin verstanden werden, daß er ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises den vorgesehenen Zinssatz zahlen muß (BGH a.a.O. m.w.N.). Infolge der Unwirksamkeit der Klausel könnte der Beklagte dann nur die gesetzlichen Verzugszinsen und Ersatz eines etwaigen Verzugschadens verlangen. Ein solcher Anspruch ist aber nicht tituliert, so daß Vollstreckung aus der notariellen Urkunde unzulässig wäre.

In tatsächlicher Hinsicht verweist die Revision hierzu auf folgenden Sachvortrag: In ihrem Schriftsatz vom 30.11.1995 habe die Beklagte auf die grundsätzliche Bedeutung des vorliegenden Verfahrens „für eine Vielzahl von Kaufverträgen der Beklagten“ hingewiesen. Danach entspreche der Kaufvertrag der Parteien den Standardverträgen der Beklagten und damit ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies habe auch der Kläger in seinem Schriftsatz vom 11.1.1996 vorgebracht. Damit ist der beiderseitige Sachvortrag jedoch entstellend wiedergegeben. An keiner der beiden angeführten Aktenstellen ist die Problematik von Standardverträgen und die Frage der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes angesprochen oder dieses Gesetz auch nur erwähnt. Im Schriftsatz der Beklagten vom 30.11.1995 ging es um die Frage der Zulässigkeit von Regelungen für den Schwebezustand bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 GVO. Nur in diesem Zusammenhang findet sich der Satz: „Aufgrund der eindeutigen Rechtslage und der grundsätzlichen Bedeutung für eine Vielzahl von Kaufverträgen der Beklagten wird dieses Verfahren daher auch mit dem erforderlichen Nachdruck verfolgt.“ Davon, daß die erwähnte Vielzahl von Kaufverträgen

alle nach dem gleichen Formular geschlossen worden seien, ist dort nicht die Rede. In seinem Schriftsatz vom 11.1.1996 hat der Kläger das Verhalten der Beklagten „geradezu als arglistig“ gekennzeichnet und dazu vorgetragen: In all den Fällen, in denen die Käufer rechtlich beraten gewesen seien und auf einer Änderung der Zahlungsfälligkeit im Hinblick auf die Grundstücksverkehrsgenehmigung bestanden hätten, sei eine Abänderung des „Standardvertrages“ ohne weiteres vorgenommen worden. Mit ihrem „Standardvertrag“ habe die Beklagte die mangelnde Sachkenntnis ihrer Käufer über die Unmöglichkeit einer Finanzierung bis zum Vorliegen der Grundstücksverkehrsgenehmigung ausgenutzt. Alles in allem läßt der beiderseitige Prozeßvortrag somit zwar die Möglichkeit offen, daß die Beklagte vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen verwendet hat (§ 1 AGBG), doch läßt sich eine solche positive Feststellung aufgrund des bisherigen, in anderem Sachzusammenhang stehenden Vorbringens nicht treffen. Hinzukommt, daß der Gesichtspunkt einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert worden ist (§ 278 Abs. 3 ZPO).

Deshalb ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, damit die Parteien Gelegenheit erhalten, ihren Vortrag entsprechend zu ergänzen.

2. BGB § 765; MaBV § 7; AGBG § 5 (Zum Umfang einer MaBV-Bürgschaft)

**Die formularmäßige Vorauszahlungsbürgschaft eines Kreditinstituts, die alle etwaigen Ansprüche des Käufers gegen den zum Umbau des verkauften Wohnungseigentums verpflichteten Verkäufer „auf Rückgewähr oder Auszahlung der ... Vermögenswerte“ sichert, welche der Käufer anstelle von Zahlungen nach Baufortschritt in einem Betrag vorausgeleistet hat, kann auch Ansprüche des Käufers auf Ersatz für Aufwendungen zur Mängelbeseitigung umfassen.**

BGH, Urteil vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem „Kaufvertrag“ vom 27.12.1994 kaufte der Kläger für 650.000 DM von der unter der Firma P. Sch. Immobilien handelnden P. Sch. einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück in L., verbunden mit Sondereigentum an einer Gewerbeeinheit und einem Sondernutzungsrecht. Die Verkäuferin war verpflichtet, das Gebäude einschließlich des Sondereigentums bezugsfertig zu renovieren. Nach Nr. IV des Kaufvertrages war der Kaufpreis wie folgt fällig:

58%	nach Beginn der Renovierungsarbeiten;
17,5%	nach Fertigstellung der Rohinstallation einschließlich Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten;
10,5%	nach Fertigstellung der Schreiner- und Glaserarbeiten, ausgenommen Türblätter;
10,5%	nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug mit der Besitzübergabe;
3,5%	nach vollständiger Fertigstellung.

Der Kaufpreis war auf das von der Verkäuferin errichtete Baukonto (Kaufabwicklungskonto) bei der Beklagten, einer Sparkasse, die das Bauvorhaben finanzierte und an die der Kaufpreisanspruch abgetreten war, zu leisten.

In Nr. XVI des Kaufvertrages wurde Nr. IV unter anderem wie folgt „berichtigt und ergänzt“:

Der Käufer hat den Kaufpreis unabhängig von den Vereinbarungen in Ziff. IV. dieser Urkunde bis spätestens 31.12.1994 Zug um Zug gegen Übergabe einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft in Höhe des gesamten Kaufpreises auf das oben genannte Baukonto der Verkäuferin zu bezahlen. Die Bürgschaft ist bis zur Fälligkeit der letzten Rate aufrechtzuerhalten. Die Bürgschaft ist dem Käufer bzw. dessen finanzierenden Bank ... bis spätestens Zugang 31.12.1994 auszuhändigen.

...

Der Verkäufer garantiert dem Käufer, daß der in Ziff. IV 1. der Urkunde die dort genannten nachträglichen Herstellungskosten im Sinne von § 4 des Fördergebietesgesetzes bei vollständiger Kaufpreiszahlung bis zum 31.12.1994 ab 1994 steuerlich absetzbar sind.

Die dem Kläger zu Händen seines Kreditinstituts übermittelte Bürgschaft der Beklagten vom 27.12.1994 lautet:

#### Vorauszahlungsbürgschaft

gemäß § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)

Frau P. Sch. ... – nachstehend Gewerbetreibender genannt – wird von

Herrn ... (Kläger) – nachstehend Auftraggeber genannt –

zur Ausführung des Auftrages gemäß Kaufvertrag ... vom 27.12.1994 Vermögenswerte in Höhe von

DM 650.000,00

erhalten oder zu deren Verwendung ermächtigt werden.

Zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Gewerbetreibenden auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte, die der Gewerbetreibende erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist, übernimmt die Stadt- und Kreissparkasse ... hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf Einrede der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage bis zum Höchstbetrage von

DM 650.000,00

... mit der Maßgabe, daß wir aus dieser Bürgschaft nur auf Zahlung von Geld und nur bis zu dem Betrag in Anspruch genommen werden können, der auf dem bei uns geführten Konto ... des Gewerbetreibenden vorbehaltlos zur Verfügung gestellt worden ist.

Unsere Verpflichtungen aus der Bürgschaft erlöschen – außer nach den gesetzlichen Erlöschungsgründen –, wenn die Voraussetzung(en) des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist, spätestens mit Rückgabe dieser Bürgschaftserklärung an uns.

Ferner erlischt unsere Bürgschaftsverpflichtung auch dann, wenn diese Sicherung nach § 7 MaBV durch die Sicherungen der §§ 2 bis 6 MaBV ersetzt wird.

...

Am 31.12.1994 überwies der Kläger den Kaufpreis auf das bei der Beklagten geführte Kaufabwicklungskonto. Im September 1996 zahlte die Beklagte an den Kläger wegen Mängeln an dessen Sondereigentum und wegen auf ihn entfallender Kosten zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum einen Betrag von 19.567,58 DM. Mit seiner Klage hat der Kläger wegen weiterer Mängel am Gemeinschaftseigentum im ersten Rechtszug vergeblich einen Anspruch auf Vorschuß geltend gemacht. Nach Beseitigung dieser Mängel hat der Kläger mit der Berufung die Klage auf den auf ihn entfallenden Anteil der Kosten beschränkt und zuletzt Zahlung von 4.578,36 DM nebst Zinsen begehrt. Die Beklagte hat Widerklage erhoben und aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung Rückzahlung der dem Kläger überwiesenen Summe zuzüglich Zinsen verlangt. Das Oberlandesgericht hat der Klage, soweit sie in der Berufungsinstanz weitergeführt worden ist, stattgegeben und die Anschlußberufung der Beklagten gegen das auch die Widerklage abweisende Urteil des Landgerichts zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Vorauszahlungsbürgschaft solle den künftigen und bedingten Rückzahlungsanspruch absichern, der entstehe, wenn der Gewerbetreibende eine der Vorauszahlung entsprechende Leistung nicht erbringe. Aus dem Begriff der Vorauszahlungsbürgschaft folge, daß diese jeden Anspruch des Auftraggebers wegen nicht vertragsgemäßer und nicht mangelfreier Leistung umfasse, gleichviel ob er auf Rückabwicklung, Nichterfüllung, Schlechterfüllung, ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung im Zusammenhang mit dem Verträge beruhe. Daß die Bürgschaft die Ansprüche des Auftraggebers bis zur Fertigstellung des Objekts umfassend absichern solle, ergebe sich auch daraus, daß die Bürgschaft nach dem Vertrag bis zur vollständigen Fertigstellung der versprochenen Leistungen aufrechtzuerhalten sei. Aus dem Verweis in der Bürgschaft auf § 7 MaBV folge nicht, daß nur Ansprüche aus Rückabwicklung des Kaufvertrages verbürgt seien. Nach der fast wortgleich aufgenommenen Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV seien vielmehr alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte im Sinn von § 2 Abs. 1 Satz 1 MaBV zu sichern. Diese Ansprüche setzten eine Rückabwicklung des Vertrages nicht voraus. Da die Kellersanierung mangelhaft gewesen sei, stehe dem Kläger der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der auf ihn entfallenden Mängelbeseitigungskosten zu. Die Widerklage sei nicht begründet, weil die Vorauszahlungsbürgschaft auch Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche umfasse.

II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Zur Klage.

Die Vorauszahlungsbürgschaft der Beklagten sichert auch die in Rede stehenden Ansprüche des Klägers auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten.

a) Das Berufungsgericht hat sich nicht dazu geäußert, ob der Bürgschaftsvertrag als Individualvertrag einzuordnen ist oder ob er den Regeln des AGB-Gesetzes unterliegt. Das letzte ist der Fall. Der in Maschinenschrift auf Briefbögen der Beklagten niedergelegte Vertrag stimmt in seinem Inhalt weitgehend mit dem der Anlage 7 des Musterentwurfs der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum § 34 c der Gewerbeordnung und zur Makler- und Bauträgerverordnung (MaBVwV) – abgedruckt bei *Marcks*, MaBV 6. Aufl. S. 343, 405 – überein. Dies und der Umstand, daß er von einer Sparkasse verwendet worden ist, deutet nach der Lebenserfahrung darauf hin, daß er für eine mehrfache Verwendung entworfen wurde. Dann spricht der erste Anschein für einen von der Beklagten gestellten Formularvertrag, der der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegt (vgl. BGHZ 118, 229, 238 f.). Bei den Einfügungen der Namen von Gewerbetreibendem und Auftraggeber, des von ihnen geschlossenen konkreten Kaufvertrags, der Höhe der an den Gewerbetreibenden fließenden Vermögenswerte und des Höchstbetrages der Bürgschaft handelt es sich um unselbständige Ergänzungen, die den Charakter der übrigen Regelungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht beeinflussen (vgl. BGHZ 99, 203, 205 f.; 102, 152, 158; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG 8. Aufl. § 1 Rdnr. 56 m.w.N. in Fußn. 171). Mit der formlosen Annahme der Bürgschaftserklärung durch das Kreditinstitut des Klägers als dessen Vertreter kam der Vertrag gemäß § 151 BGB zustande (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1994 – IX ZR 168/93, WM 1994, 2274, 2275).

Wegen des mit Anlage 7 des Musterentwurfs der MaBVvW im wesentlichen identischen Inhalts ist davon auszugehen, daß das Bürgschaftsformular typische, im Kreditgewerbe weithin gebräuchliche Formulierungen enthält, die nicht nur im Bezirk des Berufungsgerichts verwendet werden. Demzufolge ist der Formularvertrag vom Revisionsgericht selbständig auszulegen (vgl. BGHZ 121, 173, 178; BGH, Urt. v. 21.1.1993 – IX ZR 90/92, WM 1993, 544, 545). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (BGH, Urt. v. 25.6.1992 – IX ZR 24/92, WM 1992, 1444, 1445; v. 19.10.1995 – IX ZR 20/95, WM 1996, 73, 74).

b) Die Bürgschaft dient nach ihrem Wortlaut zur Sicherung „aller ... Ansprüche“ des „Auftraggeber“ genannten Klägers gegen die als „Gewerbetreibender“ bezeichnete Verkäuferin „auf Rückgewähr oder Auszahlung der ... Vermögenswerte, die der Gewerbetreibende erhalten hat.“ Schon dieser Wortlaut spricht dafür, daß die Bürgschaft jedenfalls auch solche Ansprüche auf Rückgewähr des vorausgezählten Kaufpreises erfaßt, die sich aus einer auf Mängel gestützten Wandelung des Kaufvertrages oder Minderung des Kaufpreises ergeben. Mit dem Wortlaut erscheint es darüber hinaus nicht unvereinbar, auch Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nach § 633 Abs. 3 BGB zu den Ansprüchen „auf Rückgewähr“ des Kaufpreises zu zählen. Die Bezeichnung der Bürgschaft als „Vorauszahlungsbürgschaft“ steht dem nicht notwendig entgegen. Zwar soll eine solche Bürgschaft vor allem sicherstellen, daß der Gläubiger bei einem Scheitern der Vertragsdurchführung seine bis dahin noch nicht durch berechnete Forderungen des Auftragnehmers verbrauchte Vorauszahlung zurückerhält (BGH, Urt. v. 21.4.1988 – IX ZR 113/87, WM 1988, 934, 936). Der Zweck einer Vorauszahlungsbürgschaft muß sich darin aber nicht erschöpfen. Vielmehr kann ihr – wie § 17 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 16 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/B zeigt (vgl. OLG Karlsruhe BauR 1986, 227, 228) – auch der Charakter einer Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft zukommen.

c) Daß die Bürgschaft auch Aufwendungsersatzansprüche des Klägers nach § 633 Abs. 3 BGB absichert, folgt insbesondere aus ihrem Sinn und Zweck.

Die Bürgschaft nimmt ausdrücklich auf den Kaufvertrag vom 27.12.1994 Bezug. Nach dessen Nr. IV war der Kaufpreis in fünf Teilbeträgen zu erbringen, deren Fälligkeit sich nach dem Baufortschritt richtete. In Abänderung dieser vertraglichen Regelung sah Nr. XVI des Vertrages vor, daß der volle Kaufpreis bis zum 31.12.1994, also innerhalb von vier Tagen nach Abschluß des Kaufvertrages, Zug um Zug gegen Übergabe einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft in Höhe des gesamten Kaufpreises zu zahlen war. Danach diente die Bürgschaft dazu, den Kläger gegenüber allen Risiken abzusichern, die sich aus der sofortigen Zahlung des Kaufpreises in einer Summe gegenüber der in Nr. IV des Kaufvertrages vorgesehenen ratenweisen Zahlung nach Baufortschritt ergaben. Im letztgenannten Fall hätte der Kläger beim Auftreten von Mängeln die an § 3 Abs. 2 Satz 1, 2, 4 der Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagevermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträgerverordnung – MaBV) in der bei Abschluß des Kaufvertrages geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 7.11.1990 (BGBl. I S. 2479) ausgerichteten Abschlagszahlungen zumindest in Höhe der auf ihn entfallenden anteiligen Kosten gemäß § 320 BGB

zurückhalten können (vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1983 – VII ZR 373/82, NJW 1984, 725, 726 f.; v. 11.11.1984 – VII ZR 248/83, NJW 1985, 852 [= MittBayNot 1985, 10]). Dieses Zurückbehaltungsrecht hätte dem Kläger auch dann zugestanden, wenn der Kaufvertrag – was auf sich beruhen kann – der Makler- und Bauträgerverordnung unterfiel (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag 3. Aufl. Rdnr. 295, 297 ff.; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle 2. Aufl. Rdnr. 143, 577; *Marcks* a.a.O. § 3 MaBV Rdnr. 43; *Reithmann*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Der Kauf vom Bauträger 7. Aufl. D 110 = S. 193) und wenn diese Verordnung als solche – was hier ebenfalls einer Entscheidung nicht bedarf – die Sicherung von Ansprüchen wegen Mängeln nicht zum Inhalt hat (vgl. *Basty* a.a.O. Rdnr. 295; *Marcks* a.a.O.; *Warda* MittRhNotK 1987, 173, 183 f.).

Bei einer (teilweisen) Zurückhaltung des Kaufpreises hätte der Kläger mit einem Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB aufrechnen und so die Kosten der Mängelbeseitigung von dem Kaufpreisanspruch absetzen können (vgl. BGH, Urt. v. 10.6.1983 – V ZR 252/80, WM 1983, 961, 962 f.). Durch die vereinbarte Vorauszahlung des gesamten Kaufpreises wurde dem Kläger diese Möglichkeit genommen. Gäbe es die Bürgschaft nicht, wäre er darauf angewiesen, die Mängelbeseitigungskosten bei der Verkäuferin beizutreiben, und liefe Gefahr, im Fall ihrer Insolvenz die Kosten zusätzlich zu dem Kaufpreis tragen zu müssen. Da der Grund für die Vorauszahlung des gesamten Kaufpreises und damit für den Verlust der Aufrechnungsmöglichkeit mit Ansprüchen wegen Mängelbeseitigungskosten allein in der Bürgschaft der Beklagten liegt, ist diese bei interessengerechter Auslegung dahin zu verstehen, daß zu den durch sie abgesicherten Ansprüchen auf Rückgewähr des vorausgezählten Kaufpreises auch Ansprüche des Klägers auf Ersatz für Aufwendungen zur Mängelbeseitigung gehören. Daß die Vorauszahlung nicht nur der Verkäuferin und der Beklagten als der sie finanzierenden Bank zugute kam, sondern auch dazu führte, dem Kläger von der Verkäuferin garantierte Steuervorteile zu verschaffen, ändert an dem Ergebnis nichts. Durch diese Vorteile wird das durch die Bürgschaft abgesicherte Interesse des Klägers an einer Vermeidung der mit der Vorauszahlung übernommenen Risiken einer Nichtdurchsetzbarkeit von Mängelansprüchen gegen die Verkäuferin nicht aufgewogen.

Für die Auslegung der Bürgschaft ist ebenfalls ohne Bedeutung, ob die Vereinbarung der Vorauszahlung wirksam war. Auch wenn man die in der Literatur umstrittene Frage, ob ein Bauträger mit einer Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV im Wege einer formularmäßigen Vereinbarung nicht nur von der Vorleistungspflicht des § 3 Abs. 2 MaBV, sondern auch von einer bürgerlich-rechtlichen Vorleistungsverpflichtung (§ 641 BGB) befreit werden kann (ablehnend etwa *Basty* a.a.O. Rdnr. 339 ff.; *Brych/Pause* a.a.O. Rdnr. 159, 186, 193; *F. Schmidt*, MittBayNot 1992, 114, 116; 1995, 434, 436; bejahend u.a. von *Heymann/Brösler* WM 1998, 2456, 2458; *Marcks* a.a.O. § 7 MaBV Rdnr. 3; *Reithmann* NJW 1997, 1816, 1817; *Speck* MittRhNotK 1995, 117, 128 ff., 133), verneinen und ferner davon ausgehen wollte, daß der Kaufvertrag vom 27.12.1994, insbesondere dessen Nr. XVI, unter § 1 Abs. 1 AGBG fällt mit der Folge einer Unwirksamkeit der Vorauszahlungsverpflichtung, stünde dies der Auslegung der Bürgschaft in dem oben dargelegten Sinn nicht entgegen. Entscheidend ist allein, daß die Bürgschaft den Kläger veranlaßt hat und veranlassen sollte, den gesamten Kaufpreis vorauszuzahlen und sich damit der Gefahr auszusetzen, Ansprüche wegen Mängeln nicht verwirklichen zu können.

Eine Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft scheitert ferner nicht daran, daß die Bürgschaftsverpflichtungen erlöschen sollen, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist. Jedenfalls die letztgenannte Voraussetzung ist nicht gegeben.

Nach der Behauptung des Klägers in der Klageschrift waren die Umbauarbeiten der Verkäuferin seinerzeit nicht abgenommen. Die Beklagte hat dies zwar bestritten, hat aber die erforderlichen näheren Umstände für eine Abnahme nicht dargelegt. Deshalb kann zu ihren Gunsten von einer Abnahme nicht ausgegangen werden (zur Beweislast vgl. BGB-RGRK/*Glanzmann*, 12. Aufl. § 640 Rdnr. 17). Bei Prozeßbeginn waren die der Klageforderung zugrundeliegenden Mängel am Gemeinschaftseigentum noch nicht beseitigt. Da Mängelbeseitigungsansprüche im Werkvertragsrecht, das hier anzuwenden ist, Erfüllungsansprüche sind (vgl. BGH, Urt. v. 4.7.1996 – VII ZR 24/95, WM 1996, 2062; *Palandt/Sprau*, BGB 58. Aufl. Vorbem. v. § 633 Rdnr. 3), war das Vertragsobjekt mithin noch nicht fertiggestellt (vgl. OLG Köln BauR 1983, 380, 381; *Koebke*, in: *Rechtshandbuch Immobilien* Bd. 1 Nr. 12 Rdnr. 69, 113 ff.). Daß es sich lediglich um nach Art, Umfang und Auswirkungen derart unbedeutende Mängel handelte, daß das Interesse des Klägers an einer Beseitigung vor Abnahme nicht schützenswert war und sich eine Verweigerung der Abnahme deshalb als Verstoß gegen Treu und Glauben dargestellt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.1996 – VII ZR 26/95, WM 1996, 875, 876 f. [= *MittBayNot* 1996, 193 (nur Leitsatz)]) ist hier nicht anzunehmen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts waren im Kellermauerwerk hohe durchdringende oder aufsteigende Feuchtigkeit und ein hoher Salzgehalt vorhanden; zu deren Beseitigung mußte nach Anbringung der vertikalen Außenisolierung des Mauerwerks der Putz an den Kellerwänden entfernt und anschließend das Mauerwerk ausgetrocknet werden, bevor neuer Putz aufgebracht werden konnte. Bei derartigen Mängeln, deren Behebung einen Aufwand von mehr als 34.000 DM erforderte, war das Interesse jedes Wohnungseigentümers an der Beseitigung schützenswert, auch wenn die Gesamtkosten des Objekts mehrere Millionen Deutsche Mark betragen. Dadurch, daß die Umbauleistungen nach Beseitigung der Mängel abgenommen worden sein mögen, sind die zuvor geltend gemachten (und eingeklagten) Rechte des Klägers aus der Bürgschaft nicht entfallen (vgl. BGH, Urt. v. 24.9.1998 – IX ZR 371/97, WM 1998, 2363, 2364 f.).

d) Das Auslegungsergebnis wird schließlich nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Bürgschaft als Vorauszahlungsbürgschaft „gemäß § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)“ bezeichnet ist.

Im Schrifttum ist umstritten, ob eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 2 MaBV auch Ansprüche wegen Mängeln des zu erbringenden Werkes sichert (verneinend etwa *Basty* a.a.O. Rdnr. 337 [ausgenommen den Fall der Wandlung]; *Krause* NotBZ 1997, 73, 80; *Schmenger* BWNotZ 1998, 79, 85 ff.; bejahend z.B. *Koebke* a.a.O. Rdnr. 43; *Speck* a.a.O. insbesondere S. 137). Im Streitfall ist eine Entscheidung des Meinungsstreits nicht geboten. Ebenso kann offenbleiben, ob schon die Bezugnahme auf § 7 MaBV selbst mehrdeutig ist, weil nicht deutlich wird, welche der zu § 7 Abs. 1 MaBV vertretenen Meinungen die Parteien dem Bürgschaftsvertrag zugrunde gelegt haben, und ob ein solcher Auslegungszweifel gemäß § 5 AGBG zu Lasten der Beklagten als Verwenderin gehen würde, weil es sich bei der Bürgschaft –

wie dargelegt – um einen dem AGB-Gesetz unterfallenden Formularvertrag handelt. Selbst wenn von dem „richtigen“ Verständnis des § 7 Abs. 1 MaBV ausgegangen werden müßte und hierzu der oben zuerst wiedergegebenen Ansicht (keine Sicherung von Mängelansprüchen durch die Bürgschaft) zu folgen wäre, bleibt die Bürgschaftserklärung in diesem Punkt gleichwohl unklar und erlaubt verschiedene Auslegungen. Denn einem so verstandenen Hinweis auf § 7 MaBV steht der Sinn und Zweck des Bürgschaftsvertrages entgegen, wie er sich vor allem aus der Bezugnahme auf den Kaufvertrag vom 27.12.1994 ergibt (dazu oben II 1 c). Da keinem dieser in – unterstellt – gegensätzliche Richtungen weisenden Auslegungsgesichtspunkte so eindeutig der Vorzug gegeben werden kann, daß die andere Auslegungsmöglichkeit ernsthaft nicht in Betracht kommt, bleibt es gemäß § 5 AGBG dabei, daß die Bürgschaft sich auch auf Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten erstreckt. Das scheint die Beklagte zunächst ebenso gesehen zu haben. Anderenfalls hätte sie die von ihr mit der Widerklage herausverlangten Zahlungen auf die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten nicht geleistet.

e) Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß die mit der Klage geltend gemachten Mängel bestanden, die Verkäuferin mit deren Beseitigung in Verzug war und der Kläger die eingeklagten Mängelbeseitigungskosten aufgewendet hat. Das Berufungsgericht hat der Klage deshalb zu Recht stattgegeben.

## 2. Zur Widerklage.

Die Widerklage bleibt ohne Erfolg.

Insoweit war nie streitig, daß dem Kläger in Höhe der Widerklageforderung ein Anspruch gegen die Verkäuferin nach § 633 Abs. 3 BGB zustand. Auch dieser Anspruch wird nach den vorstehenden Ausführungen zu 1. von der Bürgschaft erfaßt, so daß die Beklagte ihre Zahlungen mit Rechtsgrund erbracht hat.

Anders könnte dies allenfalls sein, wenn die Mängel, die der mit der Widerklage zurückverlangten Zahlung zugrunde lagen, erst zu einem Zeitpunkt auftraten, zu dem die in Nr. IV des Kaufvertrages vorgesehene vorletzte Rate bei einer Zahlungsweise nach Baufortschritt bereits erbracht gewesen wäre und die noch offene letzte Rate – was hier zutrifft – der Höhe nach hinter dem gesamten zur Mängelbeseitigung erbrachten Aufwand zurückbleibt. Da der Kläger bei Zahlung nach Baufortschritt in diesem Fall in Höhe der Differenz ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend machen könnte, ließe sich möglicherweise die Ansicht vertreten, daß er durch die Bürgschaft nicht besser gestellt werden sollte. Dagegen dürfte allerdings der Umstand sprechen, daß die Bürgschaft unterschiedslos für alle Ansprüche des Klägers auf Rückgewähr des Kaufpreises übernommen wurde. Im Streitfall bedarf diese Frage keiner Entscheidung. Denn die Beklagte, die für die Rechtsgrundlosigkeit ihrer Leistung beweispflichtig ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.1992 – VI ZR 215/91, LM § 355 ZPO Nr. 13 Bl. 3 Rückseite m.w.N.), hat zu dem Zeitpunkt, zu dem die Mängel erstmals auftraten, nichts vorgetragen. Auch die Revision geht darauf nicht ein.

## Anmerkung:

Die Begründung des Senats stützt sich auf eine individuelle Auslegung der Bürgschaft, die nicht zu überzeugen vermag. Es handelte sich offenbar um einen ganz typischen Vertrag über ein Sanierungsobjekt in den neuen Bundesländern. Da-

bei sollte der Kaufpreis aus steuerlichen Gründen bereits im Jahr des Vertragsschlusses vollständig vorausgezahlt werden, obwohl mit den Sanierungsarbeiten noch nicht einmal begonnen war. Diese Art der Zahlungsweise war typischerweise allein durch steuerliche Gründe (Fördergebietsgesetz) motiviert. Um ein Abweichen vom Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV gewerberechtlich zu ermöglichen, war es erforderlich, daß vom Bauträger eine Bürgschaft nach § 7 MaBV gestellt wurde.

Dieser der Praxis wohlvertraute Sachverhalt wird nun vom BGH geradezu umgedreht. Nach der die Entscheidung tragenden Begründung des Senats lag „der Grund für die Vorauszahlung des gesamten Kaufpreises (...) allein in der Bürgschaft der Beklagten“ und sei diese deshalb bei „interessengerechter Auslegung“ im entschiedenen Sinne zu verstehen. Diese Begründung vertauscht jedoch Ursache und Wirkung und vermag daher nicht zu überzeugen. Ebenso wenig kann es überzeugen, wenn die Bezugnahme auf § 7 MaBV auch als Bezugnahme auf den dazu bestehenden Meinungsstreit verstanden und dann gem. § 5 AGB-Gesetz die dem Kreditinstitut ungünstigere Auffassung der Auslegung zugrundegelegt wird. Nachdem der Text der Bürgschaftsurkunde mit Anlage 7 des Musterentwurfs der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 34c GewO und der MaBV im wesentlichen identisch war, liegt es fern anzunehmen, daß das Kreditinstitut eine über den nach § 7 MaBV notwendigen Inhalt hinausgehende Bürgschaftserklärung abgeben wollte. Dies hätte vielmehr ausdrücklich erwähnt werden müssen. Wer auf einen amtlichen Text Bezug nimmt, will regelmäßig nur den damit verbundenen notwendigen Inhalt gewährleisten. Die seit langem umstrittene Frage, ob eine Bürgschaft nach § 7 MaBV auch etwaige Gewährleistungsansprüche des Käufers sichert, war also im Gegensatz zur Begründung des BGH entscheidungserheblich. Insofern beeinträchtigt das Urteil bedauerlicherweise die Rechtssicherheit. Die notarielle Praxis wird als Reaktion auf die Entscheidung künftig mit Negativerklärungen in den Bürgschaften rechnen müssen, in denen die Gewährleistungsansprüche des Käufers ausdrücklich ausgeschlossen sind. Der Notar steht dann vor der Frage, ob eine derartige Bürgschaft als Fälligkeitvoraussetzung i.S.d. § 7 MaBV genügt. Umso mehr muß man bedauern, daß der BGH die Frage nicht endgültig entschieden hat.

Für einen weiten Umfang der Bürgschaftssicherung sprechen in erster Linie das Argument des Verbraucherschutzes und die Tatsache, daß die finanzierende Bank das Mängelrisiko auch im Rahmen der Abwicklung nach § 3 MaBV teilweise mitzutragen hat. Ein Freigabeversprechen darf nur von der Zahlung des geschuldeten Kaufpreises abhängig sein, § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV. Eine berechtigte Minderung oder Aufrechnung mit Mängelbeseitigungskosten muß der Globalgläubiger gegen sich gelten lassen.

Andererseits zeigt sich insbesondere an der Regelung des steckengebliebenen Baus, daß die Globalgläubigerin keineswegs immer das Mängelrisiko mitzutragen hat. So muß sie zwar den Vertragsgegenstand gegen Zahlung der anteiligen Vertragssumme freigeben, § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV. Übersteigen allerdings die bereits geleisteten Zahlungen des Käufers diesen Betrag, so ist die Gläubigerin zur Rückzahlung nicht verpflichtet. Wählt die Bank statt der Freigabe die Rückzahlungsmöglichkeit des § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV, muß sie nur den (durch etwaige Mängel ja geminderten) anteiligen Verkehrswert zurückbezahlen.

Die Regelung des steckengebliebenen Baus ist deshalb von so wichtiger Bedeutung, weil sie im Verhältnis Käufer/Globalgläubiger die nach der MaBV zulässige Verteilung des Insolvenzrisikos des Bauträgers offenlegt. Solange der Bauträger leistungsfähig ist, sind die Gewährleistungsansprüche selbstverständlich von ihm zu erfüllen und ist die Streitfrage wirtschaftlich bedeutungslos. Fällt der Bauträger aber als Schuldner aus, dann kommt es entscheidend darauf an, inwieweit der Globalgläubiger für die Käuferansprüche mithaftet.

Im Rahmen des § 3 MaBV hat der Globalgläubiger das Mängelrisiko letztlich nur zu tragen, soweit der Käufer noch nicht bezahlt hat. Zur Sicherung seiner Gewährleistungsinteressen ist der Käufer auf sein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB verwiesen. Wenn demgegenüber die Bürgschaft nach § 7 MaBV Minderungs- und Mängelbeseitigungsansprüche sichert, hätten die beiden Sicherungssysteme einen unterschiedlichen Schutzzumfang. Dies erscheint deshalb ungereimt, weil die MaBV einen jederzeitigen Austausch der Sicherungen ausdrücklich zuläßt, § 7 Abs. 1 S. 4 MaBV. Der Bauträger und der dahinterstehende Gläubiger hätten es damit in der Hand, durch einen Austausch der Sicherheiten die Ansprüche des Käufers zu verkürzen. Dies scheint der BGH allerdings nicht für ausgeschlossen zu halten, da ja die Frage des Erlöschens der Bürgschaft ausführlich erwogen wurde und nur deshalb nicht durchgriff, weil keine vollständige Fertigstellung vorlag.

Eine konsistente Auslegung der Vorschriften legt es m.E. jedoch näher, daß der Schutzbereich der beiden Sicherungssysteme nach § 3 und 7 MaBV insoweit nicht voneinander abweicht und daß die Bürgschaft also keine Ansprüche auf Minderung und Ersatz von Mängelbeseitigungskosten sichert. Hierfür spricht auch, daß die MaBV schon nach ihrer grundsätzlichen Intention keinen Schutz der Gewährleistungsansprüche bezweckt (vergl. *Marcks*, MaBV, § 3, Rdnr. 43; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 337). Daraus folgt dann andererseits, daß den Gewährleistungsinteressen des Käufers anderweitig Rechnung getragen werden muß. Dafür kommt wiederum in erster Linie das Zurückbehaltungsrecht des Käufers gem. § 320 BGB in Betracht (zu Alternativen der Vertragsgestaltung in diesen Fällen vgl. *Basty*, a.a.O., Rdnr. 252 f.), so daß Vorausleistungen des Käufers grundsätzlich auch bei Bürgschaftssicherung unzulässig sind. Das Vorausleistungsgebot nach dem Leitbild des § 641 BGB gilt also auch hier. Die im konkreten Bauträgervertrag getroffene Fälligkeitsregel verstieß also – soweit keine Individualvereinbarung vorlag – gegen § 9 AGB-Gesetz.

Für die Fälle der Sanierungsvorhaben in den neuen Bundesländern ist allerdings wohl allgemein entschieden, daß die dort regelmäßig ausgestellten Vorauszahlungsbürgschaften auch Ansprüche des Käufers auf Minderung und Ersatz von Mängelbeseitigungskosten sichern. Es dürfte in der Praxis allgemein so gehandhabt worden sein, daß die Bürgschaften entsprechend dem amtlichen Mustertext zu § 7 MaBV gestaltet wurden. Ob es gerade für diese Fälle interessengerecht war, den Verbraucherschutz so weit auszudehnen, mag man bezweifeln. Wie bereits eingangs gesagt, war die vollständige Vorauszahlung letztlich eine Folge der steuerlichen Interessen des Käufers. Dies hätte es m.E. nahegelegt, ihm auch die damit verbundenen Risiken aufzuerlegen.

Notar *Dr. Jens Eue*, Kulmbach

3. BGB § 531 Abs. 2 (*Aufwendungsersatz bei Schenkungswiderruf*)

**Vermögensmindernde Aufwendungen des Beschenkten vor Zugang der Widerrufserklärung auf das infolge Widerrufs der Schenkung wegen groben Undanks herauszugebende Geschenk sind als Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen. Im übrigen kommt ein eigenständiger Verwendungsersatzanspruch des Beschenkten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB unter dem Gesichtspunkt der Verwendungskondition in Betracht, soweit bei Rückgabe des Geschenks noch eine Wertsteigerung vorhanden ist, die auf den zu ersetzenden Verwendungen beruht.**

BGH, Urteil vom 19.1.1999 – ZR 42/97–, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

—

4. BGB §§ 242, 528 Abs. 1; BSHG §§ 90, 92c Abs. 2 (*Zum Umfang der in einem Übergabevertrag übernommenen Pflegeverpflichtung*)

- 1. Die in einem Übergabevertrag vereinbarte Pflegeverpflichtung des Übernehmers mit einer subsidiären Kostentragungspflicht im Falle der Krankheit oder Behinderung des Übergebers schließt auch ungedeckte Kosten einer vollstationären Pflege ein.**
- 2. Für den Umfang dieser Verpflichtung gelten die für gegenseitige Verträge maßgebenden und aus dem Äquivalenzprinzip folgenden Schranken des § 242 BGB. Die subsidiäre Kostentragungspflicht ist der Höhe nach begrenzt, bis der Wert des von dem Anspruchsberechtigten übertragenen Gegenstandes erschöpft ist.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Koblenz, Urteil vom 16.1.1998 – 10 U 14/94 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, die seit 10.3.1989 entstandenen und nicht durch Alters- und Betriebsrenten der Klägerin gedeckten Kosten ihrer stationären Pflege zu erstatten.

Die 1916 geborene Klägerin und ihr 1926 geborener Ehemann hatten dem Beklagten, ihrem Enkelsohn, mit notariellem Übergabevertrag vom 5.11.1987 ihr 307 qm großes Hof- und Gebäudegrundstück in Y. (angegebener Verkehrswert: ca. 60.000,00 DM) gegen Übernahme der in § 2 des Vertrages genannten Auflagen und Gegenleistungen übertragen, unter anderem gegen Übernahme der hier streitgegenständlichen Pflegeverpflichtung:

„Im Falle der Krankheit oder Behinderung der Übergeber ist der Übernehmer weiter verpflichtet, für die erforderliche Pflege, für ärztliche Betreuung, Medikamente und eine etwa notwendige Krankenhausbehandlung zu sorgen.“

Die baren Kosten einschließlich der Kosten einer etwaigen Krankenversicherung tragen die Übergeber selbst. Soweit diese Kosten jedoch nicht durch bestehende Versicherungen oder eigene Mittel gedeckt werden können, gehen sie zu Lasten des Übernehmers.“

Die Klägerin erlitt am 2.2.1989 einen Schlaganfall. Sie ist seither pflegebedürftig und wird seit 10.3.1989 stationär in einem Heim gepflegt. Wegen der seit diesem Zeitpunkt angefallenen Heimpflege-

kosten, die nicht durch die um einen monatlichen Selbstbehalt verminderten Renten gedeckt sind, nimmt die Klägerin den Beklagten im eigenen Namen und nach Überleitung der ab September 1990 entstandenen Ansprüche gemäß § 90 BSHG auf die Verbandsgemeinde im Wege der Prozeßstandschaft auf Erstattung in Anspruch, und zwar für die ungedeckten Kosten vom 10.3.1989 bis 30.9.1993 mittels Zahlungsantrages und für die weiteren ungedeckten Kosten ab 1.10.1993 mittels Feststellungsantrages.

Der Beklagte hat eine Erstattungspflicht bestritten.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht – unter Abweisung des Feststellungs- und weitergehenden Zahlungsantrages – den Beklagten zur Zahlung an die Klägerin in Höhe von 37.914,80 DM nebst gestaffelten Zinsen seit dem 10.3.1989 verurteilt. Das Landgericht hat angenommen, der Beklagte habe nach dem Vertrag lediglich eine häusliche Pflege geschuldet. Von dieser Verpflichtung sei er jedoch durch die notwendige stationäre Pflege der Klägerin befreit worden. Daher sei er gemäß § 14 AGBGB verpflichtet, der Klägerin eine monatliche Rente zu zahlen; der Wert des durch den Wegfall der Pflegeleistung erlangten Vorteils betrage monatlich 668,80 DM. Für die Zeit vom 11.3.1989 (gemeint ist: 10.3.1989) bis 30. 8.1993 betrage die Geldrente damit insgesamt 37.914,80 DM.

Die Berufung der Klägerin hatte teilweise Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Der Beklagte schuldet für die in dem Zeitraum vom 1.4.1990 bis 30.11.1991 entstandenen ungedeckten Heimpflegekosten – entgegen dem angefochtenen Urteil – im Ergebnis insgesamt 40.000,00 DM nebst Zinsen. Davon entfallen

- auf die Klägerin: 9.525,41 DM nebst Zinsen für Kosten aus der Zeit vom 1.4.1990 bis 31.8.1990 (Hauptantrag),
- auf die Verbandsgemeinde (Hilfsantrag) aufgrund gesetzlichen Forderungsüberganges gemäß § 90 BSHG nach Überleitung der ab September 1990 entstandenen Ansprüche restliche 30.474,59 DM nebst Zinsen für Kosten aus der Zeit vom 1.9.1990 bis 30.11.1991 (Monat November nur teilweise).

Im übrigen ist das Rechtsmittel der Klägerin im Haupt- und Hilfsantrag dagegen unbegründet, denn weitergehende Ansprüche (Zahlungs- und Feststellungsantrag) gegen den Beklagten bestehen nicht.

1. a) Wie der Senat im Teilurteil bereits dargelegt hat, enthält die mit der Pflegeverpflichtung übernommene subsidiäre Kostenerstattungspflicht des Beklagten im Falle der Krankheit oder Behinderung der Übergeber – entgegen dem angefochtenen Urteil – keine gegenständliche Beschränkung für die dabei notwendig werdende Ausgestaltung der Pflege. Der Wortlaut dieser Vertragsbestimmung und die übrigen Vertragsregelungen lassen auch unter Anwendung allgemein anerkannter Auslegungsgrundsätze nicht erkennen, daß die Parteien bei der subsidiären Kostenerstattungsverpflichtung einen Unterschied danach haben treffen wollen, ob im Falle künftiger Krankheit oder Behinderung eine häusliche Pflege oder eine teilstationäre Pflege und Kurzzeitpflege oder eine vollstationäre Pflege in Betracht kommen würde.

Der Senat kommt daher entgegen dem Landgericht zu dem Ergebnis, daß die subsidiäre Kostenerstattungspflicht des Beklagten auch ungedeckte Kosten einer vollstationären Pflege einschließt, hinsichtlich des Umfangs dieser Verpflichtung allerdings nur innerhalb der für gegenseitige Verträge maßgebenden und aus dem Äquivalenzprinzip folgenden Schranken des § 242 BGB vgl. *Palandt*, BGB, 57. Aufl., § 242 Rdnr. 135; vgl. auch BVerfG, NJW 1994, 36/38 f. – Bürgschaft).

b) Das Lebensalter der Übergeber bei Vertragsschluß im Jahre 1987, deren mutmaßliche Lebenserwartung nach der statistischen Sterbetafel und der im Vertrag zugrundegelegte Jahreswert der Pflegeverpflichtung von ca. 3.800,00 DM (für Klägerin und Ehemann zusammen) mit dem Wert der übrigen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin und ihrem Ehemann im Verhältnis zum damaligen Verkehrswert des übertragenen Grundstücks von ca. 60.000,00 DM gebieten unter Berücksichtigung der Auslegungsergebnisse zu Ziffer 1.a) allerdings eine Vertragsanpassung gemäß § 242 BGB, die ein grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung – wie hier zutage getreten – ausschließt. Nach dem Vertragsinhalt und der vertraglichen Struktur sollten die Leistung der Klägerin und ihres Ehemannes einerseits und die Gegenleistungen des Beklagten andererseits gleichwertig sein. Die subsidiäre Kostenerstattungspflicht des Beklagten ist daher gemäß § 242 BGB der Höhe nach begrenzt, bis der Wert des von dem Anspruchsberechtigten übertragenen Gegenstandes erschöpft ist (vgl. auch BGH, NJW 1996, 987 f. zu § 528 Abs. 1 BGB [= MittBayNot 1996, 192]; hier ist also der Wert des von der Klägerin auf den Beklagten übertragenen Grundstücksanteils maßgebend. Eine darüber hinausgehende Kostenerstattungspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin oder dem wirtschaftlich hinter ihr stehenden Sozialhilfeträger würde im übrigen zu einem groben Wertungswiderspruch zu den Fällen des § 528 Abs. 1 BGB oder des § 92 c Abs. 2 BSHG führen; der Rückgewähr- bzw. Kostenerstattungsanspruch ist in den vorgenannten Fällen auf den Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes beschränkt. Auf die von der Klägerin angeführten formalen Argumente des „Risikogeschäfts“ oder „Vertrag ist Vertrag“ kann demgegenüber ebensowenig abgestellt werden (vgl. BVerfG, NJW 1994, 36/38 f. – Bürgschaft) wie auf die hier nicht einschlägige vertragliche Einordnung eines Leibrentenversprechens.

Der Verkehrswert des von der Klägerin mit Vertrag vom 5.11.1997 übertragenen  $\frac{1}{2}$ -Anteils hat damals 30.000,00 DM betragen ( $\frac{1}{2}$  von 60.000,00 DM). Für den Umfang des Kostenerstattungsanspruchs ist allerdings nicht der damalige Verkehrswert maßgebend, sondern der Verkehrswert des Grundstücksanteils im Zeitpunkt des mutmaßlichen Ablaufs der Kostenerstattungspflicht (hier: 1.4.1991; die ungedeckten Heimpflegekosten vom 1.4.1990 bis 30.6.1991 betragen ca. 30.000,00 DM).

c) Wie das vom Senat eingeholte Sachverständigengutachten zur Überzeugung des Senates ergeben hat, beträgt der Verkehrswert des von der Klägerin auf den Beklagten übertragenen  $\frac{1}{2}$ -Grundstücksanteils bezogen auf den Wertermittlungsstichtag 1.7.1991 insgesamt 40.000,00 DM.

Der Sachverständige hat dabei die Vorgaben des Senats im Beweisbeschluß vom 12.7.1996 vollständig berücksichtigt. Seiner Wertermittlung hat er insbesondere nur den ursprünglichen baulichen Zustand im Zeitpunkt der Übertragung des Grundstücksanteils von der Klägerin auf den Beklagten zugrundegelegt; die nachfolgenden wertsteigernden baulichen Investitionen durch den Beklagten sind folgerichtig nicht mehr in die Ermittlung des Wertes für den übertragenen Grundstücksanteil einbezogen worden. Die Parteien haben gegen das Sachverständigengutachten keine Rügen mehr vorgebracht.

5. BGB §§ 108 Abs. 1, 1909, 1629 Abs. 2, 1795, 181 (*Zum lediglich rechtlichen Vorteil bei einer unentgeltlichen Erbanteilsübertragung*)

**Durch die unentgeltliche Übertragung eines Erbanteils an einen beschränkt Geschäftsfähigen erlangt dieser keinen lediglich rechtlichen Vorteil, da der Minderjährige aufgrund des Erwerbs persönlich für etwaige Nachlassverbindlichkeiten haftet. Dies gilt auch dann, wenn der Erwerber bereits Mitglied der Erbengemeinschaft ist. In diesem Fall erhöht sich durch den Erbanteilerwerb eine mögliche Haftungsquote des Minderjährigen im Innenverhältnis.**

*(Leitsätze der Schriftleitung)*

LG Deggendorf, Beschluß vom 7.1.1999 – 1 T 155/98 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Kurt Schwab*, Osterhofen

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1) bis 5) bilden eine Erbengemeinschaft nach F., dem am 5.11.95 verstorbenen Ehemann der Beteiligten zu 1). Zu diesem Nachlaß gehört ein  $\frac{1}{8}$ -Anteil am Nachlaß des am 31.7.64 vorverstorbenen P. Bestandteil dieses letztgenannten Nachlasses wiederum ist das im Grundbuch des Amtsgerichts D. eingetragene Grundstück, Fl.St.Nr. ... Aufgrund der beiden bislang noch nicht auseinandergesetzten Erbfälle sind die Beteiligten zu 1) bis 5) in ungeteilter (Unter-) Erbengemeinschaft für F. an der vorgenannten Grundbuchstelle eingetragen.

Durch notarielle Urkunde vom 16.3.98 übertrug die Beteiligte zu 1) ihren hälftigen Erbanteil zu gleichen Teilen auf die Beteiligten zu 3), 4) und 5). Ferner übertrug die Beteiligte zu 2) ihren  $\frac{1}{8}$ -Erbanteil durch notarielle Urkunde vom selben Tag auf die Beteiligten zu 4) und 5). Die Beteiligten bewilligten und beantragten entsprechende Grundbuchberichtigungen in den notariellen Urkunden. Die bei Vertragsschluß 16- bzw. 13-jährigen Beteiligten zu 4) und 5) handelten in beiden Verträgen jeweils ohne Vertreter; eine Genehmigung dieser Verträge erfolgte bislang weder durch einen Ergänzungspfleger, noch durch das zuständige Vormundschaftsgericht.

Das Amtsgericht D., Grundbuchamt, kündigte durch Zwischenverfügung die Zurückweisung der Anträge an, da beide Verträge vor Vollendung der Eintragung wegen der Minderjährigkeit der Beteiligten zu 4) und 5) durch einen Ergänzungspfleger bzw. das Vormundschaftsgericht zu genehmigen seien.

Gegen diese Zwischenverfügung wenden sich nunmehr die Beteiligten. Die als Beschwerde zu betrachtende Erinnerung blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

Das Amtsgericht D., Grundbuchamt, erließ zu Recht die beschwerdegegenständliche Zwischenverfügung, in der eine Frist zur Genehmigung der Erbteilsübertragungen durch einen Ergänzungspfleger und durch das Vormundschaftsgericht gesetzt wurde. Denn entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführer ist zum einen die Genehmigung der Verträge i.S.v. § 108 Abs. 1 BGB erforderlich, wobei dieser ggfls. durch einen Ergänzungspfleger nach §§ 1909, 1629 Abs. 2, 1795, 181 BGB zu erfolgen hat. Zum anderen bedürfen die Verträge der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1915, 1822 Nr. 10 BGB. Diese bislang nicht erfüllten Anforderungen stellen sich als behebbares Hindernis nach § 18 Abs. 1 GBO dar und rechtfertigen den Erlaß einer sog. „Zwischenverfügung“.

a) Die beiden notariellen Verträge vom 16.3.98 bedürfen der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter der Beteiligten zu 4) und 5), um Wirksamkeit erlangen zu können, § 108 Abs. 1 BGB.

Die beiden, bei Vertragsschluß 16 bzw. 13 Jahre alten Beteiligten zu 4) und 5) waren am 16.3.98 in ihrer Geschäftsfähig-

keit beschränkt, § 106 BGB. Ihre den vorgenannten Verträgen zugrunde liegenden Willenserklärungen bedürfen daher grundsätzlich der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Nachdem eine solche nicht vorhanden ist, hängt die Wirksamkeit der Erklärungen von der Genehmigung des Vertreters i.S.v. § 108 Abs. 1 BGB ab. Dieses Einwilligungs- bzw. Genehmigungserfordernis entfällt entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführer nicht deswegen, weil die Beteiligung zu 4) und 5) lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen. Zunächst bedeutet die unentgeltliche Übertragung eines Erbteils auf einen Minderjährigen nicht das Erlangen eines lediglich rechtlichen Vorteils, da dieser durch den Erwerb des Erbanteils Mitglied der Erbengemeinschaft wird. Mit diesem Erwerb setzt sich der Minderjährige nämlich der kraft Gesetzes bestehenden persönlichen Haftung für etwaige Nachlassverbindlichkeiten aus, §§ 2385, 2382, 1967 BGB (*Palandt-Heinrichs*, § 107, Rdnr. 2; *MK-Gitter*, BGB, 3. Aufl. § 107, Rdnr. 18; *Haegele/Schöner/Stöber*, HRP, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 968; AG Stuttgart, BWNotZ 970, 177). Dies gilt nach Ansicht des erkennenden Gerichts selbst dann, wenn dem Erbteilerwerber noch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß offen steht. Denn der Erwerber hat insofern bestimmte Fristen (§§ 1994 Abs. 1 S. 2; 1981 Abs. 2 S. 2 BGB; § 220 KO bzw. § 319 InsO) zu beachten, nach deren Ablauf die Haftungsbeschränkung nicht mehr möglich ist. Oder er hat im Prozeß die sog. „Dürftigkeitseinrede“ i.S.v. § 1990 BGB zu erheben.

Diese Betrachtungsweise hinsichtlich des nicht lediglich rechtlichen Vorteils einer Erbteilszuwendung ist schließlich auch dann geboten, wenn der Erwerber bereits Mitglied der fraglichen Erbengemeinschaft ist. Zwar ist dann eine etwaige Haftung bzw. Haftungsmöglichkeit des Minderjährigen „dem Grunde nach“ bereits zu bejahen, doch erhöht sich durch den Erbteilerwerb eine mögliche Haftungsquote dieses Minderjährigen im Innenverhältnis. Nachdem sich der Ausgleich mehrerer Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile richtet (BayObLGZ 1963, 319, 324; 1970, 125, 132; MüKo-Diitz, BGB, 3. Aufl., § 2058, Rdnr. 31 f.; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 57. Aufl., § 2058, Rdnr. 4), trifft den minderjährigen Erbteilerwerber ggfls. eine entsprechend erhöhte Haftungsquote. So haften die Beteiligten zu 4) und 5) nach der Übertragung der Erbteile der Beteiligten zu 1) anstelle von  $\frac{1}{8}$  (= 12,5%) mit je  $\frac{7}{24}$  (= 29%); die weitere anteilige Übertragung des Erbteils der Beteiligten zu 2) erhöht diese Quote um jeweils  $\frac{1}{16}$  auf je  $\frac{17}{48}$  (= 35%). Damit müssen die Beteiligten zu 4) und 5) – unabhängig von einer wirtschaftlichen Betrachtung – aufgrund der Erbteilsquoten weitere mögliche rechtliche Belastungen auf sich nehmen, so daß ein „lediglich rechtlicher Vorteil“ zu verneinen ist.

b) Diese Genehmigung i.S.v. § 108 Abs. 1 BGB hat hier ggfls. durch einen sog. „Ergänzungspfleger“ i.S.v. § 1909 BGB zu erfolgen. Dessen Bestellung ist nach §§ 1909 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 1798 Abs. 2, 181 BGB veranlaßt. Eine Vertretung der Beteiligten zu 4) und 5) nach § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB durch ihre Mutter, die Beteiligte zu 1), ist hier nicht möglich, da diese nach §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist. So trat die Beteiligte zu 1) im Rahmen des notariellen Vertrages vom 16.3.98 als Veräußerer des Erbteils im eigenen Namen auf. Ein gleichzeitiges Vertreterhandeln für die Beteiligten zu 4) und 5) würde ein doppelfunktionales Auftreten i.S.v. § 181 BGB verwirklichen. Der weitere notarielle Vertrag vom 16.3.98 wurde zwischen der Beteiligte zu 2) und dem Beteiligten zu 4) und 5) geschlossen. Da die Beteiligte zu 2)

als Tochter der Beteiligten zu 1) mit dieser in gerader Linie verwandt ist, scheidet insofern eine Vertretung nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB aus. In beiden vorgenannten Verträgen entfällt das Vertretungshindernis auch nicht wegen des ausschließlichen Erfüllens einer Verbindlichkeit als Vertragsgegenstand bzw. der Zuwendung eines „lediglich rechtlichen Vorteils“. Damit ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers i.S.v. § 1909 BGB geboten.

c) Nachdem aufgrund der vorangegangenen Ausführungen die Notwendigkeit einer Ergänzungspflegschaft i.S.v. § 1909 BGB besteht, finden auch die Bestimmungen der §§ 1821 f. BGB über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Anwendung, § 1915 BGB. Da aufgrund des Erbteilerwerbs jedenfalls die Haftungsquote im Innenverhältnis erweitert wird, ist es angezeigt, diesen Umstand als Übernahme einer fremden Verbindlichkeit i.S.v. § 1822 Nr. 10 BGB zu bewerten (vgl. AG Stuttgart, BWNotZ, 1970, 177; *Haegele/Schöner/Stöber* HRP Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 968). Dementsprechend ist das von Seiten des Amtsgerichts D., Grundbuchamt, verlangte Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu bejahen.

d) Die oben dargelegten Genehmigungsanforderungen seitens eines Ergänzungspflegers und seitens des Vormundschaftsgerichts erscheinen als leicht und schnell behebbarer Mangel. Es entspricht somit pflichtgemäßem Ermessen, wenn das Amtsgericht D., Grundbuchamt, aufgrund dieses Umstandes den Antrag der Beteiligten nicht sofort zurückwies, sondern die ausstehenden Genehmigungen zum Gegenstand einer Zwischenverfügung machte.

---

6. BGB § 1093; ZPO § 322 Abs. 1 (*Rechtsgrund für ein dingliches Wohnungsrecht*)

- 1. Rechtsgrund für ein dingliches Wohnungsrecht ist der schuldrechtliche Vertrag, in dem Verpflichteter und Berechtigter die Bestellung vereinbart haben, nicht ein zusätzlich abgeschlossener Mietvertrag über die von dem dinglichen Recht erfaßte Wohnung.**
- 2. Wird das Wohnungsrecht vereinbarungsgemäß bestellt, ist der zugrundeliegende Schuldvertrag erfüllt und rechtfertigt den Fortbestand der Dienstbarkeit; er stellt kein der Kündigung zugängliches Dauerschuldverhältnis dar und bleibt von der Kündigung eines zusätzlich abgeschlossenen Mietvertrages unberührt.**
- 3. Wird gegen den Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts rechtskräftig auf Räumung erkannt, so erfaßt die Wirkung der Rechtskraft nicht die Feststellung, daß ein dingliches Wohnungsrecht nicht oder nicht mehr besteht; der Geltendmachung des Wohnungsrechts durch Verlangen nach Wiedereinräumung des Besitzes steht der Räumungstitel unter dem Gesichtspunkt der rechtskräftigen Versagung des kontradiktorischen Gegenteils jedenfalls dann nicht entgegen, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse seitdem geändert haben.**

BGH, Urteil vom 13.11.1998 – V ZR 29/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

7. GBO § 27 (*Bewilligung des Grundstückseigentümers zur Löschung eines Grundpfandrechts vor Löschungsbewilligung des Gläubigers möglich*)

**Die grundbuchrechtlich erforderliche Bewilligung des Grundstückseigentümers zur Löschung eines Grundpfandrechts kann bereits vor Abgabe der Löschungsbewilligung des Gläubigers erklärt werden, ob ein Einverständnis des Grundstückseigentümers mit der Löschung vorliegt, ist gegebenenfalls durch Auslegung festzustellen. Erforderlich ist, daß sich das Einverständnis eindeutig und zweifelsfrei ergibt.**

BayObLG, Beschluß vom 8.12.1998 – 2Z BR 176/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte ist im Grundbuch als Eigentümerin mehrerer Grundstücke eingetragen. An einem Grundstück ist in Abteilung II unter der laufenden Nummer 1 ein Anbaurecht eingetragen. Mehrere Grundstücke sind in der Abteilung III mit einer größeren Zahl von Grundpfandrechten belastet.

Am 30.3.1998 bestellte die Beteiligte einer Sparkasse eine Grundschuld „im Rang nach dem Recht Abt. II lfd. 1“ und bewilligte und beantragte,

„in das Grundbuch einzutragen:

1. die Grundschuld an der bestimmten Rangstelle, notfalls vorerst an nächstoffener Rangstelle;
2. den zur Beschaffung des bestimmten Ranges erforderlichen Erklärungen, evtl. Löschungen wird mit dem Antrag auf Vollzug zugestimmt.“

Die Grundschuld wurde am 18.5.1998 hinter den bereits eingetragenen Grundpfandrechten in das Grundbuch eingetragen.

Am 3.7.1998 hat die Beteiligte Löschungsbewilligungen der Gläubiger vorgehender Grundpfandrechte vorgelegt und die Löschung beantragt; dabei hat sie wegen der Eigentümerzustimmung auf ihre Erklärung vom 30.3.1998 verwiesen.

Das Grundbuchamt hat den Löschantrag beanstandet und die Vorlage einer Eigentümerzustimmung in grundbuchmäßiger Form verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde dagegen hat das Landgericht zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zur Löschung eines Grundpfandrechts im Grundbuch ist materiellrechtlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers gemäß § 1183 BGB erforderlich. Verfahrensrechtlich genügt gegenüber dem Grundbuchamt die Bewilligung des Grundstückseigentümers gemäß §§ 19, 27 GBO. Die Bewilligung des Grundstückseigentümers ist eine verfahrensrechtliche Erklärung. Ist sie nicht ausdrücklich erklärt, kann sie sich durch Auslegung ergeben. Erforderlich ist dabei, daß sich das Einverständnis des Grundstückseigentümers mit der Löschung eindeutig und zweifelsfrei ergibt. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Das alles entspricht allgemeiner Meinung und ist unbestritten (vgl. dazu *Demharter* GBO 22. Aufl. § 27 Rdnr. 10, 11, § 19 Rdnr. 28, jeweils mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Die Zustimmung zu der Löschung kann auch im voraus zu der erst noch abzugebenden Löschungsbewilligung des Gläubigers erklärt werden (OLG Köln Rpfleger 1981, 354; *Demharter* § 27 Rdnr. 12; KEHE/*Ertl* GBR 4. Aufl. § 27 Rdnr. 9). Ob

danach von einer Bewilligung des Grundstückseigentümers auszugehen ist, kann das Rechtsbeschwerdegericht ohne Bindung an die Auslegung der Vorinstanzen selbst feststellen (BayObLG Rpfleger 1993, 189; *Demharter* § 78 Rdnr. 15).

b) Das Landgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß von einem in grundbuchmäßiger Form erklärten Einverständnis des Beteiligten mit der Löschung der Grundpfandrechte nicht ausgegangen werden kann. Der Senat teilt diese Auffassung.

In der Erklärung vom 30.3.1998 ist der Rang, den die Grundschuld zugunsten der Sparkasse erhalten soll, dahin bestimmt, daß sie „Rang nach dem Recht Abt. II lfd. 1“ erhalten soll. Auf die so bestimmte Rangstelle ist in den anschließenden Erklärungen jeweils Bezug genommen. Durch diese Rangbestimmung ergibt sich nicht eindeutig und zweifelsfrei, daß die Grundschuld den Rang vor allen in Abt. III eingetragenen Rechten erhalten soll. Dafür spricht allerdings, daß die am 30.3.1998 bewilligte Eintragung der Grundschuld „vorerst an nächstoffener Rangstelle“ und die erklärte Zustimmung zu „den zur Beschaffung des bestimmten Ranges erforderlichen Erklärungen, evtl. Löschungen“ nur dann einen Sinn geben, wenn die Grundschuld zugunsten der Sparkasse allen oder doch einzelnen der bereits eingetragenen Grundpfandrechte vorgehen soll. Dies reicht jedoch nicht aus, um den Bestimmtheitserfordernissen des Grundbuchrechts nach klaren und eindeutigen Erklärungen (vgl. *Demharter* Anh. zu § 13 Rdnr. 5) zu genügen. Entscheidend ist für den Senat, daß jeweils auf den „bestimmten Rang“ abgestellt wird und die Rangbestimmung sich darauf beschränkt, den Rang nach dem Recht in Abt. II festzulegen. Im Verhältnis zu den Rechten in Abt. III ist hinsichtlich des Rangs nichts gesagt.

8. GBO § 19, §§ 84 ff.; BayGO Art. 37 Abs. 1 Nr. 1, Art. 38 Abs. 1 (*Löschung einer Auflassungsvormerkung wegen Gegenstandslosigkeit*)

**Zur Löschung der für eine bayerische Gemeinde eingetragenen (Rück-)Auflassungsvormerkung wegen Gegenstandslosigkeit.**

BayObLG, Beschluß vom 12.2.1999 – 2Z BR 155/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1, eine Gemeinde, verkaufte zu notarieller Urkunde vom 30.9.1994 ein Grundstück als Bauland an den Beteiligten zu 2. Dieser verpflichtete sich in Abschnitt XII der Vertragsurkunde, das Grundstück innerhalb von fünf Jahren ab Vertragsschluß im Rahmen der Festsetzungen des rechtskräftigen Bebauungsplans mit einem Wohnhaus zu bebauen. Weiter heißt es:

„Die Gemeinde behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag zurückzutreten, wenn der Käufer das Vertragsgrundstück nicht innerhalb von fünf Jahren, gerechnet von heute an, bebaut oder das Vertragsgrundstück innerhalb dieses Zeitraumes unbebaut weiterveräußert.

... Als Bebauung im Sinne der vorstehenden Vereinbarung gilt die Fertigstellung der Kellerdecke.

Der Rücktritt ist schriftlich zu erklären. Er kann nur innerhalb von zwei Monaten nach Kenntnis der Gemeinde vom das Rücktrittsrecht auslösenden Sachverhalt ausgeübt werden.“

Der Beteiligte zu 2 bewilligte zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs der Beteiligten zu 1 bei Ausübung des Rücktrittsrechts eine Vormerkung, die in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Beteiligte zu 1 hat am 15.7.1998 mit Erklärung des ersten Bürgermeisters die Löschung der für sie eingetragenen Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt; als „Grund der Löschung“ ist Gegenstandslosigkeit angegeben. Das Grundbuchamt hat den Antrag beanstandet: Es lasse sich nicht feststellen, ob es sich bei der Bewilligung der Löschung um eine laufende Angelegenheit der Gemeinde handle, zumal der Wert der Auflassungsvormerkung 47.455 DM betrage. Zum Vollzug sei die Vorlage eines entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses oder einer Satzung erforderlich, aus der sich die Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters ergebe.

Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel (Erinnerung/Beschwerde) der Beteiligten zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Beschwerde sei nicht begründet. Das Rücktrittsrecht für den Fall, daß das Grundstück nicht bebaut werde, sei ein wichtiges Druckmittel der Gemeinden, ihre Ortsplanung zu verwirklichen. Die Aufgabe dieses Rücktrittsrechts durch Bewilligung der Löschung der dieses Recht sichernden Auflassungsvormerkung stelle keine Erledigung laufender Verwaltungsangelegenheiten dar; der Bürgermeister müsse daher seine Vollmacht dafür entweder durch einen Beschluß des Gemeinderats oder durch eine Satzungsbestimmung nachweisen.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand; das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

a) Nach Art. 38 Abs. 1 der Bayerischen Gemeindeordnung (GO) vertritt der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Diese Vorschrift begründet nur das Vertretungsrecht, nicht aber die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters; diese steht ihm ohne Ermächtigung durch einen Beschluß des Gemeinderats oder eines Gemeindeausschusses nach Maßgabe von Art. 32 Abs. 2, 3 GO nur in den Angelegenheiten zu, die er nach Art. 37 GO in eigener Zuständigkeit erledigen kann; diese Zuständigkeitsregelung hat auch eine die Vertretungsmacht beschränkende Außenwirkung. Ob an dieser von den Senaten des Bayerischen Obersten Landesgerichts seit jeher vertretenen Auslegung (vgl. BayObLGZ 1952, 271; 1962, 247/253 f.; 1971, 252/256; 1972, 344/345; 1974, 81/84 [= MittBayNot 1974, 106]; 91/92; 374/376 [= MittBayNot 1975, 39]; BayObLG MittBayNot 1986, 22 f. – alle 2. Zivilsenat –; BayObLGZ 1986, 112/114; 1997, 223/230; 1998, 261/267 – alle 1. Zivilsenat –; BayObLGZ 1997, 37/39 f. 3. Zivilsenat –) trotz der daran geübten Kritik (anderer Ansicht nunmehr auch *Hölzl/Hien* BayGO Art. 38 Anm. 2 a m.w.N.) festzuhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Es kommt vorliegend nicht darauf an, ob der erste Bürgermeister ohne Mitwirkung des Gemeinderats die für die Bewilligung der Löschung erforderliche Vertretungsmacht hat; die eingetragene Vormerkung kann hier auch ohne Bewilligung der Betroffenen wegen Gegenstandslosigkeit gelöscht werden.

b) (1) Als „Grund der Löschung“ ist in der Erklärung des ersten Bürgermeisters Gegenstandslosigkeit angegeben. Gemäß § 84 Abs. 2 Buchst. a, Abs. 3 GBO ist die Eintragung einer Vormerkung gegenstandslos, soweit das Recht, auf das sie sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist; die in jeder Hinsicht vom gesicherten Anspruch abhängige Vormerkung (vgl. BayObLG Rpfleger 1975, 395 m.w.N. [= MittBayNot 1975, 395]; BayObLG DNotZ 1989, 363 f.) ist gegenstandslos, wenn der Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr entstehen kann (*Demharter* GBO 22. Aufl. Rdnr. 8, *KEHE/Kuntze* GBR 4. Aufl. Rdnr. 7, jeweils zu

§ 84). Hier ist der gesicherte Anspruch dadurch aufschiebend bedingt, daß der Beteiligte zu 2 das Grundstück nach Ablauf von fünf Jahren ab Vertragsschluß noch nicht bebaut oder es innerhalb dieses Zeitraums unbebaut weiterveräußert hat. Ist die Kellerdecke innerhalb des genannten Zeitraums fertiggestellt, dann steht damit auch fest, daß die aufschiebende Bedingung für Anspruch und Vormerkung ausgefallen, der bedingte Anspruch endgültig erloschen ist (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 58. Aufl. § 158 Rdnr. 3). Damit wird die Eintragung der Auflassungsvormerkung gegenstandslos, das Grundbuch unrichtig.

(2) Von diesem Sachverhalt geht die vom ersten Bürgermeister abgegebene Erklärung aus. Es besteht kein Anlaß, an der Richtigkeit dieser tatsächlichen Feststellung zu zweifeln, die der erste Bürgermeister amtlich bestätigt und entweder selbst oder durch einen Gemeindebediensteten getroffen hat und die im übrigen in der Gemeinde (Beteiligte zu 1) offenkundig (allgemein bekannt) sein dürfte. Auf der Grundlage dieser Feststellung ist die Löschung gemäß §§ 84 ff. GBO ohne Bewilligung möglich; die Frage nach der rechtsgeschäftlichen oder verfahrensrechtlichen Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters stellt sich nicht.

#### 9. WEG § 5 (Zur Sondereigentumsfähigkeit von Balkonen)

**Wird in der Teilungserklärung bei der Beschreibung eines Sondereigentums auch der Balkon aufgezählt, so verstößt dies unbeschadet des Umstands, daß das Balkongeländer oder die Balkonbrüstung zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum steht, nicht gegen unabdingbares Recht.**

BayObLG, Beschluß vom 1.10.1998 – 2Z BR 144/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer aus zwei Wohnungen bestehenden Wohnanlage. Den Antragstellern gehört die Wohnung im Obergeschoß und den Antragsgegnern die Erdgeschoßwohnung.

In § 2 Abs. 2 der Teilungserklärung vom 24.11.1986 ist das Wohnungseigentum der Antragsteller beschrieben als

„Miteigentumsanteil zu 1/2, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Obergeschoß gelegenen Wohnung nebst Diele, Flur und Balkon, den zwei Kellerräumen samt Flur, dem Abstellraum und Trockenraum im Dachgeschoß nebst Balkon sowie der Garage.“

§ 3 Abs. 3 Sätze 3 und 4 der Gemeinschaftsordnung (GO) lauten wie folgt:

„Die Kosten für die Reparatur und Wartung der Heizungsanlage sind entsprechend den Miteigentumsanteilen von der Wohnungseigentümergeinschaft zu tragen; dies gilt auch für Reparaturen am Dach, für Reparaturen und Schönheitsmaßnahmen an der Außenfassade und für Reparaturen an der Wasser-, Strom- und eventuell Gasversorgung. Die Unterhaltung der Terrasse und der Balkone unterliegt ausschließlich demjenigen Sondereigentümer, welcher die Terrasse oder die Balkone benützt.“

Die Antragsteller ließen die Holzbrüstung des von ihnen genutzten Balkons ersetzen und wendeten dafür 9.324,44 DM auf. Die Hälfte davon machen sie gegen die Antragsgegner geltend.

Die Antragsteller haben beantragt, die Antragsgegner zur Zahlung von 4.662,22 DM nebst Zinsen zu verpflichten. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Antragsteller zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Nach § 3 der Gemeinschaftsordnung oblige die Unterhaltung der Terrassen und Balkone ausschließlich dem Sondereigentümer, welcher die Terrasse oder die Balkone benütze. Damit sei für den gesamten Balkon eine Regelung getroffen, die die Tragung der Unterhaltungskosten den Antragstellern zuweise. Die Regelung gelte unabhängig davon, wem die Balkone gehörten. Ein Verstoß gegen zwingende Regeln des Wohnungseigentumsrechts sei nicht erkennbar.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach dem Eingangssatz von § 3 GO bestimmt das Wohnungseigentumsgesetz, was Gegenstand des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums ist, sofern in der Gemeinschaftsordnung nicht abweichende oder ergänzende Regelungen getroffen sind. Solche Regelungen enthält die Gemeinschaftsordnung nicht.

Balkone werden grundsätzlich als sondereigentumsfähig angesehen. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß diejenigen Teile eines Balkons, die für den Bestand oder die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen (§ 5 Abs. 2 WEG). Desgleichen können gemäß § 5 Abs. 1 WEG die Teile eines Balkons nicht Sondereigentum sein, durch deren Veränderung, Beseitigung oder Einfügung die äußere Gestalt des Gebäudes verändert würde (vgl. *Weitmauer* WEG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 11, 16, *Bärmann/Pick* WEG 7. Aufl. § 5 Rdnr. 4, 27, 30, *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 12. Aufl. Rdnr. 2820, *Meikel/Morvilius* GBR 7. Aufl. Einl. Rdnr. C 97, *KEHE/Ertl/Albrecht*, GBR 4. Aufl. Einl. Rdnr. E 31, jeweils mit weiteren Rechtsprechungsangaben). Die Balkonbrüstung oder ein Balkongeländer gehört danach jedenfalls zum Gemeinschaftseigentum (BayObLG NJW-RR 1990, 784; WuM 1997, 187 f.; *Bärmann/Pick* § 5 Rdnr. 4). Die Beschreibung des Sondereigentums der Antragsgegner in der Teilungserklärung unter Einbeziehung der Balkone, ohne hinsichtlich der einzelnen Teile der Balkone zu unterscheiden, steht nicht in Widerspruch zu zwingendem Recht. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Aufzählung einzelner Räume der Wohnung, z. B. des Flurs, die ebenfalls zwingend dem gemeinschaftlichen Eigentum zuzuordnende Bestandteile, z. B. tragende Zwischenwände, enthalten können (vgl. § 5 Abs. 2 letzter Halbsatz WEG).

b) Die Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums ist Teil der ordnungsmäßigen Verwaltung, die den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich obliegt (§ 21 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 5 Nr. 2 WEG). Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung bestimmter Teile des gemeinschaftlichen Eigentums kann in Abweichung von der gesetzlichen Regelung durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer anderweitig geregelt werden; insbesondere kann sie einem einzelnen Wohnungseigentümer auferlegt werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG; BayObLG WuM 1993, 562; 1997, 187 f.; *Weitmauer* § 5 Rdnr. 6). Dies ist hier in zulässiger Weise in § 3 Abs. 3 Satz 4 GO hinsichtlich der gesamten Balkone geschehen. Der Senat teilt die Auslegung dieser Bestimmung durch die Vorinstanzen dahin, daß der „Unterhalt“ auch die Instandsetzung im gemeinschaftlichen Eigentum stehender Teile des Balkons, insbesondere der Balkonbrüstung, umfaßt. Dies ist jedenfalls die nächstliegende Bedeutung der Bestimmung für einen unbefangenen Leser auch unter Berücksichtigung der Beschreibung des Sondereigentums in der Teilungserklärung unter Nennung der Balkone.

10. GBO § 29; BGB § 172 (Vollmachtsnachweis gegenüber Grundbuchamt)

**Dem Grundbuchamt muß lediglich eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde vorgelegt werden, wenn sich der Bevollmächtigte in einer von demselben Notar beurkundeten Erklärung zum Nachweis seiner Vertretungsbefugnis auf die von diesem verwahrte Urschrift beruft.**

OLG Stuttgart, Beschluß vom 24.3.1998 – 8 W 67/98 –

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller haben den grundbuchamtlichen Vollzug des zwischen ihnen abgeschlossenen notariellen Kaufvertrages beantragt.

Im Kaufvertrag (UR Nr. 2851/1996) hatte die Beteiligte Ziff. 1 als Käuferin der Beteiligten Ziff. 2 als Verkäuferin u. a. Vollmacht erteilt, „die Übereignung für sie entgegenzunehmen und die Eigentumsbeschreibung zu beantragen“. Im Vertragsnachtrag (UR Nr. 1836/1997) hat die Verkäuferin im eigenen und „aufgrund Vollmacht in Ziff. 8 des Kaufvertrages UR Nr. 2851/1996“ zugleich im Namen der Käuferin die Auflassung bezüglich der verkauften Teileigentumseinheiten erklärt. Zuvor war bereits eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden.

Durch Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt den Antragstellern mitgeteilt, daß dem Eintragungsantrag erst entsprochen werden könne, wenn dem Grundbuchamt noch eine Ausfertigung des Vertragsnachtrags nebst „Vorurkunde (UR Nr. 2851/1996)“ vorgelegt werde oder der beurkundende Notar dem Grundbuchamt eine Bescheinigung in der Form des § 29 GBO vorlege, in welcher er die Vorlage der Ausfertigung der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Auflassung bescheinige.

Mit ihrer Beschwerde machen die Antragsteller geltend, daß dann, wenn in einem Kaufvertrag ein Vertragsteil den anderen bevollmächtigte, die Auflassung zu erklären, dem Bevollmächtigten ein originärer Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung aus dem Kaufvertrag zustehe, der die tatsächliche Erteilung der Ausfertigung ersetze. Bei Erklärung der Auflassung durch den Bevollmächtigten vor demselben Notar, der den Kaufvertrag beurkundet hat, reiche deshalb die Feststellung, daß der Verkäufer aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag für den Käufer handle; dem Grundbuchamt brauche nur eine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages vorgelegt zu werden.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Antragsteller hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Grundbuchamt und das Landgericht davon ausgehen, daß hier die Bevollmächtigung der Verkäuferin durch Erteilung einer Vollmachtsurkunde erfolgt ist und somit § 172 BGB Anwendung findet. Nach dessen Absatz 2 bleibt die Vertretungsmacht des Vollmachtnehmers bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird. Diese Fiktion geht von dem in Absatz 1 unterstellten Fall aus, daß die Vollmachtsurkunde dem Vertreter ausgehändigt wurde, so daß er sie bei Ausübung der Vertretungsmacht dem Dritten vorlegen kann, und zwar entweder im Original oder einer das Original ersetzenden Ausfertigung. Zu Recht sieht das Grundbuchamt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der beurkundeten Vollmacht zum Nachweis des Besitzes der Vollmachtsurkunde nicht als ausreichend an (s. auch *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 3584; *Stiegeler*, BWNotZ 1985, 129/131, 2.3.3.1.1.).

Die Vorlage muß zwar eigentlich gegenüber dem Grundbuchamt erfolgen, es besteht allerdings Einigkeit darüber, daß die Vorlage an den die Auflassung beurkundenden Notar ausreicht, wenn dieser in der Form des § 29 GBO bestätigt, daß ihm das Original bzw. eine Ausfertigung der Vollmacht vor-

lag. Die die Auflassung entsprechend der Vollmacht im Kaufvertrag auch namens der Käuferin erklärende Verkäuferin hat weder dem Grundbuchamt noch dem Notar das Original oder eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegt. Ersteres konnte sie nicht vorlegen, da das Original der Vertragsurkunde beim beurkundenden Notar verbleibt (§ 25 BNotO, § 45 BeurkG). Eine Ausfertigung der Vertragsurkunde oder auch nur der darin enthaltenen Vollmachtsurkunde ist nicht erteilt worden.

Dennoch ist im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles die das Grundbuchamt bestätigende Rechtsmeinung des Landgerichts fehlerhaft, daß der Eintragung des Eigentumsübergangs der formal ungenügende Nachweis des Fortbestandes der Vollmacht zur Erklärung der Auflassung auch namens der Käuferin entgegenstehe.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, daß dann eine Ausnahme vom Erfordernis der Aushändigung einer Vollmachtsausfertigung gilt, wenn dem Bevollmächtigten ein originärer gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG zusteht. Wenn zudem die Erklärung des Vertreters von dem Notar beurkundet wird, der auch schon die Vollmacht beurkundet hat, ersetzt die Berufung auf die Urschrift der Vollmacht, die in der Urkundensammlung des Notars verwahrt wird, den Besitz der Ausfertigung (*Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O., Rdnr. 3585; *Stiegeler* a.a.O., 2.3.3.1.2.). Das Grundbuchamt darf davon ausgehen, daß der Notar in Wahrung seiner Amtspflichten einen Hinweis macht oder die Bezugnahme auf die Vollmachtsurkunde unterläßt, wenn ihm der Vollmachtgeber den Widerruf der Vollmacht mitgeteilt hat.

Zu Unrecht hat das Landgericht jedoch das Bestehen eines Anspruchs nach § 51 Abs. 1 BeurkG verneint.

Der Umstand, daß in Ziff. 10 des Kaufvertrages vereinbart wurde, daß von dieser Urkunde jeder Vertragsteil nach Eintragung im Grundbuch eine Ausfertigung erhält, bedeutet nicht, daß das Recht der Vertragsparteien, gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG jederzeit Ausfertigungen zu verlangen, vor diesem Zeitpunkt ausgeschlossen sein sollte, sondern nur, daß sie nach Grundbucheintragung ohne weiteren Antrag Ausfertigungen erhalten sollten. Die Urkunde kann auch nicht in zwei Urkunden, nämlich den Kaufvertrag und die Vollmachtsteilung aufgeteilt werden, mit der Konsequenz, daß ein gesetzlicher Anspruch des Bevollmächtigten auf Erteilung einer Ausfertigung der Vollmacht ausgeschlossen wäre, da nach § 51 Abs. 1 Ziff. 1 BeurkG nur der eine Ausfertigung erhalten kann, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat. Es handelt sich hier keineswegs um eine zufällige Verbindung des Kaufvertrages mit der Vollmacht in einer Urkunde; vielmehr ist die Vollmacht als Teil der gesamtvertraglichen Vereinbarung anzusehen und soll die Durchführung des Vertrages erleichtern. Die Beteiligte Ziff. 2 hat damit Anspruch auf eine Ausfertigung der gesamten Urkunde (UR Nr. 2851/1996 einschließlich Vollmacht).

Da somit das in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts angeführte Eintragungshindernis nicht vorliegt, der Fortbestand der Vollmacht vielmehr in der erforderlichen Form nachgewiesen ist, waren der Beschluß des Landgerichts und die Zwischenverfügung aufzuheben.

11. WEG § 3 (*Pfandfreigabe und Pfandunterstellung bei der Veränderung der Größe von Miteigentumsanteilen bei Wohnungseigentum*)

**Schließen die Wohnungseigentümer eine Vereinbarung über die Veränderung der Größe ihrer Miteigentumsanteile, dann liegt**

- a) **in der Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger, zu der Vereinbarung eine Pfandfreigabe, soweit sich die Miteigentumsanteile verkleinert haben, und**
- b) **in der Zustimmung eines Wohnungseigentümers zu der Vergrößerung seines Miteigentums grundsätzlich auch die Erklärung, daß er den vergrößerten Miteigentumsanteil den Grundpfandrechten unterstellt, die in Abt. III seines Wohnungsgrundbuchs eingetragen sind.**

OLG Hamm, Beschluß vom 28.5.1998, 15 W 411/97 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1) war Alleineigentümerin des im Grundbuch von ... Bl. 1732 A eingetragenen Grundstücks, das mit einem aus 7 Wohnungen bestehenden Gebäude bebaut ist.

Durch Teilungserklärung vom 12.2.1991 teilte sie das Grundstück in 7 Miteigentumsanteile auf, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung. Für die einzelnen Miteigentumsanteile wurden die 7 Wohnungsgrundbücher von ... Bl. 6061–6067 angelegt.

In den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6063–6067 ist in Abteilung III jeweils unter laufender Nr. 3 zu Gunsten der Städtischen Sparkasse eine Gesamtgrundschuld über 346.000,00 DM eingetragen. Durch schriftliche Erklärung vom 26.4.1995 entließ die Gläubigerin die in den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6065 und 6066 eingetragenen Miteigentumsanteile aus der Mithaft für die Gesamtgrundschuld.

Zu Gunsten derselben Gläubigerin ist im Wohnungsgrundbuch Bl. 6061 in Abteilung III unter laufender Nr. 4 eine Grundschuld über 100.000,00 DM, in dem Wohnungsgrundbuch Bl. 6065 in Abteilung III unter laufender Nr. 4 eine Grundschuld über 78.000,00 DM und in dem Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 in Abteilung III unter laufender Nr. 4 eine Grundschuld über 107.000,00 DM eingetragen.

Mit notariellen Verträgen vom 23.3.1995 veräußerte die Beteiligte zu 1) die im Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 eingetragene Eigentumswohnung an die Beteiligte zu 2) sowie die im Wohnungsgrundbuch Bl. 6065 eingetragene Wohnung an die Beteiligte zu 3). Zu Gunsten der Beteiligten zu 2) und 3) sind jeweils Auflassungsvormerkungen im Grundbuch eingetragen. Die Beteiligte zu 4) ist Eigentümerin der im Wohnungsgrundbuch Bl. 6062 und der Beteiligte zu 5) Eigentümer der im Wohnungsgrundbuch Bl. 6061 eingetragenen Eigentumswohnung.

Durch notariell beurkundete Erklärungen vom 14.9.1995 änderten die Beteiligten zu 1), 4) und 5) mit Zustimmung der Beteiligten zu 2) und 3) die Größe der in den Wohnungsgrundbüchern eingetragenen Miteigentumsanteile in der Weise, daß die in den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6061–6065 und 6067 eingetragenen Miteigentumsanteile verkleinert und der im Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 eingetragene Miteigentumsanteil entsprechend vergrößert wurde. Über die teilweise Vergrößerung bzw. Verkleinerung der Miteigentumsanteile waren sich die Beteiligten zu 1), 4) und 5) einig und bewilligten und beantragten die entsprechenden Eintragungen in den Wohnungsgrundbüchern.

Unter dem 11.10.1995 erklärte die Städtische Sparkasse unter Bezugnahme auf die in den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6061, 6065 und 6066 jeweils in Abteilung III unter laufender Nr. 4 eingetragenen Grundschulden ihre Zustimmung zu der in der notariellen Urkunde vom 14.9.1995 getroffenen Vereinbarung über die Änderung der Miteigentumsanteile.

Mit Schriftsatz vom 23.11.1995 beantragte der Urkundsnotar u. a., die geänderten Miteigentumsanteile in den einzelnen Wohnungsgrundbüchern einzutragen. Mit Verfügungen vom 31.3. und 19.8.1996 rügte das Grundbuchamt u. a. das Fehlen von Haftentlassungserklärungen bzgl. der Rechte III 3 zu Bl. 6063, 6064 und 6067 sowie bzgl. III 4 zu Bl. 6061 und 6065 und das Fehlen einer Nachverpfändungserklärung bzgl. der im Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 in Abteilung III unter laufende Nr. 4 eingetragenen Grundschuld. An dieser Ansicht hielt das Grundbuchamt in seiner Zwischenverfügung vom 20.1.1997 fest.

Die Beteiligte zu 1) legte gegen die Verfügungen vom 4.3. und 19.8.1996 sowie 20.1.1997 Erinnerung ein, der weder der Rechtspfleger noch der Amtsrichter abhalfen. Das Landgericht wies die mit der Vorlage als Beschwerde geltende Erinnerung zurück. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) hatte teilweise Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, soweit sie die in den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6061 und 6065 in Abteilung III laufende Nr. 4 eingetragenen Grundschulden und das Verlangen auf Vorlage einer Nachverpfändungserklärung bzgl. des im Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 in Abteilung III laufende Nr. 4 eingetragenen Rechts betrifft (§ 78 GBO, § 550 ZPO).

1. (...)

2. Zutreffend gehen die Vorinstanzen wie die Beteiligten davon aus, daß die Wohnungseigentümer durch eine Änderungsvereinbarung und entsprechende Auflassungserklärungen ihre Miteigentumsanteile untereinander unabhängig von den mit ihnen verbundenen Sondereigentumsrechten verkleinern oder vergrößern können (BGH NJW 1976, 1976 [= MittBayNot 1976, 171 (nur Leitsatz)]; BayObLG NJW 1958, 216; NJW-RR 1993, 1043 [= MittBayNot 1993, 214]; *Weitnauer*, WEG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 101; allgemeine Meinung). Einer gleichzeitigen Veränderung des Sondereigentums bedarf es nicht, weil der Miteigentumsanteil nicht notwendig dem Wert des dazugehörigen Sondereigentums oder dessen Fläche entsprechen muß. Das Gesetz hat von der Festlegung eines bestimmten Miteigentumsanteils abgesehen (BayObLG NJW 1958, 211; *Weitnauer*, a.a.O., § 3 Rdnr. 5). Die Änderung des Inhalts des Wohnungseigentums durch Verschiebung der Miteigentumsanteile erfordert entsprechende Auflassungserklärungen (vgl. die bereits zitierte Rechtsprechung; *Kuntze-Ertl-Herrmann-Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Einleitung Rdnr. E 51; *Demharter*, GBO, 22. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 64).

a) Die Veränderung der Miteigentumsanteile berührt die Gläubiger der in den Wohnungsgrundbüchern eingetragenen Grundpfandrechte, sofern die Belastung nicht auf allen Miteigentumsanteilen ruht. Soweit sich ein Miteigentumsanteil verkleinert, werden die Grundpfandgläubiger in ihren Rechten beeinträchtigt, weil die Belastungen am abgespaltenen Anteil erlöschen (*Demharter*, a.a.O.).

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, daß keine Haftentlassungserklärung der Gläubigerin vorliegt, zu deren Gunsten in dem Wohnungsgrundbuch 6063 in Abteilung III unter laufender Nr. 3 eine Grundschuld eingetragen ist. Die Erklärung vom 26.4.1995 bezieht sich auf die Wohnungsgrundbücher Bl. 6065 und 6066 und liegt zeitlich vor der Abänderungsvereinbarung vom 14.9.1995. Eine Haftentlassungserklärung bzgl. der Grundschuld III 3 zu Wohnungsgrundbuch Bl. 6063 kann auch nicht in den Erklärungen der Gläubigerin vom 11.10.1995 gesehen werden, weil diese Erklärungen Bezug nehmen auf die in den Bl. 6061, 6065 und

6066 unter laufender Nr. 4 der Abteilung III eingetragenen Rechte. Das Landgericht hat daher insoweit mit Recht die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes bestätigt.

Hinsichtlich der in den Wohnungsgrundbüchern Bl. 6061 und 6065 in Abteilung III unter laufende Nr. 4 eingetragenen Grundschulden hat das Landgericht angenommen, auch insoweit lägen keine Haftentlassungserklärungen vor. Hierzu hat es ausgeführt: Eine ausdrückliche Erklärung fehle. In den Zustimmungserklärungen vom 11.10.1995 sei auch nicht konkludent die zusätzliche Bewilligung der Pfandentlassung zu sehen. Aus dessen Wortlaut ergebe sich kein Hinweis darauf, daß die Gläubigerin über die Zustimmungserklärungen hinaus auch entsprechende Haftentlassungserklärungen habe abgeben wollen. Zudem habe die Gläubigerin durch ihre Erklärungen vom 26.4.1995 zu erkennen gegeben, daß sie zwischen einer Zustimmungserklärung einerseits und einer Haftentlassungserklärung andererseits grundsätzlich unterscheide.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Auslegung einer Eintragungsbewilligung unterliegt als rein verfahrensrechtliche Erklärung der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Ihre Auslegung richtet sich nach demselben Maßstab wie die auf ihrer Grundlage vollzogene Grundbucheintragung (BGHZ 92, 351, 355; 113, 374, 378 = NJW 1991, 1613 [= MittBayNot 1991, 116]; NJW 1995, 1081). In ihren Erklärungen vom 11.10.1995 hat die Gläubigerin jeweils unter Bezugnahme auf das Wohnungsgrundbuch Bl. 6061 bzw. 6065 der notariellen Urkunde vom 14.9.1995 zugestimmt. Eine Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubigerin war aber nur und ausschließlich deshalb erforderlich, weil sich ihre Rechtsstellung wegen der Verringerung des Miteigentumsanteils verschlechtert hatte. Daher bedeutet die Zustimmung vorliegend eine Pfandfreigabe. Auf die Erklärungen der Gläubigerin vom 26.4.1994 kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, weil zum damaligen Zeitpunkt eine Haftentlassung wegen eines abgespaltenen Miteigentumsanteils noch gar nicht in Rede stand.

b) Notwendige Folge der Vergrößerung des Miteigentumsanteils eines Wohnungseigentümers ist es, daß die auf dem Wohnungseigentumsrecht lastenden dinglichen Rechte sich auf den hinzukommenden Miteigentumsanteil erstrecken (allgemeine Meinung, vgl. BayObLG NJW-RR 1993, 1043 [= MittBayNot 1993, 214]). Andernfalls könnte es nämlich bei einer Vollstreckung durch die Grundpfandgläubiger in den (fiktiven) alten Miteigentumsanteil dazu kommen, daß der hinzu erworbene Miteigentumsanteil ohne Verbindung zu einem Sondereigentum wäre. Das wäre rechtlich nicht möglich. Denn Wohnungseigentum ist ein Miteigentumsanteil jeweils verbunden mit Sondereigentum (§ 1 WEG); es gibt kein Miteigentumsanteil ohne Sondereigentum und umgekehrt (§§ 5, 6 WEG; vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 2971).

Ob sich die jeweilige Grundstücksbelastung bereits kraft Gesetzes auf den hinzugetretenen Miteigentumsanteil erstreckt (so *Streuer*, Rpfleger 1992, 181 f.) oder ob insoweit eine Pfandunterstellung seitens des Wohnungseigentümers erforderlich ist, dessen Miteigentumsanteil sich vergrößert hat, bedarf keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat. Denn vorliegend ist in der notariell beurkundeten Erklärung der Beteiligten zu 1) vom 14.9.1995 über die Rechtsänderung konkludent die Erklärung zu sehen, daß sie den vergrößerten Miteigentumsanteil den in dem Wohnungsgrundbuch Bl. 6066 eingetragenen Grundpfandrechten unterstellt:

Mit ihren Erklärungen in der Urkunde vom 14.9.1995 sollte eine Verschiebung der Miteigentumsanteile erfolgen, um diese an die tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen und hierdurch die Rechtsfolgen aus § 16 WEG (höhere Kostenbeteiligung des Eigentümers der Wohnung Nr. 6) auszulösen. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß die Beteiligten zu 1) den Willen hatte, den hinzu erworbenen Miteigentumsanteil von den Grundstücksbelastungen auszunehmen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß sie mit der notwendigen rechtlichen Folge einverstanden war. In der Einigung vom 14.9.1995 über die Rechtsänderung ist daher eine Pfandunterstellungserklärung der Beteiligten zu 1) zu sehen. Dies hat das Landgericht übersehen, offensichtlich deshalb, weil es die Erklärung vom 14.9.1995 nicht als auslegungsfähig angesehen hat. Die Frage der Auslegungsfähigkeit einer Willenserklärung unterliegt ebenso wie die Auslegung einer Eintragungsbewilligung der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht, so daß der Senat anstelle des Landgerichts die Auslegung vornehmen konnte. Die somit seitens der Beteiligten zu 1) konkludent erklärte Pfandunterstellung ist von der Gläubigerin am 11.10.1995 durch ihre Zustimmung zu der Änderungsvereinbarung vom 14.9.1995 angenommen worden.

Die vorinstanzlichen Entscheidungen konnten daher hinsichtlich des Verlangens auf Vorlage einer Pfandunterstellung und einer Haftentlassungserklärung der Gläubigerin des Rechts III 4 zu Bl. 6061 und 6065 keinen Bestand haben.

---

12. BGB § 138 (*Zur Zulässigkeit einer Erbnfähigkeitsklausel*)

- 1. Eine letztwillige Verfügung, die geeignet ist, die grundrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG) der Abkömmlinge des Erblassers zu beeinträchtigen und die Abkömmlinge unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft (Art. 3 Abs. 3 GG) zu benachteiligen, ist jedenfalls dann nicht sittenwidrig und unwirksam, wenn die letztwillige Verfügung nicht auf die Beeinträchtigung dieser Grundrechte gerichtet ist, sondern der Erblasser andere, von der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) gedeckte, mit dem Nachlaß sachlich zusammenhängende Ziele verfolgt.**
- 2. Ein Erblasser, dem aus Gründen der Familientradition am Rang seiner Familie nach den Anschauungen des Adels liegt, kann für seinen von der Herkunft der Familie geprägten Nachlaß letztwillig wirksam anordnen, daß von seinen Abkömmlingen derjenige nicht sein alleiniger Nacherbe werden kann, der nicht aus einer ebenbürtigen Ehe stammt oder in einer nicht ebenbürtigen Ehe lebt (sog. Erbnfähigkeitsklausel).**

BGH, Beschluß vom 2.12.1998 – IV ZB 19/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

13. BGB §§ 2033, 2139; HGB § 27 (*Fortführung eines in ungeteilter Erbengemeinschaft betriebenen Handelsgeschäfts durch Erbteilserwerber*)

- 1. Die Erwerber sämtlicher Miterbenanteile können ein durch die veräußernden Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft betriebenes, ererbtes Handelsgeschäft nicht ihrerseits in ungeteilter Erbengemeinschaft fortführen.**
- 2. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei den Veräußerern um die Vorerben nach dem Erblasser und beiden Erwerbern um dessen Nacherben handelt und die Erbanteile in Vorwegnahme der Erbfolge übertragen werden.**

KG, Beschluß vom 29.9.1998 – 1 W 4007/97 –

*Aus dem Tatbestand:*

Das Handelsgeschäft des Erblassers wurde bis zum Tode des Inhabers im Jahre 1948 als einzelkaufmännisches Unternehmen geführt.

Nach dem Tode des Inhabers wurde auf die Anmeldung der Beteiligten zu 1. und 2. der Übergang des Unternehmens auf sie im Wege der Erbfolge und dessen Fortführung durch sie in ungeteilter Erbengemeinschaft im Handelsregister eingetragen.

Unter dem 19.9.1996 meldeten die Beteiligten die Veräußerung des durch die Beteiligten zu 1. und 2. in ungeteilter Erbengemeinschaft betriebenen Geschäfts durch Erbschaftsübertragungsvertrag an die Beteiligten zu 3. bis 7. „in ungeteilter Erbengemeinschaft“ die Einwilligung der Veräußerer in die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma, die Fortführung der Firma durch die Erwerber sowie das Erlöschen der bisher bestehenden Prokura für die Beteiligten zu 3. und 4. zur Eintragung in das Handelsregister an.

Dieser Anmeldung lag die notarielle Urkunde vom 21.12.1995 über einen als „Erbanteilsschenkungsvertrag unter Nießbrauchsvorbehalt“ bezeichneten Vertrag zugrunde. Darin erklärten die Beteiligten zu 1. und 2. jeweils als hälftige Vorerben die Schenkung ihrer hälftigen Erbanteile am ungeteilten Nachlaß nach ihrem Vater an die Kinder des Beteiligten zu 1., die Beteiligten zu 3. bis 7., als berufene Nacherben zu gleichen ideellen Anteilen von je 20%, die ihrerseits deren Annahme erklärten. Sodann erklärten erstere die Abtretung ihrer hälftigen (vereinfacht so bezeichneten) „Gesellschaftsanteile“ an die Beschenkten zu je einem ideellen Anteil von 20%, die diese annahmen, so daß diese „Inhaber eines jeden der beiden geschenkten hälftigen Gesellschaftsanteile (nicht des ungeteilten Nachlasses direkt) ... in Bruchteilsgemeinschaft zu je 20%“ würden. Weiter behielten sich die Beteiligten zu 1. und 2. den Nießbrauch an den hälftigen Erbanteilen vor.

Die gegen die Zurückweisung der Anmeldung durch den Rechtspfleger des Amtsgerichts gerichtete, nach Nichtabhilfe durch Rechtspfleger und Richter des Amtsgerichts als Beschwerde geltende Erinnerung der Beteiligten hat das Landgericht durch den mit der weiteren Beschwerde angefochtenen Beschluß zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

1. Rechtlich zutreffend ist das Landgericht zunächst davon ausgegangen, daß mehrere Erben ein im Wege der Erbfolge gemäß §§ 1922 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB auf sie übergegangenes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns gemeinschaftlich in ungeteilter Erbengemeinschaft zeitlich unbeschränkt fortführen können, ohne sich zu einer Handelsgesellschaft zusammenzuschließen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung u.a. des Bundesgerichtshofes (vgl. BGHZ 92, 259/262 ff. = NJW 1985, 136/138) und des Senats (vgl. WM 1956, 583/584 m.w.N.) wie auch der überwiegenden Auffassung der Literatur (vgl. etwa MünchKomm-HGB/Lieb, § 27 Rdnr. 69 ff.; *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 71 ff., jew. m.w.N.). Hieran ist trotz allgemein bestehender Zweifel

an der Eignung der auf Auflösung gerichteten und vorrangig auf den Individualschutz der Miterben abgestellten, nicht aber Verkehrsschutzinteressen berücksichtigenden Regelung der §§ 2038 ff. BGB zur Führung eines kaufmännischen Unternehmens schon im Hinblick auf die Dauer der bestehenden Rechtspraxis festzuhalten. Sie ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. So geht § 27 HGB von der Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgeschäfts durch den Erben aus, wobei diese Bestimmung im Hinblick auf §§ 1922, 2032 BGB auch für mehrere Erben gilt. Diese gehört auch zur den Erben obliegenden Verwaltung des Nachlasses im Sinne von § 2038 BGB, wobei eine zeitliche Begrenzung der Erbengemeinschaft gesetzlich nicht vorgesehen ist. Schließlich können auch sachliche Gründe für die Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft sprechen, etwa wenn – was auch vorliegend naheliegt – Vorerben das Handelsgeschäft bis zum Nacherbfall im ungeteilten Nachlaß erhalten wollen (vgl. BGH a.a.O.).

2. Die rechtliche Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft ist jedoch auf die Miterben des Geschäftsinhabers beschränkt, auf die das Handelsgeschäft von Todes wegen übergegangen ist, wobei das Ausscheiden einzelner Miterben aus der Erbengemeinschaft der Fortführung in ungeteilter Erbengemeinschaft nicht entgegensteht, solange noch zwei Miterben verbleiben (vgl. KG JW 1939, 565). Sie besteht dagegen nicht für den – hier gegebener – Fall, daß die Erwerber sämtlicher Miterbenanteile ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft fortführen wollen. Dabei ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, ob und inwieweit bereits der Eintritt einzelner Erbteilserwerber in eine Erbengemeinschaft der Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft entgegensteht (vgl. dazu MünchKomm-HGB/*Lieb* a.a.O. Rdnr. 95 f.).

a) Die Erwerber der Erbanteile gemäß § 2033 Abs.1 BGB werden nicht Miterben nach dem Erblasser. Erbe im Rechtsinne ist nach allgemeiner Meinung nur derjenige, der seine Erbenstellung kraft Gesetzes – aufgrund seines familienrechtlichen Verhältnisses zum Erblasser – oder durch Verfügung von Todes wegen mit dem Erbfall erwirbt. Der Erbteilserwerber erwirbt dagegen – wie bereits im Wortlaut des § 2033 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt – nur den Anteil am Nachlaß im Sinne der vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Stellung, die der veräußernde Miterbe im Zeitpunkt der Verfügung hatte. Der Veräußerer bleibt Erbe des Erblassers (vgl. Senat, Rpfleger 1965, 25; BGH NJW 1971, 1264 [= MittBayNot 1971, 258 (nur Leitsatz)]; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 4. Aufl., § 42 II 3; RGRK/*Kregel*, BGB, 12. Aufl., § 2033 Rdnr. 1; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 2033 Rdnr. 13 f.; *Staudinger/Werner* a.a.O. § 2033 Rdnr. 23).

b) Vorstehendes gilt entsprechend auch dann, wenn es sich – wie hier – bei den veräußernden Miterben um die Vorerben des Erblassers handelt, die ihre Erbanteile an die durch letztwillige Verfügung berufenen Nacherben des Erblassers in Vorwegnahme der Erbfolge übertragen wollen. Denn die Nacherben werden erst mit Eintritt des Nacherbfalls, hier des Todes der Vorerben, Erben des Erblassers (§ 2139 BGB). Vor diesem Zeitpunkt stehen ihnen lediglich Nacherbenanwartschaften zu und es besteht daher hinsichtlich des Nachlasses zwischen ihnen auch keine Erbengemeinschaft. Denn diese entsteht erst kraft Gesetzes mit dem Anfall der Erbschaft an die Nacherben (vgl. KG OLGE 33, 342/343; OLG München, DNotZ 1938, 597/598; BGH NJW 1993, 1582/1583 [= MittBayNot 1993, 297]; a.A. *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 2032 Rdnr. 2).

Diese Rechtslage kann durch die vertragliche Übertragung der Erbanteile auf die eingesetzten Nacherben nicht geändert werden. Die Vorerben bleiben im Rechtssinne Erben des Erblassers; der Nacherbfall tritt nicht etwa bereits mit der Übertragung der Erbanteile ein. Auch die erst mit dem Nacherbfall kraft Gesetzes entstehende Erbengemeinschaft kann durch Vereinbarung zwischen den Nacherben nicht schon zuvor begründet werden (ebenso RG, Recht 1916 Nr. 831; OLG München a.a.O.; RGRK/*Johannsen* a.a.O. § 2139 Rdnr. 1 f.; *Soergel/Harder* a.a.O. § 2139 Rdnr. 8; *Staudinger/Behrends/Avenarius* a.a.O. § 2139 Rdnr. 14 f.). Der abweichenden Auffassung von *Grunsky* (vgl. MünchKomm-BGB/*Grunsky* a.a.O. § 2139 Rdnr. 11) steht entgegen, daß die Rechtsstellung des Erben kraft Gesetzes eintritt und nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden kann und auch für den berufenen Nacherben nichts anderes gelten kann. Da der rechtsgeschäftlichen „Vorwegnahme der Erbfolge“ die genannten erbrechtlichen Wirkungen nicht zukommen, handelt es sich im Rechtsinne um eine Schenkung (vgl. RFH JW 1923, 138/139).

c) Vorstehendes gilt auch für den zwischen den Beteiligten geschlossenen notariellen Vertrag vom 21.12.1995, auf den die Anmeldung vom 19.9.1996 gründet. Als Folge der darin vereinbarten Erbanteilsübertragung sind die Beteiligten zu 3. bis 7. nicht Miterben nach dem Erblasser in ungeteilter Erbengemeinschaft geworden.

Dabei kann dahinstehen, welche genaue rechtliche Ausgestaltung der von den Beteiligten zu 3. bis 7. erworbenen Rechtsstellung zukommt, soweit nach dem Inhalt der Vertragsurkunde beide Erbanteile der Beteiligten zu 1. und 2. jeweils zu ideellen Anteilen von je 20% an sie abgetreten wurden, womit sie jeweils Inhaber der beiden Erbanteile „in Bruchteilsgemeinschaft zu je 20%“ werden sollten.

Eine solche nach dem Vertragsinhalt vorliegende Verfügung über einen Erbteil in Bruchteilen ist nach allgemeiner Meinung rechtlich zulässig, wobei lediglich umstritten ist, ob hinsichtlich der durch Zerlegung eines Erbteils gebildeten Erbteilsteile unter den Beteiligten jeweils eine (Unter-)Bruchteilsgemeinschaft innerhalb der Gesamthandsgemeinschaft der Erwerber entsteht, oder ein einheitliches, dem Miterbenverhältnis nahestehendes Gesamthandsverhältnis, wobei die wertmäßigen Beteiligungen den Quoten der erworbenen Erbanteile entsprechen (vgl. KGJ 46, 181/185 ff.; BGH WM 1963, 999/1002 f.; BayObLG NJW 1968, 505; *Lange/Kuchinke* a.a.O. § 42 II 2 a) m.w.N.).

Auch vorliegend kann Letzteres offenbleiben. In jedem Fall treten die Erwerber in die vermögens- und mitgliedschaftsrechtliche Stellung der verfügenden Miterben und an deren Stelle in die Gesamthandsgemeinschaft ein, die damit auch bei vollständiger Auswechslung ihrer Mitglieder nicht neu begründet, sondern mit anderen Personen fortgesetzt wird, ohne daß die Erwerber jedoch Erben im Rechtssinne werden (vgl. BayObLG a.a.O.; *Lange/Kuchinke* a.a.O. § 42 II 2 d); a.A. BFH NJW 1975, 2119; *Staudinger/Werner*, BGB, 13. Aufl., § 2033 Rdnr. 7, die jedoch zu Unrecht aus dem Erwerb von Erbteilsanteilen die Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft herleiten, vgl. die krit. Anmerkung zum Urteil des BFH von *Lehmann*, NJW 1976, 263).

Demnach sind die Beteiligten zu 3. bis 7. infolge Übertragung der Erbanteile der Beteiligten zu 1. und 2. nicht Miterben nach dem Erblasser in ungeteilter Erbengemeinschaft geworden, sondern stehen in einem der Erbengemeinschaft vergleichbaren Gesamthandsverhältnis, dessen genaue rechtliche

Ausgestaltung hinsichtlich der vorgenommenen Bruchteilsübertragungen dahinstehen kann.

3. Auf diese infolge rechtsgeschäftlichen Erwerbs der Erbanteile – bzw. Teilen von diesen – entstandene Gesamthandsgemeinschaft ist die eingangs dargestellte Rechtsprechung zur rechtlichen Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten einzelkaufmännischen Unternehmens durch die Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft auch nicht entsprechend anwendbar. Denn der wesentliche Grund für die Bejahung ihrer Zulässigkeit liegt in dem Umstand, daß das Unternehmen auf die mehreren Erben kraft Gesetzes – ohne ihr eigenes Zutun – übergeht und seine Fortführung durch die Erbengemeinschaft im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses ohne zeitliche Begrenzung gesetzlich vorgesehen ist, wobei ein gesetzlicher Zwang zur Vereinbarung einer der im Handelsrecht vorgesehenen Gesellschaftsformen nicht besteht. Dieser Grund trifft auf rechtsgeschäftliche Erwerber von Miterbenanteilen nicht zu. Ihr Erwerb beruht auf ihrem eigenen Willensschluß. Es ist ihnen daher zuzumuten, die ihnen gegebene privatautonome Gestaltungsfreiheit durch Wahl einer Gesellschaftsform zu betätigen (vgl. dazu a. MünchKomm-HGB/Lieb, § 27 Rdnr. 71, 95 f.).

Dies gilt auch dann, wenn der Erwerb der Erbanteile in vorweggenommener Erbfolge erfolgen soll, da auch dieser auf Rechtsgeschäft beruht. Daher kann vorliegend auch dahingestellt bleiben, ob die Annahme der Beteiligten, es handle sich bei den Beteiligten zu 3. bis 7. um die berufenen Nacherben, im Hinblick auf den Inhalt des Testamentes des Erblassers, wonach das Vermögen im Falle des Versterbens eines seiner Söhne ohne leibliche Abkömmlinge auf den überlebenden Sohn übergeht, zutrifft.

Nach alledem ist die angemeldete Fortführung des Handelsgeschäfts durch die Beteiligten zu 3. bis 7. in der Rechtsform der ungeteilten Erbengemeinschaft rechtlich nicht möglich. Die Zurückweisung der Anmeldung vom 19.9.1996 ist damit mit Recht erfolgt.

14. BGB §§ 133, 157, 2075, 2269 Abs. 1, 2280, 2303 (*Auslegung einer Pflichtteilsstrafklausel*)

**Zur Auslegung einer Pflichtteilsstrafklausel, wonach die Berufung der Abkömmlinge des Erstversterbenden zu Schlußerben des Längerlebenden davon abhängt, daß die Abkömmlinge ihren Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen nicht „geltend gemacht und erhalten“ haben, wenn die Abkömmlinge des Erstversterbenden nach dessen Tod den Pflichtteil zwar verlangt haben, dieser aber bis zum Tod des Letztversterbenden nicht ausgezahlt wurde.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 30.10.1998 – 3 W 116/98

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1 und 2) sind die einzigen Kinder der Erblasserin. Sie sind aus deren erster Ehe hervorgegangen. In zweiter Ehe war die Erblasserin mit dem vorverstorbenen B. verheiratet, für den es sich ebenfalls um die zweite Ehe handelte. Seine einzigen Kinder sind die Beteiligten zu 3 bis 5), die seiner ersten Ehe entstammen.

Die Erblasserin und B. hatten am 19.12.1989 einen notariellen Erbvertrag geschlossen und darin u.a. folgendes bestimmt:

„(I)

1. Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein, ohne Rücksicht darauf ob und welche pflichtteilsberechtigte Personen vorhanden sind.

...

3. Der Überlebende von uns beruft hiermit die Abkömmlinge der Ehefrau aus deren erster Ehe sowie die Abkömmlinge des Ehemannes aus dessen erster Ehe als Berechtigte zu gleichen Teilen zu seinen Erben.

...

4. ...

Sollte ein Abkömmling beim Tode des Zuerstversterbenden von uns seinen Pflichtteil geltend machen und erhalten, so scheidet er für sich und seine Rechtsnachfolger als Erbe des Überlebenden von uns aus.

...

(III)

Zur Klarstellung der Regelung in Ziffer 1.3 wird folgendes nachgetragen:

Zu Schlußerben sind die Kinder des Ehemannes und der Ehefrau zu gleichen Teilen, d.h. zu je einem Fünftel berufen.

...“

Nachdem die Erblasserin das Erbe nach ihrem verstorbenen Ehemann angetreten hatte, verlangten die Beteiligten zu 3 bis 5) jeweils den Pflichtteil nach ihrem Vater. Zu diesem Zweck machte der Beteiligte zu 5) vor dem Landgericht Zweibrücken einen Zivilprozess rechthängig. Die Beteiligten zu 3) und 4) beschränkten sich auf eine außergerichtliche Geltendmachung. Zahlungen auf seinen Pflichtteil hat bislang keiner der Beteiligten zu 3 bis 5) erhalten.

Die Beteiligten zu 3 bis 5) haben die Erteilung eines Erbscheines beantragt, nach dem sie die Erblasserin zusammen mit den Beteiligten zu 1 und 2) jeweils zu 1/5 beerbt haben. Dem sind die Beteiligten zu 1 und 2) entgegengetreten und haben die Stellung eines Erbscheinsantrages in Aussicht gestellt, nach dem allein sie zu je 1/2 Erben ihrer Mutter geworden seien.

Der Nachlaßrichter hat einen Vorbescheid erlassen, mit dem er die Erteilung eines Erbscheins entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 3 bis 5) angekündigt hat. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2) hat das Landgericht zurückgewiesen. Unter dem 4.5.1998 hat das Nachlaßgericht den angekündigten Erbschein erteilt.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) gegen den Beschluß des Landgerichts, mit der sie die Einziehung des Erbscheins begehrt hatte, war erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. a) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist aus § 2306 BGB gegen ein Eingreifen der in Ziffer 1.4 des Erbvertrages vom 19.12.1989 enthaltenen Pflichtteilsstrafklausel nichts herzuweisen. Nur dann, wenn ein Pflichtteilsberechtigter als Nacherbe eingesetzt ist und das ihm zugewandte Nacherbenrecht in seiner Größe den gesetzlichen Erbteil übersteigt, hängt die Geltendmachung des Pflichtteils gemäß § 2306 Abs. 2 i.V.m. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB davon ab, daß der Pflichtteilsberechtigte die Nacherbschaft ausschlägt (vgl. dazu *Palandt/Edenhofer* a.a.O. 2306 Rdnr. 16; *BayObLGZ* 1966, 227, 232, jeweils m.w.N.). Im hier zu entscheidenden Falle sind keine Tatsachen festgestellt oder sonst ersichtlich, die eine Auslegung des Erbvertrages vom 19.12.1989 rechtfertigen könnten, nach der die Beteiligten zu 3 bis 5) für den Nachlaß ihres erstverstorbenen Vaters zu Nacherben berufen sind. Sowohl nach der ausdrücklichen Klarstellung in Ziffer III des Erbvertrages

als auch nach der Auslegungsregel in §§ 2280, 2269 Abs. 1 BGB ist vielmehr davon auszugehen, daß die Beteiligten zu 3 bis 5) lediglich zu *Schlußerben* des zuletzt verstorbenen Ehegatten, hier also der Erblasserin eingesetzt werden sollten. Dann aber gab es für die Beteiligten zu 3 bis 5) nichts auszusprechen. Sie waren nach dem Tode ihres Vaters enterbt und konnten aus dessen Nachlass ohne weiteres ihren Pflichtteil fordern (vgl. nur etwa *Palandt/Edenhofer* a.a.O. § 2269 Rdnr. 12; MüKo zum BGB/*Frank*, 3. Aufl. § 2306 Rdnr. 5).

b) Soweit das Landgericht die Auslegungsfähigkeit des notariellen Erbvertrages vom 19.12.1989 in jeder Hinsicht verneint hat, ist dies ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern. Bei der Frage, ob eine letztwillige Verfügung der Auslegung fähig und bedürftig ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage, die vom Gericht der weiteren Beschwerde nachzuprüfen ist und deren Verneinung eine Gesetzesverletzung i.S.v. §§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO begründet (BayObLG FamRZ 1996, 440; BayObLGZ 1984, 246, 249 f. und 1993, 334, 336, jeweils m.w.N.). Im hier vorliegenden Fall hat das Landgericht dem Erbvertrag die Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit teilweise vorschnell und damit zu Unrecht abgesprochen.

aa) Im Einklang mit den Vorinstanzen sieht der Senat allerdings keinen Anlaß, den Erbvertrag für den hier vorliegenden Fall, in dem der Pflichtteil zwar geltend gemacht, aber bis zum Tode des letztversterbenden Ehegatten nicht ausgezahlt worden ist, in einem so weitgehenden Sinne auszulegen, daß bereits die alleinige Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zur Verwirkung führt.

Ein solches Verständnis der Pflichtteilklausel kann auch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung des Erbvertrages vom 19.12.1989 gewonnen werden; denn dafür fehlen die Voraussetzungen. Zwar mag es sein, daß die Parteien des Erbvertrages die Auswirkungen der Pflichtteilklausel für die hier eingetretene Fallkonstellation nicht in allen Punkten bedacht hatten. Daraus folgt aber noch nicht, daß unter den gegebenen Umständen der Eintritt der Verwirkung bereits für den Fall des bloßen Pflichtteilsverlangens gewollt gewesen sein könnte. Für einen solchen hypothetischen Willen der Vertragsparteien müßte der Wortlaut der Erbvertragsurkunde zumindest geringe oder unvollkommene Anhaltspunkte enthalten (vgl. dazu etwa BayObLG FamRZ 1993, 1496 und FamRZ 1991, 1234, 1236, jew. m.w.N.). Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie die Vorinstanzen in diesem Punkte zutreffend ausgeführt haben, ist der Wortlaut insoweit klar und eindeutig, als er die Verwirkung der Schlußerbenstellung in jedem Falle vom Erhalt des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden abhängig macht.

bb) Allein aus dem Wortlaut der Pflichtteilklausel kann andererseits aber auch nur entnommen werden, daß *derzeit* (noch) keine Verwirkung eingetreten ist, weil die geltend gemachten Pflichtteilsansprüche (noch) nicht zur Auszahlung gelangt sind. Daraus folgt nicht ohne weiteres, daß auch für die Zukunft keine Verwirkung mehr eintreten kann und nunmehr die Beteiligten zu 3 bis 5) neben den Beteiligten zu 1 und 2) endgültig zu Schlußerben berufen sind. Dies hat das Landgericht bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen und sich dadurch den Blick dafür verstellt, daß sich der Erbvertrag in einer anderen Richtung als auslegungsbedürftig erweist.

(1) Mit einer Pflichtteilklausel, wie sie in Ziffer 1.4 des Erbvertrages vom 19.12.1989 enthalten ist, wird die Schlußerbeneinsetzung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten an eine auflösende Bedingung i.S.v. § 2075 BGB

geknüpft, die mit der Zuwiderhandlung gegen die Klausel eintritt (vgl. BayObLGZ 1994, 164, 167 und 1990, 58, 60, sowie FamRZ 1996, 440 und NJWRR 1988, 968; KG FGPrax 1997, 232, 234; *Palandt/Edenhofer* a.a.O. § 2269 Rdnr. 13, jew. m.w.N.). Dabei ist anerkannt, daß der Eintritt der Bedingung noch nach dem Tode des letztversterbenden Ehegatten herbeigeführt werden kann (vgl. dazu etwa OLG Stuttgart OLGZ 1979, 52 = DNotZ 1979, 104 m. Anm. v. *Olshausen*; *Lübbert* NJW 1988, 2706, 2713). In diesem Falle sind die Abkömmlinge des Erstversterbenden bis zum Eintritt der Bedingung mit den ihnen auf den Tod des zweitversterbenden Ehegatten zugewendeten Schlußerben Vorerben, während die übrigen Schlußerben insoweit zu Nacherben berufen sind (OLG Stuttgart a.a.O.; BayObLGZ 1966, 49, 54; *Palandt/Edenhofer* a.a.O. § 2074 Rdnr. 10 und § 2075 Rdnr. 3; MüKo zum BGB/*Leipold*, 3. Aufl. § 2074 Rdnr. 9 und 30; *Soergel/Loritz*, BGB 12. Aufl. § 2075 Rdnr. 21).

(2) Nach dem Wortlaut des Erbvertrages vom 19.12.1989 ist auch vorliegend ein Eintreten der Bedingung, unter der die Verwirkung der Schlußerbeneinsetzung der Beteiligten zu 3 bis 5) stattfinden soll, noch möglich. Die Beteiligten zu 3 bis 5) haben nach dem Landgericht getroffen und von keiner Seite angegriffenen Feststellungen bereits zu Lebzeiten der Erblasserin den Pflichtteil gefordert; der Beteiligte zu 5) hat seinen Anspruch sogar eingeklagt. Dem Wortlaut des Erbvertrages zufolge hängt der Eintritt der Verwirkung somit nur noch davon ab, daß der bereits mit dem Tode des Vaters der Beteiligten zu 3 bis 5) entstandene (§ 2317 Abs. 1 BGB) Pflichtteilsanspruch durch die Beteiligten zu 1 und 2) als Miterben nach der Erblasserin erfüllt wird (§ 362 BGB). Bis dahin wären die Beteiligten zu 3 bis 5) lediglich zu Vorerben der Erblasserin berufen; Nacherben wären insoweit die Beteiligten zu 1 und 2). Der den Beteiligten zu 3 bis 5) erteilte unbeschränkte Erbschein wäre unrichtig, weil er die gemäß § 2363 BGB erforderlichen Angaben über die mit der Vorerbschaft verbundenen Beschränkungen nicht enthält und müßte deshalb eingezogen werden (vgl. dazu etwa *Firsching/Graf*, Nachlaßrecht 7. Aufl. Rdnr. 1.309; *Palandt/Edenhofer* a.a.O. Einf. vor § 2100 Rdnr. 17 und § 2363 Rdnr. 8; MüKo zum BGB/*Promberger* a.a.O. § 2361 Rdnr. 3 und § 2363 Rdnr. 9, jeweils m.w.N.).

cc) Eine andere Betrachtungsweise, von der möglicherweise das Nachlassgericht ausgegangen ist, kann dann veranlaßt sein, wenn mit der Pflichtteilklausel in Ziffer 1.4 des Erbvertrages eine Verwirkung der Schlußerbeneinsetzung nur für den Fall angeordnet werden sollte, daß ein geltend gemachter Pflichtteil spätestens bis zum Tode des Letztversterbenden ausgezahlt ist. Gerade dazu bedürfte es aber einer Auslegung des Erbvertrages, deren Möglichkeit das Landgericht verneint hat. Eine solche Auslegung führt zwar zu Zufälligkeiten, wenn wie vorliegend die vertragsschließenden Eheleute relativ kurz hintereinander versterben (vgl. dazu *Lübbert* a.a.O. S. 2713). Gleichwohl erscheint sie aber nicht von vorn herein ausgeschlossen. Sie kann dann in Betracht kommen, wenn die Vertragspartner des Erbvertrages mit der Pflichtteilklausel letztlich nur Sorge dafür tragen wollten, daß der Längerlebenden von ihnen der Nachlaß bis zum zweiten Erbfall ungeschmälert zur Verfügung steht (vgl. dazu v. *Olshausen* DNotZ 1979, 707, 719 f.). Dazu bedarf es allerdings näherer Feststellungen zum Erblasserwillen, die in den Vorinstanzen bislang nicht getroffen worden sind.

dd) Denkbar wäre es schließlich auch, die Pflichtteilklausel dahin auszulegen, daß ein Verwirkungseintritt zwar grundsätzlich auch nach dem Tode des Längstlebenden möglich ist,

den Abkömmlingen des Erstversterbenden aber bis zur tatsächlichen Auszahlung des Pflichtteils die Möglichkeit verbleiben soll, einseitig von der Geltendmachung des Pflichtteils Abstand zu nehmen. Die Annahme eines solchen Wegfalls der Sanktionswirkung einer Pflichtteilklausel, die das Nachlaßgericht in erster Instanz wohl ebenfalls in Erwägung gezogen hatte, kann dann gerechtfertigt sein, wenn weder das Vermögen, über das der überlebende Ehepartner zu seinen Lebzeiten verfügt hat noch der Nachlaß, der den Schlußerben zufließt, gemindert wird (vgl. dazu *Liibbert* a.a.O. S. 713). Auch insoweit bedarf es aber näherer Feststellungen zur Zielrichtung der Pflichtteilklausel nach dem Willen der Parteien des Erbvertrages. Gegebenenfalls wird zu berücksichtigen sein, daß die Beteiligten zu 3 bis 5) in ihrem Schriftsatz vom 19.8.1997 erklärt haben, aus ihrem Erbscheinsantrag ergebe sich, daß sie keinen Pflichtteil mehr geltend machen. Hinsichtlich des Beteiligten zu 5) muß dabei aber auch im Hinblick auf § 852 ZPO bedacht werden, daß er seinen Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht hat. Gegebenenfalls werden deshalb Feststellungen dazu zu treffen sein, ob das Verhalten des Beteiligten zu 5) im Zivilprozeß mit seinen Erklärungen im Nachlaßverfahren im Einklang steht.

3. Die angefochtene Entscheidung beruht darauf, daß das Landgericht die Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit des Erbvertrages verkannt hat. Auf der Grundlage des bisherigen Verfahrensstandes ist es nicht auszuschließen, daß der erteilte Erbschein wieder eingezogen werden muß. Andererseits ist die Sache aber auch nicht zur Endentscheidung reif, so daß das Nachlaßgericht nicht schon auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen zur Einziehung des Erbscheins angewiesen werden kann.

Ein Erbschein ist dann unrichtig i.S.v. § 2361 Abs. 1 BGB, wenn die Voraussetzungen für seine Erteilung bereits ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich entfallen sind. Die Einziehung muß angeordnet werden, wenn die zur Begründung des Erbscheinsantrages notwendigen Tatsachen nicht mehr als festgestellt zu erachten sind, weil die gemäß § 2359 BGB erforderliche Überzeugung des Nachlaßgerichts von dem bezeugten Erbrecht über einen bloßen Zweifel hinaus erschüttert ist. Ob dies der Fall ist, kann aber erst nach vollständiger Aufklärung des Sachverhalts und abschließender Würdigung des dabei gewonnenen Ergebnisses beurteilt werden (BGHZ 40, 54, 56 ff.; BayObLGZ 1966, 233, 236; OLG Stuttgart BwNotZ 1986, 36; Senatsbeschluß vom 4.7.1995 – 3 W 76/95; Müko zum BGB/*Promberger* a.a.O. § 2361 vom 4. Rdnr. 20 f.; *Staudinger/Firsching*, BGB 13. Aufl. § 2361 Rdnr. 15, jeweils m.w.N.).

4. Der angefochtene Beschluß ist nach alledem aufzuheben. Im Hinblick darauf, daß beide Vorinstanzen bislang keine Ermittlungen zu dem mit der Pflichtteilklausel verfolgten Willen der Vertragsparteien des Erbvertrages vom 19.12.1989 getroffen haben, macht der Senat dabei von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an das Nachlaßgericht zurückzuverweisen (vgl. dazu *Keidel/Kuntze/Winkler* a.a.O. § 27 Rdnr. 66 c m.w.N.), das gemäß § 2361 Abs. 1 BGB, 72 FGG ohnehin für eine etwaige Einziehung des Erbscheins funktionell zuständig wäre.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Dr. J. Mayer*, in diesem Heft S. 265 ff.

15. BGB § 2079 S. 1 und 2 (*Anfechtung eines Testaments wegen Übergehung von Pflichtteilsberechtigten*)

1. Ein Pflichtteilsberechtigter ist nicht übergangen worden, wenn der Erblasser ihn mit einem Vermächtnis bedacht hat in dem Bewußtsein, daß die Pflichtteilsberechtigung des Bedachten binnen kurzem eintreten werde.
2. Eine Anfechtung nach § 2079 BGB führt jedenfalls dann nicht zur Gesamtnichtigkeit der letztwilligen Verfügung, wenn ein hypothetischer Erblasserwille dahingehend festzustellen ist, daß der übergangene Pflichtteilsberechtigte seinen gesetzlichen Erbteil erhält und es bei den letztwilligen Verfügungen im übrigen verbleibt.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 11.5.1998 – 3 Wx 89/98 –, mitgeteilt von *Johannes Schütz*, Richter am OLG Düsseldorf

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist die zweite Ehefrau des Erblassers. Der Beteiligte zu 2 ist das aus dieser Ehe hervorgegangene Kind. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder des Erblassers aus seiner geschiedenen ersten Ehe.

Der Erblasser errichtete am 22.11.1983 ein notarielles Testament. Darin setzte er die Beteiligten zu 3 und 4 als seine Erben zu gleichen Teilen ein. Weiter heißt es in der Urkunde:

„Für den Fall, daß ich bei Eintritt des Erbfalles wieder verheiratet sein sollte, setze ich meiner Ehefrau folgendes Vermächtnis aus:

a) Meiner Ehefrau vermache ich die Grundbesitzung ... eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts O.

b) Meine Ehefrau erhält bei Eintritt des Erbfalles fünf Jahre mietfreies Wohnen im Hause ... und zwar hinsichtlich der Wohnung, die ich jetzt innehabe.

Sollte meine Ehefrau nach Ablauf dieser fünf Jahre die Wohnung weiterbenutzen wollen, ist sie verpflichtet, die ortsübliche Miete an meine Erben zu zahlen.

c) Meine Ehefrau erhält die gesamte Wohnungseinrichtung, so, wie sie sich im Zeitpunkt des Erbfalles befindet.

d) Meine Ehefrau erhält 33 1/3% der bei Eintritt des Erbfalles vorhandenen privaten Bankguthaben und Barvermögen.“

Ebenfalls am 22.11.1983 schloß der Erblasser mit der Beteiligte zu 1 einen notariellen Güter- und Ehevertragsvertrag, in dem unter anderem vereinbart wurde:

„Wir sind miteinander verlobt und beabsichtigen, die Ehe miteinander einzugehen ...

Für unsere künftige Ehe schließen wir hiermit den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus und vereinbaren Gütertrennung.

Desweiteren schließen wir für unsere künftige Ehe den Versorgungsausgleich aus.“

Am 25.11.1983 heirateten der Erblasser und die Beteiligte zu 1. Der Beteiligte zu 2 wurde am 7.5.1988 geboren. Im Juli 1996 verstarb der Erblasser.

Am 18.10.1996 erklärte die Beteiligte zu 1 die Anfechtung des Testaments gemäß § 2079 BGB. Am 20.12.1996 focht auch der Beteiligte zu 2, vertreten durch seinen Ergänzungspfleger, das Testament nach § 2079 BGB an.

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt,

einen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1 bis 4 als gesetzliche Erben zu je 1/4 ausweist.

Das Amtsgericht hat angekündigt, einen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 2, 3 und 4 als Erben zu je 1/3-Anteil ausweist. Dabei ist das Amtsgericht davon ausgegangen, daß die Anfechtung des Beteiligten zu 2 wirksam, die Anfechtung der Beteiligten zu 1 hingegen unwirksam ist.

Gegen diesen Vorbescheid hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, sie sei auch selbst anfechtungsberechtigt gemäß § 2079 Satz 1 BGB.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 blieb ohne Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat mit Recht festgestellt, daß die Beteiligte zu 1 nicht gemäß § 2079 Satz 1 BGB anfechtungsberechtigt ist. Durch die nach Testamentserrichtung erfolgte Eheschließung mit dem Erblasser ist sie zwar pflichtteilsberechtigter geworden; der Erblasser hat sie aber nicht im Rechtssinne übergeben. Ein Übergehen liegt nicht vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte mit einem Vermächtnis bedacht worden ist (BayObLGZ 93, 389 [= MittBayNot 1994, 233]; OLG Celle NJW 69, 101; *Palandt/Edenhofer*, 57. Aufl., § 2079 Rdnr. 3) und die Pflichtteilsberechtigung zwar noch nicht bestand, aber vom Erblasser bereits in seine Erwägungen mit einbezogen wurde (OLG Hamm NJW-RR 94, 462 [= MittBayNot 1994, 240]; *Leipold* in MünchKomm, 2. Aufl., § 2079 Rdnr. 6; *Soergel/Loritz*, 12. Aufl., § 2079 Rdnr. 3; *Jung AcP* 1994, 42 ff., 59; *Staudinger/Otte*, 13. Bearbeitung, § 2019 Rdnr. 5). Davon ist hier auszugehen. Der Erblasser hat die Beteiligte zu 1 bewußt als Erbin ausgeschlossen; denn bei Testamentserrichtung war ihm bekannt, daß sie binnen kurzem seine Ehefrau sein würde. Das zeigt der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Testamentserrichtung und Eheschließung; das zeigen auch die Formulierungen des am Tage der Testamentserrichtung vor demselben Notar geschlossenen Ehe- und Güterrechtsvertrages.

Anfechtungsgründe nach § 2078 BGB hat das Landgericht zu Recht nicht geprüft, da die Anfechtung ausdrücklich auf § 2079 BGB gestützt worden ist (vgl. dazu *Edenhofer* a.a.O. § 2081 Rdnr. 3).

Es ist auch, jedenfalls im Ergebnis, nicht zu beanstanden, daß die Kammer aus der Anfechtung des Beteiligten zu 2 keine Rechtswirkungen zugunsten der Beteiligten zu 1 hergeleitet hat:

Die Anfechtung des Beteiligten zu 2 ist gemäß § 2079 Satz 1 BGB wirksam. Der Beteiligte zu 2 ist als Kind des Erblassers pflichtteilsberechtigter. Zur Zeit der Testamentserrichtung war er noch nicht geboren. Der Erblasser hat ihn unbewußt ausgeschlossen, da er, wovon alle Beteiligten ausgehen, nicht damit gerechnet hat, daß aus der beabsichtigten Ehe mit der Beteiligten zu 1 ein Kind hervorgehen würde; demzufolge hat er andere Abkömmlinge als die Beteiligten zu 3 und 4 im Testament nicht erwähnt.

Ob die Anfechtung nach § 2079 BGB grundsätzlich zur völligen Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung führt oder, wie die Kammer unter Berufung auf OLG Köln NJW 56, 1522 und *Leipold* a.a.O. Rdnr. 19 annimmt, nur zur Nichtigkeit insoweit, als die Verfügung dem gesetzlichen Erbrecht des Anfechtungsberechtigten entgegensteht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Der Beteiligten zu 1 käme die Anfechtung nur zugute, wenn man von der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit ausginge. In diesem Fall käme sie als gesetzliche Erbin zum Zuge, der Erbschein wäre antragsgemäß zu erteilen.

Allerdings gehen auch die Vertreter der letztgenannten Theorie davon aus, daß die Gesamtnichtigkeit als Anfechtungsfolge nur im Regelfall, nicht unter allen Umständen, eintritt (vgl. BayObLG NJW 71, 1565; BayObLGZ 1980, 42, 59; *Lange/Kuchinke*, 4. Aufl., § 36 III 2 c (Seite 617 f.); *Soergel/*

*Damrau*, 12. Aufl., § 2079, Rdnr. 9; *Reinicke* NJW 71, 1962). Sie tritt dann nicht ein, wenn ein hypothetischer Erblasserwille dahingehend festzustellen ist, daß der übergangene Pflichtteilsberechtigte seinen gesetzlichen Erbteil erhält und es bei den letztwilligen Verfügungen im übrigen verbleibt (vgl. BayObLG NJW 71, 1567; *Reinicke* a.a.O. Seite 1964; *Staudinger/Otte* a.a.O., § 2079, R. 12 ff., 15). Daß im Rahmen des § 2079 BGB der hypothetische Erblasserwille zu prüfen ist trotz des Grundsatzes, daß Anfechtung rechtsvernichtend wirkt, ist § 2079 Satz 2 zu entnehmen, wonach die Anfechtung ausgeschlossen ist, „soweit“ anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen hätte. Die Prüfung ist darauf zu richten, wie der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung verfügt haben würde, wenn er zwar hinsichtlich der Person des Pflichtteilsberechtigten die später eingetretene oder damals vorhanden gewesene Sachlage richtig überblickt hätte, im übrigen aber diejenigen Umstände auf sich hätte wirken lassen, die ihn zur Zeit der Errichtung des Testaments zu diesem bestimmt haben (BayObLG NJW 71, 1566).

Im vorliegenden Fall führt die Ermittlung des hypothetischen Willens des Erblassers zu dem Ergebnis, daß dieser bei Kenntnis der veränderten Sachlage nicht von einer letztwilligen Verfügung abgesehen haben würde und hinsichtlich der Beteiligten zu 1 nicht wesentlich anders verfügt hätte als geschehen. Das ist seinem Verhalten nach der Geburt des Beteiligten zu 2 zu entnehmen. Der Erblasser hat die Geburt des Beteiligten zu 2 gerade nicht zum Anlaß genommen, die Beteiligte zu 1 als Erbin einzusetzen. Diesen Umstand hat die Kammer zutreffend berücksichtigt. Wenn es, wie hier, an unmittelbaren Anknüpfungstatsachen aus der Zeit der Testierung fehlt, kann vor allem das Verhalten des Erblassers nach Erkenntnis der Erbberechtigung des – neuen – Pflichtteilsberechtigten Rückschlüsse für den maßgeblichen früheren Zeitpunkt rechtfertigen (vgl. Senat vom 23.6.1995, 3 Wx 154/95). Bloße Untätigkeit des Erblassers genügt hierfür allerdings nicht, denn sie kann durch Schwerfälligkeit, körperliche oder geistige Hinfälligkeit, die Kürze der zur Verfügung stehenden Lebenszeit, einen Rechtsirrtum des Erblassers (etwa über den Fortbestand der letztwilligen Verfügung) oder sonstige Gründe bedingt sein (BayObLG NJW 71, 1567). Bloße Untätigkeit lag aber nicht vor, wie der nach den Vorstellungen des Erblassers gefertigte Entwurf des Notars X. aus dem Jahre 1989 zeigt, wonach der Beteiligte zu 2 neben den Beteiligten zu 3 und 4 Erbe sein sollte, während die Beteiligte zu 1 nach wie vor nur mit einem Vermächtnis bedacht werden sollte. Auf die Frage, ob der Erblasser die Beteiligte zu 1 bei Kenntnis der veränderten Situation im Testament finanziell besser gestellt hätte, kommt es nicht an. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß der Entwurf möglicherweise nicht die endgültige Meinungsbildung des Erblassers nach Geburt des Beteiligten zu 2 darstellt, da sich, aus den folgenden Jahren bis zum Tode des Erblassers in 1996 keinerlei Hinweise ergeben für eine gewollte Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1. Der Erblasser hat schließlich auch die Veräußerung des der Beteiligten zu 1 vermachten Grundstücks nicht zum Anlaß genommen, sie als Erbin einzusetzen bzw. eine Erbeinsetzung in Betracht zu ziehen.

Der Senat teilt die Auffassung der Kammer, daß der Vorbescheid des Amtsgerichts nicht aufgehoben werden muß, obgleich darin ein bisher nicht (ausdrücklich) beantragter Erbschein angekündigt worden ist. Wie die Ausführungen der Beteiligten zu 3 und 4 zeigen, ist jedenfalls von dieser Seite ein Erbscheinsantrag zu erwarten, der dem angekündigten

Erbschein entspricht. Das reicht aus (vgl. BayObLGZ 63, 20; BayObLGZ 94, 73; *Edenhofer* a.a.O., § 2353, Rdnr. 22), zumal in der Rechtsprechung anerkannt ist, daß sogar ein unzulässig ohne Antrag erteilter Erbschein nachträglich durch schlüssiges Verhalten der Erben genehmigt werden kann (BayObLGZ 70, 106).

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Art. 52, 58 EG-Vertrag (*Niederlassungsfreiheit/Errichtung einer Zweigniederlassung*)

**Ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, verstößt gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt. Diese Auslegung schließt jedoch nicht aus, daß die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats alle geeigneten Maßnahmen treffen können, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Das gilt sowohl – gegebenenfalls im Zusammenwirken mit dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet wurde – gegenüber der Gesellschaft selbst, als auch gegenüber den Gesellschaftern, wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen möchten.**

EuGH, Urteil vom 9.3.1999 – C – 212/97 –

### *Aus dem Tatbestand:*

Das Højesteret hat gemäß Artikel 177 EG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung der Artikel 52, 56 und 58 EG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Frage stellt sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Centros Ltd (nachstehend: Centros), einer am 18.5.1992 in England und Wales eingetragenen „private limited company“, und der dem dänischen Handelsministerium unterstehenden Erhvervs- og Selskabsstyrelse (Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaften) wegen deren Weigerungen, eine Zweigniederlassung von Centros in Dänemark einzutragen.

Aus den Akten ergibt sich, daß die Centros seit ihrer Errichtung keine Geschäftstätigkeit entfaltet hat. Da das Recht des Vereinigten Königreichs bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals nicht vorschreibt, wurde das Gesellschaftskapital der Centros von 100 UKL weder in die Gesellschaft einbezahlt noch zu deren Verwendung individualisiert. Das Kapital zerfällt in zwei Anteile, deren Eigentümer die Eheleute B., in Dänemark ansässige dänische Staatsangehörige, sind. Frau B. ist Direktorin der Centros, deren Sitz sich im Vereinigten Königreich, an der Adresse eines Freundes von Herrn B. befindet.

Nach dänischem Recht ist die Centros als „private limited company“ als eine ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzusehen. Die Vorschriften über die Anmeldung von Zweigniederlassungen solcher Gesellschaften finden sich im Anpartsselskabslov (Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; GmbH-Gesetz).

In § 117 dieses Gesetzes ist u.a. vorgesehen:

„1) Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die ausländischen Gesellschaften gleicher Rechtsform, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften niedergelassen sind, können in Dänemark über eine Zweigniederlassung tätig werden.“

Im Sommer 1992 beantragte Frau B. bei der Zentralverwaltung die Eintragung einer Zweigniederlassung von Centros in Dänemark.

Die Zentralverwaltung lehnte die Eintragung u.a. mit der Begründung ab, die Centros, die seit ihrer Errichtung keine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich entfaltet habe, beabsichtige unter Umgehung der nationalen Vorschriften insbesondere über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200 000 DKR gemäß dem Gesetz Nr. 886 vom 21.12.1991 in Wirklichkeit, in Dänemark nicht eine Zweigniederlassung, sondern einen Hauptsitz zu errichten.

Die Centros erhob gegen den ablehnenden Bescheid Klage beim Østre Landsret. Der Østre Landsret folgte dem Vorbringen der Zentralverwaltung. Die Centros legte ein Rechtsmittel beim Højesteret ein.

Das Højesteret hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist es mit Artikel 52 in Verbindung mit den Artikeln 56 und 58 EG-Vertrag vereinbar, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat und mit einem Gesellschaftskapital von 100 UKL (etwa 1000 DKR) nach dem Recht dieses Mitgliedstaats rechtmäßig errichtet worden ist und besteht, abzulehnen, wenn die Gesellschaft selbst keine Geschäftstätigkeit betreibt, die Zweigniederlassung aber in der Absicht errichtet wird, die gesamte Geschäftstätigkeit in dem Land zu betreiben, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird, und wenn davon auszugehen ist, daß dieses Vorgehen statt der Errichtung einer Gesellschaft in dem letztgenannten Mitgliedstaat gewählt wurde, um die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200 000 DKR, heute 125 000 DKR, zu vermeiden?

Die Frage des nationalen Gerichts geht dahin, ob ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag verstößt, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten, und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt.

### *Aus den Gründen:*

Eine Sachlage, in der eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsgemäßen Sitz hat, gegründete Gesellschaft eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründen will, fällt unter das Gemeinschaftsrecht. Daß die Gesellschaft im ersten Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in dem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll, ist dabei ohne Bedeutung (vgl. in diesem Sinne das Urteil *Segers*, Rdnr. 16).

Daß die Eheleute B. die Centros im Vereinigten Königreich zu dem Zweck gegründet haben, das dänische Recht über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals zu umgehen, was weder in den schriftlichen Erklärungen noch in der mündlichen Verhandlung bestritten wurde, ändert ebenfalls nichts daran, daß die Gründung einer Zweigniederlassung in Dänemark durch diese britische Gesellschaft unter die Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 52 und 58 EG-Vertrag fällt. Die Frage der Anwendung der Artikel 52 und 58 EG-Vertrag ist nämlich eine andere als die, ob ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, um zu verhindern, daß sich einige seiner Staatsangehörigen unter Mißbrauch der durch

den EG-Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung des nationalen Rechts entziehen.

Die Eheleute B. machen geltend, die Verweigerung der Eintragung ihrer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats, in dem sie ihren Sitz hat, errichteten Gesellschaft in Dänemark stelle eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Nach ständiger Rechtsprechung umfaßt die Niederlassungsfreiheit, die Artikel 52 EG-Vertrag den Gemeinschaftsangehörigen zuerkennt, das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeit nach den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Angehörigen gelten. Außerdem stellt Artikel 58 EG-Vertrag die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Hieraus folgt unmittelbar, daß diese Gesellschaften das Recht haben, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Agentur oder eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft auszuüben, wobei ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne die Urteile *Segers*, Rdnr. 13; vom 28.1.1986 in der Rechtssache 270/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Rdnr. 18; vom 13.7.1993 in der Rechtssache C-330/91, Commerzbank, Slg. 1993, I-4017, Rdnr. 13; und vom 16.7.1998 in der Rechtssache C-264/96, ICI, Slg. 1998, I-4695, Rdnr. 20).

Verweigert ein Mitgliedstaat unter bestimmten Umständen die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, so werden die nach dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften an der Wahrnehmung ihres Niederlassungsrechts aus den Artikeln 52 und 58 EG-Vertrag gehindert.

Ein solches Vorgehen beschränkt also die Ausübung der in diesen Bestimmungen gewährleisteten Freiheiten.

Die dänischen Behörden machen geltend, die Eheleute B. könnten sich dennoch nicht auf diese Bestimmungen berufen, da die von ihnen beabsichtigte gesellschaftsrechtliche Konstruktion einzig den Zweck verfolge, die Anwendung des nationalen Rechts über die Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu umgehen, und deshalb eine mißbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstelle. Das Königreich Dänemark sei deshalb berechtigt, Maßnahmen zur Verhinderung eines solchen Mißbrauchs zu treffen, indem es die Eintragung der Zweigniederlassung verweigere.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist ein Mitgliedstaat zwar berechtigt, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, daß sich einige seiner Staatsangehörigen unter Mißbrauch der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; die mißbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet (vgl. u.a. im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs die Urteile vom 3.12.1974 in der Rechtssache 33/74, Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Rdnr. 13; vom 3.2.1993 in der Rechtssache C-148/91, Veronica Omroep Organisatie, Slg. 1993, I-487, Rdnr. 12; und vom 5.10.1994 in der Rechtssache C-23/93 TV 10, Slg. 1994, I-4795, Rdnr. 21; auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit Urteile vom 7.2.1979 in der Rechtssache 115/78, Knoors, Slg.

1979, 399, Rdnr. 25; und vom 3.10.1990 in der Rechtssache C-61/89, Bouchoucha, Slg. 1990, I-3551, Rdnr. 14, auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs Urteil vom 10.1.1985 in der Rechtssache 229/83, Leclerc u.a., Slg. 1985, I, Rdnr. 27; auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit Urteil vom 2.5.1996 in der Rechtssache C-206/94, Paletta, Slg. 1996, I-2357, Rdnr. 24; auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer Urteil vom 21.6.1988 in der Rechtssache 39/86, Lair, Slg. 1988, 3161, Rdnr. 43; auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik Urteil vom 3.3.1993 in der Rechtssache C-8/92, General Milk Products, Slg. 1993, I-779, Rdnr. 21; auf dem Gebiet des Gesellschaftsrecht Urteil vom 12.5.1998 in der Rechtssache C-367/96, Kefalas u.a., Slg. 1998, I-2843, Rdnr. 20).

Zwar können die nationalen Gerichte unter solchen Umständen im Einzelfall das mißbräuchliche oder betrügerische Verhalten der Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien in Rechnung stellen, um ihnen gegebenenfalls die Berufung auf das einschlägige Gemeinschaftsrecht zu verwehren; sie haben jedoch bei der Würdigung eines solchen Verhaltens die Ziele der fraglichen Bestimmungen zu beachten (Urteil Paletta, Rdnr. 25).

Im Ausgangsfall sind die nationalen Vorschriften, denen sich die Betroffenen entziehen wollten, Vorschriften über die Errichtung von Gesellschaften, aber nicht Vorschriften über die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten. Ziel der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit ist es jedoch gerade, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichteten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, zu erlauben, mittels einer Agentur Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden.

Damit kann es für sich allein keine mißbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit.

Dabei ist unerheblich, daß das Gesellschaftsrecht in der Gemeinschaft nicht voll harmonisiert worden ist; außerdem bleibt es dem Rat jederzeit überlassen, aufgrund der ihm in Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g EG-Vertrag übertragenen Befugnisse diese Harmonisierung zu vervollständigen,

Daß eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Geschäftstätigkeiten entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, belegt zudem nach Rdnr. 16 des Urteils *Segers* noch kein mißbräuchliches und betrügerisches Verhalten, das es dem letzteren Mitgliedstaat erlauben würde, auf diese Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.

Somit ist es mit den Artikeln 52 und 58 EG-Vertrag unvereinbar, daß ein Mitgliedstaat es mit der Begründung ablehnt, die Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats, in dem sie ihren Sitz hat, errichteten Gesellschaft einzutragen, die Zweigniederlassung solle es der Gesellschaft ermöglichen, ihre gesamte Geschäftstätigkeit im Aufnahme-

mitgliedstaat auszuüben, wobei die Zweigniederlassung dem nationalen Recht über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals entzogen werde, da diese Weigerung jede Wahrnehmung der Freiheit zur Gründung einer Zweigniederlassung verhindert, die durch die Artikel 52 und 58 gerade gewährleistet werden soll.

Es stellt sich noch die Frage, ob das nationale Vorgehen aus den von den dänischen Behörden angeführten Gründen gerechtfertigt sein könnte.

Unter Bezugnahme auf Artikel 56 EG-Vertrag und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses macht die Zentralverwaltung geltend, die Pflicht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zur Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals verfolge zum einen den Zweck, die finanzielle Solidität der Gesellschaften zu verstärken, um die öffentlichen Gläubiger vor der Gefahr zu schützen, daß die öffentlichen Forderungen uneinbringlich würden, da diese anders als private Gläubiger ihre Forderungen nicht durch eine Sicherheit oder Bürgschaft sichern könnten, zum anderen solle sie ganz allgemein alle öffentlichen und privaten Gläubiger schützen, indem sie der Gefahr eines betrügerischen Bankrotts aufgrund der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit unzureichendem Anfangskapital vorbeuge.

Es gebe kein milderes Mittel, um diese Ziele zu erreichen. Das andere Mittel zum Schutz der Gläubiger, gesetzlich bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter vorzusehen, sei nicht milder als die Verpflichtung zur Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals.

Wie festgestellt, sind diese Gründe für Artikel 56 EG-Vertrag ohne Belang. Im übrigen sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, zulässig, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. die Urteile vom 31.3.1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; und vom 30.11.1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37).

Diese Voraussetzungen sind im Ausgangsfall nicht erfüllt. Zum einen ist das dänische Vorgehen nicht geeignet, das mit ihm verfolgte Ziel des Gläubigerschutzes zu erreichen, da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären.

Da die Gesellschaft als Gesellschaft englischen Rechts, nicht als Gesellschaft dänischen Rechts auftritt, ist den Gläubigern weiter bekannt, daß sie nicht dem dänischen Recht über die Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung unterliegt; sie können sich auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzvorschriften berufen wie die Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11) und die Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter

Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (ABl. L 395, S. 36),

Außerdem könnten entgegen dem Vorbringen der dänischen Behörden mildere Maßnahmen getroffen werden, die die Grundfreiheiten weniger beeinträchtigen. So könnten etwa die öffentlichen Gläubiger rechtlich die Möglichkeit erhalten, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen.

Kann somit ein Mitgliedstaat die Eintragung der Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats, in der sie ihren Sitz hat, errichteten Gesellschaft nicht verweigern, so kann er doch alle geeigneten Maßnahmen treffen, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Das gilt sowohl – gegebenenfalls im Zusammenwirken mit dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet wurde – gegenüber der Gesellschaft selbst als auch gegenüber ihren Gesellschaftern, wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen möchten. Jedoch kann die Bekämpfung von Betrügereien nicht rechtfertigen, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft zu verweigern.

Die Vorlagefrage ist demgemäß dahin zu beantworten, daß ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag verstößt, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt. Diese Auslegung schließt jedoch nicht aus, daß die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats alle geeigneten Maßnahmen treffen können, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Das gilt sowohl – gegebenenfalls im Zusammenwirken mit dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet wurde – gegenüber der Gesellschaft selbst als auch gegenüber den Gesellschaftern, wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen möchten.

#### **Anmerkung:**

1. a) Gestaltungen, bei denen Satzungssitz und Verwaltungssitz einer Gesellschaft auseinanderfallen (sog. Briefkastengesellschaften), sind immer wieder Gegenstand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur. Briefkastengesellschaften dienen zumeist der bewußten Auswahl einer bestimmten Rechtsordnung zum Zwecke der Umgehung strengerer gesellschaftsrechtlicher Vorschriften am Ort der tatsächlichen Entfaltung der Geschäftstätigkeit, werden aber auch und vor allem aus steuerlichen Gründen eingesetzt (zwar knüpft die Steuerpflicht meist an den Ort der Geschäftsleitung bzw. der Betriebsstätte an, bei Gesellschaften mit ausländischem Gesellschaftsstatut ist jedoch die Durchsetzung der Steuerforderungen ungleich problematischer). Das Phänomen der Briefkastengesellschaften und deren Behandlung bzw. Anerkennung durch andere Rechtsordnungen ist letztlich eine Frage des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts (Gesellschaftsstatut). Ob und inwieweit das vorliegende EuGH-Ur-

teil hierzu tatsächlich Aussagen getroffen hat, bedarf einer näheren Prüfung.

b) Im Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts werden traditionell zwei gegensätzliche Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts vertreten, nämlich die Gründungstheorie und die Sitztheorie (vgl. anstatt vieler *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rdnr. 16 ff., 153 ff. m.w.N.). Nach der *Gründungstheorie* ist auf eine Gesellschaft das Recht desjenigen Staates anwendbar, nach dessen Recht die Gesellschaft – durch Wahl des satzungsmäßigen Sitzes – gegründet wurde. Es hängt damit allein vom Willen der Gesellschaftsgründer ab, welches Recht anwendbar sein soll. Diese Theorie wird vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis, in den Niederlanden sowie im Grundsatz auch im skandinavischen Rechtskreis vertreten. Die *Sitztheorie*, der die meisten kontinental-europäisch geprägten Rechtsordnungen folgen, knüpft hingegen nicht an den Satzungssitz, sondern an den tatsächlichen Sitz der Verwaltung an. Begründet wird dies damit, daß zu der Rechtsordnung des Verwaltungssitzes die engste Verbindung bestehe, so daß es gerechtfertigt sei, die dort geltende Rechtsordnung anzuwenden. Es werde das Recht des Staates durchgesetzt, der am meisten betroffen sei (vgl. *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rdnr. 41 ff. m.w.N.).

c) Die Sitztheorie hat zur Folge, daß die Gründung von Briefkastengesellschaften faktisch abgewehrt und der Schutz der eigenen Rechtsordnung sichergestellt wird. In der obergerichtlichen Rechtsprechung hatte zuletzt das BayObLG in einer Entscheidung vom 26.8.1998 (DNotZ 1999, 233) die *Geltung der Sitztheorie in Deutschland bestätigt*. Der dort entschiedene Fall zeigt weitgehende Parallelen zu dem vom EuGH entschiedenen Sachverhalt auf: Eine im Handelsregister für England und Wales eingetragene *private limited company* („A. Innenausbau Limited“) meldete die Eintragung einer Zweigniederlassung in ein deutsches Handelsregister an. Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Gesellschaft in England nur ihren statutarischen Sitz hat und ihr Verwaltungssitz in Deutschland liegt, wurde die Eintragung mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft abgelehnt. Das BayObLG entschied gemäß der Sitztheorie, daß die Gesellschaft aufgrund ihres lediglich statutarischen Sitzes in England nicht als rechtfähig anerkannt werden könne, da die deutschen Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften (hier GmbHG) nicht eingehalten seien (BayObLG a.a.O., S. 234). Daran ändere sich auch dann nichts, wenn die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates rechtfähig sei. Weder aus allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts noch aus den Vorschriften des EG-Vertrages über die Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EG-Vertrag; jetzt Art. 43, 48 EG-Vertrag nach Fassung des Amsterdamer Vertrages) ergäbe sich die Pflicht, daß eine nach ausländischem Recht erlangte Rechtsfähigkeit auch im Inland anzuerkennen sei. Eine Vorlagepflicht zum EuGH verneinte das BayObLG unter Hinweis auf das EuGH-Urteil vom 27.9.1988 in Sachen *Daily Mail* (EuGH NJW 1989, 2186).

d) Im *Daily-Mail-Urteil*, das bisher als die bedeutendste Entscheidung des EuGH zum Internationalen Gesellschaftsrecht eingestuft wurde, ging es um die Verlegung des Verwaltungssitzes einer englischen Gesellschaft in die Niederlande. Die Verlegung scheiterte im Ergebnis an der Zustimmungsverweigerung der britischen Finanzverwaltung, die eine Umgehung der Besteuerung stiller Reserven im Rahmen geplanter Veräußerungen von Betriebsvermögen verhindern wollte (genau dies war aber das Ziel der Verlegung). Im Rahmen des Vorla-

geverfahrens, bei dem es um einen möglichen Verstoß gegen die Art. 52, 58 EG-Vertrag ging, machte der EuGH detaillierte Ausführungen zu den unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Auffassungen bei der Behandlung von Gesellschaften im grenzüberschreitenden Kontext. Er kam dabei zu dem Schluß, daß gemäß Art. 58 EG-Vertrag der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfungspunkt gleich geachtet würden (EuGH NJW 1989, 2186, 2188). Die bestehenden Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung stellen Probleme dar, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst seien, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses zwischen den Mitgliedstaaten bedürften (EuGH NJW 1989, 2186, 2188).

2. a) Die EuGH-Entscheidung vom 9.3.1999 in Sachen *Centros* wird von den bisherigen Stimmen im Schrifttum nun als weitgehender Sieg der Gründungstheorie über die Sitztheorie oder zumindest als „empfindlicher Schlag“ gegen die Sitztheorie gewertet (siehe *Freitag* EuZW 1999, 267, 268; *Höfling* DB 1999, 1206; *Leible* NZG 1999, 300, 301; *Meilicke* DB 1999, 627; *Neye* EWiR 1999, 259; *Roth* ZIP 1999, 861, 863; *Sedemund/Hausmann* BB 1999, 810; vgl. auch *Cascante* RIW 1999, 450; *Werlauff* ZIP 1999, 867). Tatsächlich scheinen die Ausführungen des EuGH in vollem Umfang dem Urteil des BayObLG entgegenzustehen. Betrachtet man allerdings den Sachverhalt und die Urteilsgründe genauer, so kommen doch gewisse Zweifel hinsichtlich der aus der Entscheidung zu ziehenden Schlußfolgerungen auf (vgl. hierzu auch *Görk*, GmbHR 1999, erscheint demnächst; *Lange* DNotZ 1999 (Heft 7), erscheint demnächst).

b) Zu allererst fällt auf, daß der EuGH mit keiner Silbe seine Entscheidung vom 27.9.1988 erwähnt. Will man dem EuGH nicht die ungeheuerliche Unterstellung machen, er hätte seinen bisherigen leading case zum gesellschaftsrechtlichen Kollisionsrecht schlicht übersehen, muß man davon ausgehen, daß seine damaligen Ausführungen unverändert Bestand haben (so auch *Lange* a.a.O.). Dies bedeutet zum einen, daß es dabei bleibt, daß die Anknüpfungen an den satzungsmäßigen Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung aus Sicht des EG-Vertrages als gleichwertig anzusehen sind. Zum anderen bleibt die Aussage des EuGH unberührt, daß die Probleme aus den unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfungen in den Mitgliedstaaten nicht über Art. 52, 58 EG-Vertrag zu lösen sind, sondern einer gemeinschaftlichen Rechtsetzung oder eines Übereinkommens der Mitgliedstaaten bedürfen. Zumindest aber hinsichtlich der grenzüberschreitenden Sitzverlegung (um diese ging es konkret im Fall *Daily-Mail*) hat die *Centros*-Entscheidung demnach keine Änderungen mit sich gebracht.

c) Angesichts des der *Centros*-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhaltes, verwundert es beim ersten Blick des weiteren, daß der EuGH nicht nur auf eine Erwähnung der *Daily-Mail*-Entscheidung verzichtet, sondern daß er auf die kollisionsrechtliche Problematik mit keinem Wort eingeht. Vielmehr geht er von vornherein davon aus, daß auf die *Centros* Ltd. – auch aus Sicht der dänischen Rechtsordnung – britisches Recht Anwendung findet. Er nimmt also das Ergebnis einer kollisionsrechtlichen Prüfung als Ausgangspunkt seiner Überlegungen (so auch *Lange* a.a.O.) und muß sich daher nicht mit dem Streit um Sitztheorie und Gründungstheorie auseinandersetzen. Diese Vorgehensweise ist nur unter dem Hintergrund nachzuvollziehen, daß der Sachverhalt ein kalli-

sionsrechtliches Problem überhaupt nicht aufgeworfen hat. Dänemark folgt nämlich im Grundsatz genauso wie das Vereinigte Königreich der Gründungstheorie (siehe *Leible NZG* 1999, 300, 301; *Roth ZIP* 1999, 861, 862 jew. m.w.N.), weshalb die *Centros Ltd.* auch aus Sicht des dänischen Rechts als eine (wirksam entstandene) Gesellschaft britischen Rechts anzusehen war.

d) Die dänische Verweigerung der Eintragung war also nicht auf das Argument einer kollisionsrechtlichen Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit gestützt, sondern auf eine mißbräuchliche Umgehung der dänischen Mindestkapitalvorschriften. Es ging also streng genommen um die Frage, *ob eine grundsätzlich als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft im Einzelfall bestimmte Rechte geltend machen konnte oder nicht*. Unter diesem Blickwinkel war es nur konsequent, daß der EuGH die *Centros Ltd.* ohne kollisionsrechtliche Vorprüfung als Trägerin der Rechte aus Art. 52, 58 EG-Vertrag ansah und die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bewertete. Mit sehr formalistischer und nicht ganz unproblematischer Argumentation hielt der EuGH diese Einschränkung dann auch aus Gründen des Gläubigerschutzes für nicht gerechtfertigt. *Zu dem Streit um Gründungstheorie und Sitztheorie* sowie um die Reichweite der Art. 52, 58 EG-Vertrag in diesem Zusammenhang *brauchte sich der EuGH* unter diesen Umständen *nicht zu äußern* (im Ergebnis ebenso *Lange a.a.O.*). Seine diesbezüglichen Aussagen in der *Daily-Mail-Entscheidung* können daher als unangetastet angesehen werden.

3. a) Folgt man der vorstehenden Ansicht nicht und geht man davon aus, daß der EuGH auch im Verhältnis zu einem Sitztheoriestaat zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, bedeutet dies *keine generelle Absage an die Sitztheorie*. Zu dieser hat sich der EuGH in der *Centros-Entscheidung* nun definitiv nicht geäußert. Allerhöchstens könnte den Urteilsgründen entnommen werden, daß der EuGH einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates rechtmäßig errichtet wurde, die Rechte aus Art. 52, 58 EG-Vertrag zuspricht und andere Mitgliedstaaten die Eintragung von Zweigniederlassungen unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich nicht verweigern können. Das hieße aber nicht, daß die Sitztheorie als solche mit dem EG-Vertrag nicht vereinbar wäre. Vielmehr wären die Mitgliedstaaten nach Art. 52, 58 (43, 48) EG-Vertrag zur gegenseitigen Anerkennung der jeweiligen kollisionsrechtlichen Anknüpfung, der jeweiligen Theorie hinsichtlich des einschlägigen Gesellschaftsstatuts verpflichtet.

b) Bei diesem Verständnis der Entscheidung wäre die Gründung einer Briefkastengesellschaft in einem Gründungstheoriestaat, der die Errichtung ohne Rücksicht auf die Lage des Verwaltungssitzes zuläßt, von den übrigen Mitgliedstaaten unabhängig von der dort vertretenen Theorie hinzunehmen und die Gesellschaft als rechtsfähig anzuerkennen. Läßt aber bereits die Rechtsordnung des Satzungssitzes die Gründung einer Gesellschaft ohne entsprechende Lage des Verwaltungssitzes nicht zu (so die Sitztheorie; vgl. *Staudinger/Großfeld, IntGesR*, 1998, Rdnr. 86 ff. m.w.N.; a.A. *Wengstern FS Drob-nig* [1998], 465 ff.), fehlt es schon aus Sicht des Staates des Satzungssitzes am wirksamen Entstehen einer juristischen Person, die eine Anerkennung in anderen Mitgliedstaaten und die Rechte aus Art. 52, 58 EG-Vertrag in Anspruch nehmen könnte. *Danach bliebe in jedem Fall die Gründung von Briefkastengesellschaften in Sitztheoriestaaten (z.B. Österreich) weiterhin unzulässig.*

4. Dem Urteil des EuGH ist also im Ergebnis *keine gemeinschaftsrechtliche Aussage zugunsten der Gründungstheorie* zu entnehmen. Folgt man der hier unter 2. d) vertretenen Auffassung, so hat sich EuGH überhaupt nicht zu kollisionsrechtlichen Problemen geäußert, so daß die Entscheidung in Sachen *Daily Mail* weiterhin volle Gültigkeit beanspruchen kann. Danach ist es auch nicht ausgeschlossen, daß die *bisherige deutsche Rechtsprechung zur Nichtanerkennung von Briefkastengesellschaften über die Centros-Entscheidung hinaus Bestand* haben kann. Angesichts der nicht ganz eindeutigen Ausführungen des EuGH wird ein Gericht im nächsten zu entscheidenden Fall jedoch nicht um eine *Vorlage nach Art. 177 (234) EG-Vertrag* herumkommen. Sollte sich dabei herausstellen, daß Briefkastengesellschaften mit Satzungssitz vor allem im Vereinigten Königreich von Deutschland in jedem Fall anzuerkennen sind, bliebe die Frage nach möglichen Maßnahmen zum Schutz vor allem der Gesellschaftsgläubiger (vgl. insoweit *Görk a.a.O.*). Eine Haftungsbeschränkung zum „Nulltarif“ durch Verschaffung einer leeren formaljuristischen Hülle kann und darf es jedenfalls nicht geben. Bei Sachverhalten, die außerhalb des EG-Vertrages oder des EWR-Übereinkommens liegen, bleibt es in jedem Fall bei der vollen Durchsetzbarkeit der deutschen Gläubigerschutzvorschriften über die Anwendung der Sitztheorie.

Notarassessor Dr. Stefan Görk, Köln

17. BGB § 158; GmbHG § 55 (*Kein Erfüllungsanspruch des Übernehmers einer Stammeinlage gegen die GmbH auf Verschaffung der Mitgliedschaft*)

1. **Aus dem mit einer GmbH geschlossenen Vertrag zur Übernahme einer Stammeinlage auf erhöhtes Kapital besteht kein Erfüllungsanspruch des Übernehmers auf Verschaffung der Mitgliedschaft.**
2. **Das Verstreichen eines in der Übernahmeerklärung (§ 55 Abs. 1 GmbHG) bestimmten Termins für die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister führt entspr. § 158 Abs. 2 BGB zur Beendigung auch des Übernahmevertrages.**
3. **Hat die GmbH das Scheitern einer Kapitalerhöhung zu vertreten, steht dem Übernehmer kein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Übernahmevertrages zu.**

BGH, Urteil vom 11.1.1999 – II ZR 170/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

*Aus dem Tatbestand:*

Die beiden Gesellschafter der beklagten GmbH beschlossen am 19.9.1994 zu notarieller Urkunde, das Stammkapital der Beklagten von 50.000,- DM auf 150.000,- DM zu erhöhen sowie sich zur Übernahme einer Stammeinlage von je 30.500,- DM und den als Gesellschafter neu aufzunehmenden Klägern zur Übernahme einer Stammeinlage von 39.000,- DM zuzulassen. Am selben Tag unterzeichneten die Übernehmer entsprechende Übernahmeerklärungen, der Kläger mit dem Zusatz, seine Übernahme erfolge unter der Bedingung, daß die Kapitalerhöhung bis zum 31.3.1995 im Handelsregister eingetragen sei. Er überwies am 30.12.1994 39.000,- DM auf ein Konto der Beklagten. Die daraufhin unter Mitwirkung des beurkundenden Notars erfolgte Anmeldung der Kapitalerhöhung bei dem Register-

gericht D. wurde von dort mit Schreiben an ihn vom 30.1.1995 wegen formeller Mängel beanstandet, was der Notar der Beklagten erst am 20.4.1995 unter Hinweis darauf mitteilte, daß der Kläger nach Rückfrage auf einer baldmöglichsten Eintragung der Kapitalerhöhung und auf seinem Beitritt zu der Gesellschaft bestehe. Wegen inzwischen aufgetretener Differenzen mit dem Kläger hoben die Gesellschafter der Beklagten den Kapitalerhöhungsbeschluß wieder auf und zogen den Eintragungsantrag zurück.

Mit seiner Klage hat der Kläger von der Beklagten Rückzahlung der geleisteten Stammeinlage nebst Zinsen sowie – im Wege der Stufenklage – weitergehend Schadensersatz in Form von entgangenem Gewinn begehrt, den er als Gesellschafter der Beklagten in den Jahren 1995 bis 1997 hätte ziehen können. Das Landgericht hat dem ersten Antrag stattgegeben und die Stufenklage insgesamt abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Seine – zugelassene – Revision hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Der mit der Stufenklage geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht dem Kläger nicht zu.

1. Ohne Rechtsfehler und von den Parteien in der Revisionsinstanz nicht beanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte die Übernahmeerklärung des Klägers (§ 55 Abs. 1 GmbHG) angenommen hat und dadurch zwischen den Parteien ein Übernahmevertrag zustande gekommen ist. Ein solcher Vertrag verpflichtet in erster Linie den durch Gesellschafterbeschluß gemäß § 55 Abs. 2 GmbHG zugelassenen Übernehmer zur Erbringung der vorgesehenen Einlage (vgl. *Scholz/Priester*, GmbHG, 8. Aufl., § 55 Rdnr. 93). Es handelt sich nicht um einen Austauschvertrag wie bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils (§ 15 Abs. 4 GmbHG), sondern um einen Vertrag mit körperschaftlichem Charakter (Sen., BGHZ 49, 117, 119 [= MittBayNot 1968, 111], weil das von dem Übernehmer erstrebte Mitgliedschaftsrecht nicht von der Gesellschaft „geliefert“ wird, sondern auf der Grundlage des (satzungsändernden) Kapitalerhöhungsbeschlusses und des Übernahmevertrages kraft Gesetzes mit der Eintragung im Handelsregister entsteht (vgl. §§ 54 Abs. 3, 57 GmbHG; *Lutter*, Festschrift für Schilling, S. 217; *ders.* in *Köln Komm. zum AktG*, 2. Aufl., § 185 Rdnr. 19; *Wiedemann* in *GroßKomm. zum AktG*, 4. Aufl., § 185 Rdnr. 30). Bis dahin steht – entgegen der Ansicht der Revision – nicht nur der Erwerb der Mitgliedschaft, sondern der Übernahmevertrag (ebenso wie der Zeichnungsvertrag im Aktienrecht) unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch die Eintragung (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 55 Rdnr. 70; *Wiedemann* a.a.O., Rdnr. 35). Ein Erfüllungsanspruch des Übernehmers gegenüber der Gesellschaft auf Durchführung der Kapitalerhöhung und auf den Erwerb der Mitgliedschaft besteht nicht, weil die für sie erforderliche Satzungsänderung erst mit der Eintragung wirksam wird (§ 54 Abs. 3 GmbHG) und bis dahin der Autonomie der (bisherigen) Gesellschafter unterliegt (vgl. *Scholz/Priester* a.a.O., Rdnr. 35; *Hachenburg/Ulmer* a.a.O., Rdnr. 75; *Lutter*, Festschrift Schilling, S. 220; *Wiedemann* a.a.O., Rdnr. 35). Ob damit die Annahme einer – schadensersatzbewehrten – Treupflicht der Gesellschaft gegenüber dem Übernehmer vereinbar ist, für eine zügige und ordnungsgemäße Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen (so *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 16. Aufl., § 55 Rdnr. 22), braucht hier nicht entschieden zu werden.

2. Der vorliegende Fall zeichnet sich nämlich durch die Besonderheit aus, daß die Übernahme der Stammeinlage durch

den Kläger unter der „Bedingung“ der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister bis zum 31.3.1995 erfolgte und diese Frist ergebnislos abgelaufen ist.

a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann diese unter Mitwirkung eines Notars aufgenommene Bestimmung nicht im Sinne eines bloßen Rücktrittsvorbehalts zugunsten des Klägers ausgelegt werden. Vielmehr handelt es sich – wie in § 185 Abs. 1 Nr. 4 AktG – um die Bestimmung eines Zeitpunkts, in dem die Zeichnung bei bis dahin nicht erfolgter Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister unverbindlich wird, was dann auch für den Zeichnungs- bzw. Übernahmevertrag und die beiderseitigen Pflichten aus ihm gilt (vgl. *Lutter*, Festschrift a.a.O., S. 216; *ders.* in *KK-AktG* a.a.O., § 185 Rdnr. 42). Eine solche auflösende Bedingung (vgl. *Wiedemann* a.a.O., Rdnr. 22) oder Befristung (vgl. *Lutter* a.a.O.) kann auch im GmbH-Recht wirksam vereinbart werden, um Unklarheiten über die Dauer der Bindung des Übernehmers an den Übernahmevertrag und über den Fortbestand seiner – mit dessen Abschluß entstehenden – Einlagepflicht für den Fall zu vermeiden, daß die Durchführung der Kapitalerhöhung sich verzögert (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a.a.O., § 55 Rdnr. 68 f.; *Scholz/Priester* a.a.O., § 55 Rdnr. 81). Mit dem Verstreichen des „Verfalldatums“ erlöschen die Rechte und Pflichten aus dem Übernahmevertrag entsprechend § 158 Abs. 2 BGB (vgl. *Hüffer*, AktG, 3. Aufl., § 185 Rdnr. 14 m.w.N.); der Übernehmer kann seine geleistete Einlage jedenfalls nach § 812 BGB zurückfordern (vgl. *Scholz/Priester* a.a.O., § 55 Rdnr. 81 m.w.N.). Ein Anspruch hierauf wurde dem Kläger in den Vorinstanzen zuerkannt.

b) Ein wirksamer Verzicht des Klägers auf die genannte Bedingung oder Befristung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23.11.1988 – VIII ZR 262/87, ZIP 1989, 234) scheidet schon deshalb aus, weil er mit einer geänderten Übernahmeerklärung in der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG vor Ablauf der Frist und der dadurch eingetretenen Auflösung des Übernahmevertrages gegenüber der Beklagten hätte erfolgen müssen (vgl. auch BGH a.a.O., S. 236). Entsprechendes ist hier weder festgestellt noch vom Kläger dargetan.

c) Auch der von der Revision herangezogene „Rechtsgedanke des § 162 BGB“ verhilft ihr nicht zum Erfolg. Eine unmittelbare Anwendung des § 162 BGB kommt ohnehin nicht in Betracht, weil die Eintragung im Handelsregister gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kapitalerhöhung ist bzw. eine Rechtsbedingung darstellt, deren Eintritt nicht über § 162 BGB fingiert werden kann. Die Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach Auflösung des Übernahmevertrages ist weder treuwidrig noch pflichtwidrig. Ob die Beklagte vor der Vertragsauflösung verpflichtet gewesen wäre, für rechtzeitige Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister zu sorgen, und sie sich ein Versäumnis des dabei mitwirkenden Notars gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müßte (vgl. BGHZ 62, 119, 121 [= MittBayNot 1974, 136]), kann offenbleiben. Denn das Fehlen eines Erfüllungsanspruchs des Übernehmers gegenüber der Gesellschaft und die Verbandsautonomie ihrer Gesellschafter (vgl. oben 1.) stehen jedenfalls dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf ein Erfüllungssurrogat in Form des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung entgegen (vgl. *Lutter*, Festschrift Schilling, S. 229), wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat. Ein entsprechender Schadensersatzanspruch würde auf einen vom Gesetz nicht intendierten Erfüllungszwang hinauslaufen.

Ob dem Übernehmer im Fall eines von der Gesellschaft zu vertretenden Scheiterns der Kapitalerhöhung angesichts der Schwächen eines bloßen Bereicherungsausgleichs (§ 818 Abs. 3 BGB) sowie zur Vermeidung eines Ungleichgewichts zwischen der mit Abschluß des Übernahmevertrags wirksamen Einlageverpflichtung und dem Fehlen eines Erfüllungsanspruchs gegenüber der Gesellschaft auf Verschaffung der Mitgliedschaft ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zuzubilligen ist (vgl. insbesondere *Lutter* a.a.O., S. 229), ist hier nicht zu entscheiden, weil ein derartiger Anspruch vom Kläger nicht geltend gemacht ist.

---

18. GmbHG § 5; UmwG §§ 17, 159 (Anmeldung einer mittels Ausgliederung zur Neugründung errichteten GmbH)

**Der Anmeldung eines durch Ausgliederung zur Neugründung entstehenden neuen Rechtsträgers ist ein Sachgründungsbericht beizufügen. Der Vorlage einer Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers, die auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt ist, bedarf es dagegen nicht.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluß vom 10.12.1998 – 3Z BR 237/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Der beurkundende Notar meldete mit am 27.8.1997 beim Amtsgericht München eingegangenen Schreiben die im Wege der Ausgliederung zur Neugründung errichtete Vor-GmbH zur Eintragung im Handelsregister an. Beigefügt war u.a. eine Schlußbilanz des im Handelsregister des Amtsgerichts München eingetragenen ausgliedernden Einzelkaufmanns mit dem Stichtag 31.12.1996, nicht aber ein Sachgründungsbericht. Die Einlaufstelle des Amtsgerichts München reichte mit Schreiben vom 27.8.1997 die Unterlagen mit dem Hinweis zurück, daß angesichts des Sitzes der Gesellschaft örtlich zuständig das Amtsgericht Augsburg sei. Mit Schriftsatz vom 1.9.1997 sandte der Notar das Einreichungsschreiben erneut dem Amtsgericht München mit der Bitte um Weiterleitung an das Amtsgericht Augsburg zu, wo dieses am 17.9.1997 einging. Das Amtsgericht Augsburg wies mit „Zwischenverfügung“ vom 22.10.1997 darauf hin, daß durch die Anmeldung beim unzuständigen Gericht die 8-Monats-Frist nach §§ 125, 17 UmwG nicht gewahrt und daneben der in der Anmeldung bereits aufgeführte Sachgründungsbericht nicht vorgelegt worden sei, und forderte zu einer Stellungnahme auf. Gestützt auf diese beiden Gesichtspunkte wies es dann die Anmeldung zurück. Die Beschwerde der Antragstellerin blieb ohne Erfolg. Die weitere Beschwerde war erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt, der Eintragung der Gesellschaft stehe entgegen, daß durch die Einreichung zum unzuständigen Amtsgericht München die Frist der §§ 125, 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht gewahrt sei.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung § 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

Bei der hier vorliegenden Anmeldung der durch die Ausgliederung entstehenden Gesellschaft (§ 137 Abs. 1, § 160 Abs. 1 UmwG) ist die Vorlage einer *fristwahrenden* Schlußbilanz des übertragenden Einzelkaufmannes nicht erforderlich (vgl. *Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel* UmwG § 17 Rdnr. 4 ff.; *Lutter/Karollus* UmwG § 154 Rdnr. 11; *Engelmeyer* Die

Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht S. 258 f.; *Schöne* Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH S. 56; a.A. *Widmann/Mayer* UmwG § 160 Rdnr. 13). § 17 Abs. 2 UmwG, der gemäß §§ 125, 135 Abs. 1 UmwG Anwendung findet, betrifft dem klaren Wortlaut nach nur die Anmeldung zum Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers (§ 137 Abs. 2 UmwG). Auch der beim übertragenden Einzelkaufmann gegebene Zweck der zeitnahen Vorlage der Schlußbilanz (vgl. *Dehmer* UmwG 2. Aufl. § 17 Rdnr. 8 ff., 14; *Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel* § 17 Rdnr. 7; *Lutter/Bork* § 17 Rdnr. 4) liegt bei der Anmeldung des entstehenden Rechtsträgers nicht in gleicher Weise vor. Hiervon unabhängig ist es dem Registergericht des neuen Rechtsträgers im Rahmen seiner Prüfungspflicht nach den allgemeinen Vorschriften, etwa gemäß § 9c GmbHG, nicht verwehrt, sich die Bilanz des übertragenden Rechtsträgers vorlegen zu lassen, da auf die Anmeldung des neuen Rechtsträgers die Vorschriften Anwendung finden, die für die Gründung der entsprechenden Gesellschaftsform gelten (§ 135 Abs. 2 Satz 1 UmwG). Die Einhaltung der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG kann nicht gefordert werden.

Ob diese Frist auch durch die Einreichung der Schlußbilanz bei einem unzuständigen Gericht gewahrt wird, bedarf daher keiner Entscheidung. Bei materiellen Fristen wird dies im Rahmen von echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bejaht (BGH NJW 1998, 36/48; BayObLGZ 1998, 94/96 zu § 23 Abs. 4 WEG), weitergehend als bei der Abgabe von Willenserklärungen gegenüber dem Gericht (BayObLGZ 1994, 40/50) und anders als bei der Wahrung der Beschwerdefrist (BayObLGZ 1988, 119/121).

2. Die Entscheidung des Landgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 27 Abs. 1 FGG, § 563 ZPO.

Zwar wurde die Eintragung der Antragstellerin vom Registergericht auch deshalb zurückgewiesen, weil kein Sachgründungsbericht vorlag. Ein solcher ist gemäß § 159 Abs. 1, § 58 Abs. 1 UmwG, § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG zwingend erforderlich. Der Bericht hat die für die Angemessenheit der Leistung von Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen, beim Übergang eines Unternehmens auch die Ergebnisse der letzten beiden Geschäftsjahre. Er soll die Kapitalaufbringung bei einer Sachgründung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger sichern und dem Registergericht die Prüfung erleichtern. Sein Fehlen führt daher zur Zurückweisung der Anmeldung (*Baumbach/Hueck* GmbHG 16. Aufl. § 5 Rdnr. 54; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 136; *Roth/Altmeyen* GmbHG, 3. Aufl. § 5 Rdnr. 54; *Scholz/Winter* GmbHG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 98). Dies gilt jedoch nur, wenn trotz Beanstandung keine Abhilfe geschaffen wird. Eine Zwischenverfügung gemäß § 26 Satz 2 HRV hat das Registergericht jedoch insoweit nicht erlassen, da es ausdrücklich nur zur Stellungnahme aufgefordert hat; aus der Sicht der Gesellschaft als Empfänger der Verfügung bezog sich dies ausschließlich auf die Frage der rechtzeitigen Vorlage der Schlußbilanz. Nachdem diese Rechtsfrage geklärt ist, ist davon auszugehen, daß nunmehr auch der Sachgründungsbericht umgehend vorgelegt wird.

19. BGB § 30 (Regelung zur Vertreterbestellung in Vereinsatzung)

**Die Satzung eines eingetragenen Vereins kann bestimmen, daß der Vorstand berechtigt ist, für einzelne Projekte besondere Vertreter zu bestellen.**

BayObLG, Beschluß vom 23.12.1998 – 3Z BR 257/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Mitgliederversammlung des Beschwerdeführers, eines eingetragenen Vereins, hatte beschlossen, die Satzung neu zu fassen. In Nr. 61 (Vorstand) sollte folgende Regelung aufgenommen werden:

„d) Der Vorstand ist berechtigt, für einzelne Projekte, besondere Vertreter gemäß § 30 BGB zu bestellen und diesen die damit verbundene Vertretung und Geschäftsführung zu übertragen.“

Der Verein meldete die Neufassung der Satzung notariell beglaubigt zur Eintragung ins Vereinsregister an. Das Registergericht beanstandete Ziff. Nr. 6d der Neufassung. Es sei erforderlich, die einzelnen Geschäftsbereiche/Projekte in der Satzung nach klaren sachlichen Kriterien zu umschreiben.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Vereins.

Nach Vorlage hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde des Vereins hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. a) Der Verein begehrt die Eintragung einer Satzungsänderung in das Vereinsregister. Für die Anmeldung und das Eintragungsverfahren einer Satzungsänderung gelten die gleichen Regeln wie bei der Ersteintragung (§ 71 Abs. 2, §§ 60, 64, 66 Abs. 2 BGB). Die Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Registergericht, soweit es den Inhalt der Satzung betrifft, erstreckt sich daher auf die Prüfung, ob den in §§ 57, 58 BGB aufgestellten Erfordernissen entsprochen wird. Zu prüfen ist auch, ob nicht die gesamte Satzung unwirksam ist. Dies ist der Fall, wenn durch die Satzung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen oder ein solches umgangen wird, insbesondere wenn etwa der Verein auf einen gesetzwidrigen Vereinszweck ausgerichtet oder Sittenwidrigkeit anzunehmen ist (vgl. BayObLGZ 1981, 289/294; OLG Hamm NJW-RR 1995, 119 [= MittBayNot 1994, 419]; OLG Köln NJW 1989, 173; OLG Stuttgart OLGZ 1971, 465). Eine Prüfung im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit der Satzung findet nicht statt, da zum Kernbereich der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) auch die Vereinsautonomie gehört, also das von § 25 BGB angesprochene Recht des Vereins, seine Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu gestalten (vgl. BayObLGZ 1982, 368/373).

b) Die beanstandete Satzungsbestimmung begegnet keinen rechtlichen Bedenken und hindert daher die Eintragung nicht.

(1) Ein Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 30 BGB liegt nicht vor. Danach kann die Satzung bestimmen, daß neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Nichts anderes als die Möglichkeit der Schaffung eines Organs mit einem im Unterschied zum Vorstand lediglich begrenzten, nämlich auf Projekte im Sinne von einzelnen Vorhaben beschränkten Geschäftskreis sieht die beanstandete Regelung zunächst vor.

Zusätzlich trifft die Satzung die Anordnung, daß der Vorstand den besonderen Vertreter solle ernennen können. Auch dies ist aus der Sicht des § 30 BGB unbedenklich. Die Person des besonderen Vertreters braucht weder von der Satzung selbst noch durch die Gesellschafterversammlung bestimmt zu werden (vgl. etwa *Palandt/Heinrichs* BGB 58. Aufl. § 30 Rdnr. 5; *Reichert/van Look* Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts 6. Aufl. Rdnr. 1562; *Sauter/Schweyer/Waldner* Der eingetragene Verein 16. Aufl. Rdnr. 313; *Staudinger/Weick* BGB 13. Aufl. § 30 Rdnr. 3). Dem Wortlaut des § 30 BGB ist bereits genügt, wenn Amt und Aufgabenbereich des besonderen Vertreters in der Satzung „eine Grundlage“ haben (vgl. BayObLGZ 1981, 71/76). Beeinflußt durch den haftungsrechtlichen Blickwinkel des § 31 BGB wird es aufgrund historischer und teleologischer Auslegung auch als ausreichend angesehen, wenn die Bestellung des besonderen Vertreters bloß „in der Satzung oder in sonstigen organisatorischen Vorschriften eine rechtliche Unterlage“ hat (vgl. etwa RGZ 91, 1/5).

(2) Die beanstandete Satzungsregelung verstößt nicht gegen zwingende allgemeine Grundsätze des Vereinsrechts. Die Mitgliederversammlung als höchstes Vereinsorgan hat die sogenannte Kompetenz-Kompetenz (vgl. BGHZ 84, 209/214; *Reichert/van Look* a.a.O. Rdnr. 745, 750). Dies bedeutet, daß sie durch die Satzung einem anderen Vereinsorgan, hier dem Vorstand, auch die Bestellung und Abberufung weiterer Vereinsorgane übertragen kann. Im vorliegenden Fall ist dies auch deshalb unbedenklich, da die Mitgliederversammlung diese Kompetenz wieder zurückrufen könnte und die Vertretungsmacht des Vorstands in keiner Weise beschnitten wird.

(3) Schließlich handelt es sich bei der Festlegung des Geschäftskreises eines besonderen Vertreters nicht um eine das Vereinsleben bestimmende Grundsatzregelung, die der Satzung vorbehalten sein müßte (BGHZ 88, 314/316). Vielmehr betrifft es eine nachgeordnete Organisationsfrage, die ihrer Bedeutung nach allenfalls einer Ressortaufteilung innerhalb des Vorstands gleichkommt. Insoweit ist allgemein anerkannt, daß diese aufgrund Satzungsermächtigung in der Geschäftsordnung vom Vorstand selbst getroffen werden kann (vgl. etwa *Reichert/van Look* a.a.O. Rdnr. 1486).

(4) Die beanstandete Regelung in der Satzung schafft auch keine Unklarheiten im Hinblick auf die Vertretung des Vereins. Sie ist bis zur Bestellung eines besonderen Vertreters ohne jede Außenwirkung. Hierin liegt ein Unterschied zum Sachverhalt der von den Vorinstanzen herangezogenen Entscheidung (BayObLGZ 1981, 71). Danach ist der besondere Vertreter auf Anmeldung namentlich und unter Verlautbarung von Amt und Umfang in das Vereinsregister einzutragen (vgl. BayObLGZ 1981, 71/78; OLG Köln MittRhNotK 1986, 225; a.A. etwa *Stöber* Handbuch zum Vereinsrecht 7. Aufl. Rdnr. 389). Erst zu diesem Zeitpunkt erfordert die Selbständigkeit des Wirkungskreises des dann bestellten besonderen Vertreters – zur Eingrenzung seiner Vertretungsmacht und zur Abgrenzung gegenüber der umfassenden Zuständigkeit des Vorstands – eine auf klaren sachlichen Kriterien beruhende Umschreibung des von ihm wahrzunehmenden Geschäftsbereichs (vgl. BayObLGZ a.a.O.). Diese hat dann der Vorstand zu treffen.

20. UmwG §§ 5 Abs. 1; 17 Abs. 2 Satz 4; 46 (Anteilsgewährung und Kapitalerhöhung bei Verschmelzung von Schwester-GmbHs; Wahrung der Achtmonatsfrist bei unvollständiger Anmeldung einer Verschmelzung)

- 1. Die Pflicht zur Gewährung von Geschäftsanteilen der übernehmenden GmbH, die regelmäßig im Wege der Kapitalerhöhung zu schaffen sind, besteht auch bei der Verschmelzung von GmbHs mit identischen Gesellschaftern.**
- 2. Die Anmeldung einer Verschmelzung von GmbHs, der die nach §§ 5 Abs. 1 Ziffern 2–5, 46 UmwG erforderlichen Angaben und Erklärungen zur Anteilsgewährung und Kapitalerhöhung fehlen, ist nicht geeignet, die Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG für die Schlußbilanz der übertragenden GmbH zu wahren.**

KG, Beschluß vom 22.9.1998 – 1 W 4387/97 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die mit Stammeinlagen von 30.000,00 und 20.000,00 DM beteiligten beiden alleinigen Gesellschafter der Beschwerdeführerin (i. F. I-GmbH) sind zugleich die alleinigen Gesellschafter der weiteren Beteiligten (i. F. A-GmbH) mit Stammeinlagen von 40.000,00 und 10.000,00 DM. Die Gesellschaften schlossen am 28.8.1996 einen notariellen Verschmelzungsvertrag, wonach die A-GmbH als übertragende Gesellschaft unter Zugrundelegung ihrer Bilanz zum 31.12.1995 ihr Vermögen als Ganzes auf die I-GmbH als übernehmende Gesellschaft übertrug. Wegen des geringen Eigenkapitals der A-GmbH zum Bilanzstichtag von nur 3.433,85 DM sahen die Beteiligten davon ab, bei der I-GmbH eine Kapitalerhöhung zur Gewährung erhöhter Geschäftsanteile an die Gesellschafter durchzuführen, und beschränkten sich auf eine Neuberechnung ihrer Beteiligungsquoten. Das Amtsgericht hat die – unter Beifügung der Bilanz der A-GmbH zum 31.12.1995 erfolgte – Anmeldung der Verschmelzung vom gleichen Tage im Hinblick auf die unterbliebene Kapitalerhöhung bei der I-GmbH und die wegen Ablaufs der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht bestehende Heilungsmöglichkeit zurückgewiesen.

Mit ihrer Beschwerde hat die Beschwerdeführerin die in notarieller Verhandlung vom 12.12.1996 beurkundete Ergänzung zum Verschmelzungsvertrag eingereicht, worin die Erhöhung des Stammkapitals der I-GmbH um 3.420,00 DM durch Bildung zweier Geschäftsanteile beschlossen sowie die Gewährung dieser Geschäftsanteile nebst baren Zuzahlungen an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft als Gegenleistung für die Vermögensübertragung vereinbart wurde. Die gegen die Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde gerichtete weitere Beschwerde der Beschwerdeführerin hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. a) Gemäß § 2 Ziffer 1 UmwG erfolgt die Verschmelzung zweier Rechtsträger im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers. Bei der Gewährung von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers handelt es sich um die Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers, die damit wie eine Sacheinlage behandelt wird. Sie ist wesentlicher Vertragsbestandteil und zwingendes Wesensmerkmal der Verschmelzung; da sie auch öffentlichen Interessen des Kapitalschutzes dient, kann auf sie nicht wirksam verzichtet werden (vgl. – zum früheren Recht – BayObLG GmbHR 1990, 35 [= MittBayNot 1989, 327]; *Bermel* in: *Goutier/Knopf/Tulloch*, UmwG, § 54 Rdnr. 7; *Lutter/Lutter*, UmwG, § 5

Rdnr. 9 m.w.N.). Eine Ausnahme von der Anteilsgewährungspflicht sieht das Gesetz in § 5 Abs. 2 UmwG lediglich für sog. Konzernverschmelzungen vor, bei denen sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden.

Für den – hier vorliegenden – Fall der Verschmelzung zweier Gesellschaften mit identischen Gesellschaftern (sog. Schwester-Fusion) hat der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zum früheren Recht (vgl. BayObLG a.a.O.; OLG Hamm, GmbHR 1988, 395) aus Gründen des Kapitalschutzes bewußt von Erleichterungen abgesehen (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 54 UmwG, BR-Drs 75/94, abgedr. bei *Widmann/Mayer*, UmwG, Bd. I S. 56). Auch hier besteht daher die Pflicht zur Anteilsgewährung als zwingende gesetzliche Voraussetzung (allg. M., vgl. OLG Frankfurt/Main, ZIP 1998, 1191 [= MittBayNot 1998, 362]; *Bermel* a.a.O.; *Lutter/Lutter* a.a.O. § 5 Rdnr. 9, 82; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, § 5 Rdnr. 72; *Kallmeyer/Kallmeyer* a.a.O. § 54 Rdnr. 10; krit. *Widmann/Mayer* a.a.O. § 5 Rdnr. 41 ff.).

b) Zur Erfüllung der Pflicht zur Anteilsgewährung ist auch regelmäßig – soweit nicht die in § 54 Abs. 1 u. 2 UmwG vorgesehenen Ausnahmen (die Innehabung eigener oder nicht voll eingezahlter Anteile) gegeben sind – eine Kapitalerhöhung auf Seiten des übernehmenden Rechtsträgers erforderlich, durch die die den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Geschäftsanteile geschaffen werden (vgl. OLG Frankfurt/Main a.a.O. S.1192; BayObLG a.a.O. S. 36; OLG Hamm a.a.O. S. 396; *Bermel* a.a.O. § 54 Rdnr. 8 f.; *Heckschen*, DB 1998, 1385/1386; *Lutter/Winter* a.a.O. § 55 Rdnr. 1).

Für eine solche Kapitalerhöhung zum Zwecke der Durchführung der Verschmelzung, bei der es sich der Sache nach um eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen handelt (*Widmann/Mayer* a.a.O. § 55 Rdnr. 12), sieht § 55 UmwG Erleichterungen gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des GmbHG vor. Zwischen Kapitalerhöhung und Verschmelzung besteht eine gegenseitige Wirksamkeitsverknüpfung in der Weise, daß die Kapitalerhöhung erst mit der Verschmelzung wirksam wird (vgl. § 20 Abs. 1 Ziffer 3 UmwG), während auch die Verschmelzung nicht ohne Kapitalerhöhung wirksam werden kann, da die zu gewährenden Geschäftsanteile dann nicht zur Verfügung stehen (*Kallmeyer/Kallmeyer* a.a.O. § 55 Rdnr. 1; *Lutter/Winter* a.a.O. § 55 Rdnr. 3 f.). Gemäß § 53 wird die Verschmelzung daher erst nach der Kapitalerhöhung eingetragen.

c) Entsprechend sieht § 5 Abs. 1 UmwG als zwingenden Inhalt des Verschmelzungsvertrages u.a. (unter Ziffer 2) die Vereinbarung der Anteilsgewährung als Gegenleistung für die Vermögensübertragung vor, wobei gemäß Ziffern 3–5 u.a. auch die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile und ihr Umtauschverhältnis anzugeben sind.

Im Falle der Beteiligung von GmbH wird der zwingende Mindestinhalt des Vertrages darüber hinaus gemäß § 46 UmwG ergänzt. Danach hat der Vertrag u.a. für jeden Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers den Nennbetrag des ihm zu gewährenden Geschäftsanteils zu bestimmen (§ 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG). Nicht ausdrücklich in § 46 UmwG geregelt, jedoch mit der herrschenden Auffassung in der Literatur zu bejahen ist dabei die Frage, ob der Verschmelzungsvertrag auch Angaben dazu enthalten muß, daß und in welcher Höhe eine Kapitalerhöhung notwendig ist und wie die hierdurch geschaffenen neuen Geschäftsanteile auf die Anteilsinhaber des

übertragenden Rechtsträgers verteilt werden (vgl. *Lutter/Winter* a.a.O. § 46 Rdnr. 11 m.N. zum Streitstand in Fn. 16, 18 f.). Dies folgt zum einen bereits aus der konditionalen Verknüpfung von Verschmelzung und Kapitalerhöhung. Darüber hinaus tritt der Verschmelzungsvertrag auch an die Stelle der ansonsten erforderlichen (vgl. § 55 GmbHG) Übernahmeerklärungen der Gesellschafter betreffend die neuen Geschäftsanteile. Schließlich macht auch die nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 UmwG erforderliche Zuordnung der neuen Geschäftsanteile zu den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers Angaben zur Kapitalerhöhung erforderlich (vgl. *Lutter/Winter* a.a.O.; ebenso *Widmann/Mayer* a.a.O. § 46 Rdnr. 9; *Kallmeyer/Kallmeyer* a.a.O. § 55 Rdnr. 1; a.A. *Kallmeyer/Marsch-Barner* § 5 Rdnr. 16).

2. Nach alledem war auch im vorliegend gegebenen Fall der Verschmelzung zweier GmbHs mit identischem Gesellschafterkreis die Gewährung von im Wege der Kapitalerhöhung zu schaffenden Anteilen der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft als Gegenleistung für die Vermögensübertragung im Verschmelzungsvertrag zwingend zu vereinbaren, auch wenn das übertragene Vermögen nur einen verhältnismäßig geringen Betrag ausmachte.

Demgegenüber sah der Verschmelzungsvertrag vom 28.8.1996 eine solche Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden Gesellschaft aus einer Kapitalerhöhung als Gegenleistung für das übertragene Vermögen nicht vor. Dem Verschmelzungsvertrag fehlten damit nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1–5, 46 UmwG zwingend erforderliche, wesentliche Bestandteile, die seine Eintragung nicht zuließen und selbst eine Heilung durch Eintragung ausschlossen (vgl. OLG Frankfurt/Main, ZIP 1998, 1191/1192 [= MittBayNot 1998, 362]; *Lutter/Lutter* a.a.O. § 5 Rdnr. 92; *Kallmeyer/Marsch-Barner* a.a.O. § 5 Rdnr. 63; s.a. zum früheren Recht *Gefbler/Grunewald*, AktG, § 340 Rdnr. 33; *KK/Kraft*, AktG, 2. Aufl., § 352 a Rdnr. 6).

3. Rechtlich richtig ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, daß aufgrund der zwecks Heilung des unvollständigen Verschmelzungsvertrages sowie Behebung sonstiger Beanstandungen erfolgten ergänzenden Vereinbarung und Anmeldung vom 12.12.1996 eine Eintragung nicht erfolgen kann, da die weiterhin der Verschmelzung zugrundeliegende Schlußbilanz der übertragenden GmbH per 31.12.1995 und damit länger als acht Monate vor dieser ergänzenden Anmeldung erstellt ist, so daß die Anmeldung bereits gemäß § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zurückzuweisen ist.

a) Nach der zwingenden Regelung des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG darf die Verschmelzung nur eingetragen werden, wenn die Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag erstellt ist. Dadurch soll sichergestellt werden, daß die Bilanz die in die nächste Jahresbilanz des übernehmenden Rechtsträgers eingehenden Werte des übertragenden Rechtsträgers zeitnah wiedergibt. Dies dient auch dem Schutz der Gläubiger, die in der Lage sein sollen, sich einen zeitnahen Eindruck von der Vermögenslage des übertragenden Rechtsträgers zu verschaffen, zumal die geprüfte Schlußbilanz im Fall der Kapitalerhöhung die Sacheinlagenprüfung ersetzt (vgl. LG Frankfurt/Main, DB 1998, 410; *Bermel* a.a.O. § 17 Rdnr. 11; *Lutter/Bork* a.a.O. § 17 Rdnr. 4).

Zur Auslegung von § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG wird dabei im wesentlichen übereinstimmend die Auffassung vertreten, es

müsse zwar die Anmeldung zwingend innerhalb der Frist erfolgen, jedoch sei es im übrigen zur Fristwahrung nicht erforderlich, daß die Anmeldung ohne weiteres zur Eintragung führe, das Nachreichen fehlender Unterlagen sei möglich (vgl. LG Frankfurt/Main a.a.O.; *Lutter/Bork* a.a.O. Rdnr. 6; *Bermel* a.a.O. § 17 Rdnr. 12; zweifelnd *Gefbler/Grunewald*, AktG, § 345 Rdnr. 13). Teilweise wird – weiter differenzierend – zusätzlich das Vorliegen des Verschmelzungsvertrages und der -beschlüsse vor Ablauf der Frist gefordert (vgl. *Heckschen*, DB 1998, 1385/1393; *Kallmeyer/Müller* a.a.O. § 17 Rdnr. 8; a. A. – offenbar auch unvollständige Anmeldungen zulassend – *Widmann/Schwarz* a.a.O. § 17 Rdnr. 14). Schließlich wird generell eine unvollständige oder aus sonstigen Gründen zu beanstandende Anmeldung nicht als ausreichend erachtet (vgl. – zum früheren Recht – *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 57 b; §§ 3–5 KapErhG Rdnr. 17).

b) Die – vorliegend entscheidungserhebliche – Frage der Fristwahrung durch Anmeldung einer wegen Fehlens der erforderlichen Kapitalerhöhung und Anteilsgewährung unvollständigen Verschmelzung ist dahingehend zu beantworten, daß eine in solcher Weise unvollständige Anmeldung für sich allein nicht geeignet ist, die Frist zu wahren, sondern daß auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die Anmeldung der zur Vollständigkeit der Verschmelzung erforderlichen ergänzenden Vereinbarungen und Erklärungen beim Registergericht eingeht.

Für diese Auslegung des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG spricht bereits der dargelegte Sinn und Zweck der Schlußbilanz, dem umso weniger Rechnung getragen wird, je länger der Eintragungszeitpunkt von der Anmeldung entfernt ist. Sie ergibt sich jedoch auch aus der den Anmeldungen zugrundeliegenden materiellrechtlichen Rechtslage:

Der Anmeldung einer Verschmelzung, der zur Erfüllung dieses materiellrechtlichen Tatbestandes wesentliche Bestandteile fehlen, liegt ein noch unvollständiges Rechtsgeschäft zugrunde, nicht aber bereits eine – wenn auch nichtige – Verschmelzung im Rechtssinne. Denn eine solche Unvollständigkeit bedeutet keine Nichtigkeit im Rechtssinne, so daß auch die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen zur Nichtigkeit regelmäßig keine Anwendung finden. So kommt eine Umdeutung des unvollständigen Rechtsgeschäfts nach § 140 BGB regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BGH NJW 1996, 659 [= MittBayNot 1996, 125] zur Umdeutung einer Verschmelzung in eine Vermögensübertragung). Auch ist die im Willen der Herbeiführung eines wirksamen Vertragsschlusses getroffene ergänzende Vereinbarung und Nachholung noch fehlender Erklärungen oder anderer Wirksamkeitsvoraussetzungen regelmäßig nicht als Bestätigung gemäß § 141 BGB aufzufassen (vgl. zu Vorstehendem MünchKomm-BGB/*Mayer-Maly*, 3. Aufl., § 140 Rdnr. 9 u. § 141 Rdnr. 7; RGRK/*Krüger-Nieland/Zöller*, BGB, 12. Aufl., § 141 Rdnr. 6; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl., § 141 Rdnr. 13; *Staudinger/Roth*, BGB, 13. Aufl., § 141 Rdnr. 5, jew. m.w.N.).

Der Tatbestand einer Verschmelzung wird damit vollständig erst mit der Vornahme der Ergänzungen erfüllt. Erst mit deren Anmeldung liegt damit die Anmeldung einer – vollständigen – Verschmelzung im Rechtssinne vor. Soweit die gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen auf die Anmeldung abstellen, wie im Fall des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, ist daher der Zeitpunkt der ergänzenden Anmeldung maßgebend.

Zur Wahrung der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG genügt es daher nicht, wenn die Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträger die Achtmonatsfrist im Zeitpunkt einer ersten Anmeldung, bei der die zur Verschmelzung erforderlichen Erklärungen noch nicht vollständig abgegeben waren, eingehalten hat. Es darf vielmehr diese Frist im Zeitpunkt der Anmeldung der weiteren zur Herbeiführung der Verschmelzung erforderlichen Erklärungen noch nicht überschritten sein.

c) Da vorliegend im Zeitpunkt des Eingangs der ergänzenden Anmeldung vom 12.12.1996 die Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG seit langem abgelaufen war, durfte nach dieser Bestimmung eine Eintragung nicht mehr erfolgen.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch die Anmerkung von *Heidinger*, DNotZ 1999, 161 ff.

---

21. UmwG § 130 Abs. 1 Satz 2; FGG 142 (*Eintragung einer Ausgliederung im Handelsregister*)

**Die Eintragung der Spaltung (Ausgliederung) eines Einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH sowie des Vermerks „Die Ausgliederung wird erst mit der Eintragung im Register des bisherigen Rechtsträgers wirksam“ im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft haben nur deklaratorische Bedeutung und unterliegen, ungeachtet einer etwaigen Verfahrensfehlerhaftigkeit, soweit sachlich richtig, nicht der Amtslöschung.**

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14.12.1998 – 3 Wx 483/98 –, mitgeteilt von *Dr. Johann Schütz*, Richter am OLG Düsseldorf

#### Aus dem Tatbestand:

Am 13.5.1998 trug das Registergericht die durch Umwandlung (Ausgliederung) der bisherigen Einzelfirma „J K“ gebildete „Getränkegroßhandel J K GmbH“ in das Handelsregister ein. Am 16.7.1998 ergänzte das Registergericht den Eintrag durch den Vermerk:

„Die Ausgliederung wird erst mit der Eintragung im Register des bisherigen Rechtsträgers wirksam.“

Hiergegen hat sich die Gesellschaft beschwert und vorgebracht, durch seine „berichtigende Ergänzung“ fingiere das Registergericht die durch Umwandlung erloschene Einzelfirma als nachträglich wieder existent und versetze die GmbH in den Zustand ihrer Gründung zurück, mit der Folge, daß die durch Eintragung erfolgte Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen rückwirkend entfalle.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Gesellschaft blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Die vom Senat von Amts wegen zu untersuchende Zulässigkeit der Erstbeschwerde gegen die ergänzende Registereintragung vom 16.7.1998 ergibt, daß diese – wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat – als solche nicht statthaft war. Denn gegen eine Eintragung ins Handelsregister findet eine Beschwerde (Erinnerung) nicht statt. Aus der end-

gültig eingetretenen Publizitätswirkung der Eintragung und ihrer regelmäßigen öffentlichen Bekanntmachung (§ 10 HGB) folgt, daß eine Eintragung nicht mehr durch Aufhebung im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren rückgängig gemacht werden darf (BayObLG WM 1985, 480 f.; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 13. Auflage 1992 § 19 Rdnr. 5, § 142 Rdnr. 4).

b) Ein unzulässiges Rechtsmittel gegen eine Registereintragung führt – so ebenfalls zutreffend das Landgericht – zur Prüfung der Frage, ob das Begehren der Beschwerdeführerin in eine Anregung auf Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens umzudeuten ist (BayObLG a.a.O. S. 481; *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O. § 142 Rdnr. 4).

Die Umdeutung hat die Kammer rechtsfehlerfrei bejaht, während sie ebenfalls in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die Voraussetzungen für eine Amtslöschung der in Rede stehenden ergänzenden Eintragung verneint hat.

Nach § 142 FGG kann das Registergericht von Amts wegen eine Eintragung im Handelsregister löschen, die bewirkt worden ist, obgleich sie in Ermangelung einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Unzulässig im Sinne dieser Vorschrift ist nicht nur eine inhaltlich unzulässige Eintragung, sondern auch eine zwar zulässige, aber sachlich unrichtige Eintragung (*Jansen*, FGG, 2. Auflage, § 142 Rdnr. 4). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eintragung im Zeitpunkt ihrer Vornahme bereits unzulässig oder unrichtig war, oder ob diese Voraussetzungen erst nachträglich eingetreten sind (*Jansen* a.a.O. Rdnr. 7; *Keidel/Kuntze/Winkler* a.a.O. Rdnr. 10, 14). *Rechtsbegründende* Eintragungen können gelöscht werden, wenn sie unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften erfolgten, weil dann die Voraussetzung für die Rechtsänderung fehlt. Bei *rechtsfeststellenden* Eintragungen rechtfertigt nur die sachlich unrichtige, nicht aber auch die bloß verfahrensfehlerhafte Eintragung die Löschung (*Keidel/Kuntze/Winkler* a.a.O. Rdnr. 13).

Dies vorausgeschickt, handelt es sich vorliegend bei dem ergänzenden Vermerk vom 16.7.1998 – so zutreffend das Landgericht – um eine *rechtsfeststellende* und im übrigen sachlich richtige Eintragung. Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist die Eintragung im Register des übernehmenden Rechtsträgers mit dem Vermerk zu versehen, daß die Spaltung (Ausgliederung) erst mit der Eintragung im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers – hier der im Handelsregister des Amtsgerichts D. eingetragenen Einzelfirma „J K mit dem Sitz in D.“ wirksam wird. Die Eintragung im Register der *übertragenden* Gesellschaft bzw. hier des Einzelkaufmännischen Unternehmens erfolgt demnach mit konstitutiver Wirkung (§§ 131 Abs. 1; 155 UmwG), während der Eintragung der Spaltung (Ausgliederung) bei der übernehmenden Gesellschaft – und demnach auch dem Vermerk – nur deklaratorische Bedeutung zukommt (*Kallmeyer*, UmwandlungsG 1997 § 130 Rdnr. 8). Hiernach können der Eintragung des Vermerks vom 16.7.1998 auch keinesfalls die von der Beschwerdeführerin besorgten konstitutiven Wirkungen beigemessen werden.

Für eine Amtslöschung dieser Eintragung ist nach alledem kein Raum.

## Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

22. ZPO §§ 766, 767; BGB § 1191 (Vollstreckung aus einer zur Kaufpreisfinanzierung bestellten Grundschuld vor Eigentumsumschreibung)

- 1. Hat der Verkäufer eines Grundstücks vor Eigentumsumschreibung zum Zweck der Kaufpreisfinanzierung eine Grundschuld bestellt und enthält die notarielle Urkunde unter Verweis auf den Kaufvertrag eine Regelung des Inhalts, daß die Gläubigerin vor Eigentumsumschreibung die Grundschuld „nur als Sicherheit für solche Zahlungen verwenden darf, mit denen der Kaufpreis bezahlt wird“, so handelt es sich nicht etwa um eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, sondern ausschließlich um eine schuldrechtliche Sicherungsabrede.**
- 2. Einwendungen gegen die Verwertungsbefugnis der Bank aus dieser Abrede kann der Eigentümer gegenüber der Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde nur mit der Vollstreckungsgegenklage nach den §§ 795, 767 ZPO geltend machen.**

OLG Hamm, Beschluß vom 7.1.1999 – 15 W 444/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) ist als Eigentümerin verschiedener Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 22.4.1993 verkaufte sie diese Grundstücke an Y. Die gesamte Grundstücksfläche war bzw. sollte entsprechend dem Bebauungsplan „Möhneport“ der Stadt A. mit einem Gewerbepark bebaut werden. Der mit insgesamt 13.386.882,00 DM vereinbarte Kaufpreis sollte in mehreren Teilbeträgen nach Maßgabe jeweils bestimmter Fälligkeitsetzungen gezahlt werden. In § 9 des Vertrages bevollmächtigte die Beteiligte zu 1) die Käuferin, Grundpfandrechte zur Kaufpreisfinanzierung vor Eigentumsumschreibung mit folgenden Maßgaben zu bestellen:

„Der Käufer tritt seine Ansprüche auf Auszahlung der durch diese Grundpfandrechte gesicherten ... Kredite an den Verkäufer ab mit der Maßgabe, daß sie ... zur Bezahlung des Kaufpreises zu verwenden sind. Deshalb dürfen Gläubiger diese Grundpfandrechte bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises und Eigentumsumschreibung des Vertragsbesitzes auf den Käufer nur als Sicherheit für solche Zahlungen verwenden, mit denen der Kaufpreis bezahlt wird.“

Die von der Käuferin vertretene Beteiligte zu 1) bestellte in notarieller Urkunde vom 17.5.1993 eine Gesamtgrundschuld über 10.000.000 DM nebst 16% Zinsen zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2) lastend an den Vertragsgrundstücken, und unterwarf sich und den jeweiligen Eigentümer der Grundstücke hinsichtlich der Grundschuld samt Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in das jeweilige Grundstück. Die notarielle Urkunde enthält zu Ziff. 8 folgende Regelung:

„Der Gläubiger dieses Grundpfandrechts wurde darauf hingewiesen, daß im Kaufvertrag über den Pfandbesitz vom 22.4.1993 ... Abtretungen vorgenommen wurden und die Zweckbestimmung eingeschränkt wurde und die allgemeine Zweckbestimmung erst gilt, wenn der Kaufpreis für den Pfandbesitz bezahlt und der Pfandbesitz auf den Käufer umgeschrieben wurde.“

Die Grundschuld wurde am 2.9.1993 im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit leistete die Käuferin aus einem ihr gewährten Darlehen Kaufpreisteilzahlungen an die Beteiligte zu 1); die Höhe dieser Zahlungen im einzelnen ist zwischen den Beteiligten streitig. Mit Erklärung vom 29.11.1994 trat die Käuferin unter Berufung auf ein ihr eingeräumtes vertragliches Rücktrittsrecht von dem Kaufvertrag vom 22.4.1993 zurück. Sie und die Beteiligte zu 2) sind sich über die Berechtigung des Rücktritts vom Vertrag einig. Eine Rückabwicklung

des Vertrages – zu einer Auflassung und Eigentumsumschreibung im Grundbuch ist es nicht gekommen – ist bislang aus finanziellen Gründen gescheitert.

Auf Antrag der Beteiligten zu 2) hat das Amtsgericht die Zwangsversteigerung der eingangs genannten Grundstücke wegen ihres dinglichen Anspruchs auf 10.000.000 DM Grundschuldkapital sowie 109,50 DM Rechtsverfolgungskosten angeordnet.

Gegen diese Beschlagnahme hat sich die Beteiligte zu 1) mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) gewandt.

Der Richter des Amtsgerichts hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1) hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

Die Regelung in Ziff. 8 der Grundschuldbestellungsurkunde kann nach ihrem Wortlaut und Sinnzusammenhang entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht dahin verstanden werden, daß eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung getroffen werden sollte.

Nach dem eigenen Vorbringen der Beteiligten zu 1) handelt es sich hier um eine Sicherungsgrundschuld, die sie zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2) zur Sicherung eines Darlehens bestellt hat, das diese zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung der Käuferin gewährt hat. Der vom Landgericht gewählte Begriff des „Grundschuldbestellungsvertrages“ verweist die in diesem Zusammenhang zu unterscheidenden Rechtsvorgänge:

Die Grundschuld als abstraktes dingliches Recht bedarf zu ihrer Entstehung materiell-rechtlich der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer der belasteten Grundstücke sowie der Eintragung im Grundbuch (§§ 1191, 873 BGB). Aufgrund der an die erfolgte Eintragung anknüpfenden gesetzlichen Vermutung (§ 891 Abs. 1 BGB) ist von der wirksamen Entstehung des Rechts mit dem Inhalt, wie er sich aus der Eintragung ergibt, auszugehen. Die Grundschuld ist als unbedingtes Recht im Grundbuch eingetragen. Eine Bedingung hätte in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden müssen, weil insoweit nach den §§ 1192 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht zulässig ist. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die von der Beteiligten zu 1) im Verfahren vertretene Auffassung, die Grundschuld sei nur als bedingtes Recht entstanden, bereits im Ausgangspunkt als nicht tragfähig.

Von dem abstrakten dinglichen Rechtsgeschäft zu unterscheiden ist die schuldrechtliche Sicherungsabrede, durch die im Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer (Sicherungsgeber) und dem dinglichen Rechtsinhaber (Sicherungsnehmer) geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen und für welchen Kreis von Forderungen letzterer berechtigt ist, das dingliche Recht zur Befriedigung zu verwerten. Der Inhalt der Sicherungsabrede kann eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Anspruch des Gläubigers aus § 1147 BGB begründen, die, wenn dieser Anspruch – wie hier – durch eine Vollstreckungsunterwerfung in notarieller Urkunde tituliert ist, nicht im Vollstreckungsverfahren, sondern im Wege der Vollstreckungsgegenklage gem. §§ 795, 767 ZPO zu verfolgen ist. Ausschließlich um eine solche schuldrechtliche Sicherungsabrede handelt es sich hier bei der Regelung in Ziff. 8 der Grundschuldbestellungsurkunde:

Die Bestellung einer Grundschuld durch die Beteiligte zu 1), die an dem Darlehensvertrag zwischen der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2) und der Käuferin nicht beteiligt war, bedurfte sachlich der Ergänzung durch eine Sicherungsabrede, durch die der Kreis der Forderungen bestimmt wurde, zu de-

ren Befriedigung die Gläubigerin die Grundschuld verwerten durfte. Ohne eine solche schuldrechtliche Zweckbindung wäre die Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2) in der Verwertung der Grundschuld frei gewesen, ein Ergebnis, das von der Beteiligten zu 1) offensichtlich nicht gewollt war. Diese Sicherungsabrede enthält Ziff. 8 der Grundschuldbestellungsurkunde. Die Regelung beschränkt sich zwar auf einen „Hinweis“ auf die Regelung in § 9 des notariellen Kaufvertrages vom 22.4.1993 u.a. betreffend die Einschränkung der „Zweckbestimmung“ der vor Eigentumsumschreibung bestellten Grundschuld. Der Sache nach handelt es sich um eine Verweisung dergestalt, daß die in dem Kaufvertrag getroffene Regelung über die Zweckbestimmung dieser Grundschuld Gegenstand der Sicherungsabrede zwischen den Beteiligten sein sollte. Schon der Begriff der „Zweckbestimmung“ deutet unmißverständlich auf eine Sicherungsabrede hin, die häufig auch als „Zweckerklärung“ bezeichnet wird. Der Umstand, daß diese Regelung unmittelbar in der das dingliche Recht betreffenden Grundschuldbestellungsurkunde getroffen ist, spricht entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) nicht gegen diese Annahme. Denn der sachliche Kern dieser Regelung beschränkt sich auf eine *Einschränkung* der schuldrechtlichen Verwertungsbefugnis der Gläubigerin für die Zeit bis zur Eigentumsumschreibung der verkauften Grundstücke auf die Käuferin.

§ 9 des notariellen Kaufvertrages vom 22.4.1993, auf den Ziff. 8 der Grundschuldbestellungsurkunde Bezug nimmt, unterscheidet hinsichtlich der Verwendung der Grundschuld als Sicherheit zwischen zwei Zeiträumen: Für die Zeit nach vollständiger Kaufpreiszahlung und Eigentumsumschreibung darf die Gläubigerin die Grundschuld uneingeschränkt entsprechend einer anderweitig getroffenen Sicherungsabrede mit der Käuferin verwenden. Dies versteht sich von selbst, weil die Grundschuld zur Kaufpreisfinanzierung bestellt werden und dementsprechend von der Käuferin mit ihrem Eigentumserwerb übernommen werden sollte. Für die Zeit vor Eigentumsumschreibung ist eine Einschränkung der Zweckbestimmung vorgesehen: Der Gläubiger darf die Grundschuld nur als Sicherheit für solche Zahlungen verwenden, mit denen er (als gleichzeitige Darlehensgewährung an die Käuferin) den Kaufpreis bezahlt. Es handelt sich um eine bei Immobilienverkäufen weit verbreitete Regelung, die eine dingliche Belastung des verkauften Grundbesitzes bereits vor Eigentumsumschreibung zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung ermöglichen soll. Mit der Bestellung eines Grundpfandrechts zugunsten des finanzierenden Kreditinstituts wäre der Verkäufer nicht einverstanden, wenn er auf diese Weise die dingliche Haftung für sämtliche Forderungen der Bank gegenüber dem Käufer übernehmen müßte. Deshalb wird durch die Einschränkung der Sicherungsabrede die dingliche Haftung des Verkäufers auf solche Zahlungen beschränkt, die ihm aus der Darlehensgewährung der Bank als Kaufpreiszahlung tatsächlich zugeflossen sind; insoweit entsteht ihm durch die dingliche Haftung kein Nachteil.

Daraus folgt entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) und des Landgerichts zugleich, daß der Gläubigerin im Rahmen dieser beschränkten Zweckbestimmung sehr wohl auch vor Eigentumsumschreibung ein Verwertungsrecht an den belasteten Grundstücken eingeräumt werden sollte, wenn auch schuldrechtlich beschränkt auf die von ihr für die Käuferin erbrachten Kaufpreiszahlungen. Für diese Zahlungen sollte die Grundschuld der Gläubigerin bereits vor Eigentumsumschreibung eine Sicherheit geben. Bei einer anderen Betrachtungsweise wäre die Grundschuld für die Bank wertlos,

weil sie trotz erbrachter Zahlungen von einer Verwertung der Grundstücke ausgeschlossen wäre, solange aus von ihr nicht zu beeinflussenden Gründen die Eigentumsumschreibung unterbleibt. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Ergebnis nicht gewollt ist.

Daraus folgt ferner, daß die Vollstreckbarkeit der von der Beteiligten zu 1) erklärten Vollstreckungsunterwerfung nicht eingeschränkt werden sollte. Denn die Grundschuld konnte die – gewollte – Sicherheit für die Kreditgewährung der Beteiligten zu 2) in der Zeit vor Eigentumsumschreibung nur bieten, wenn sie daraus erforderlichenfalls auf der Grundlage der erklärten Vollstreckungsunterwerfung auch die Zwangsvollstreckung betreiben konnte. Die sachliche Bedeutung der Regelung in Ziff. 8 der Grundschuldbestellungsurkunde beschränkt sich daher auf eine spezielle schuldrechtliche Regelung zur Verwertungsbefugnis der Gläubigerin in dem Zeitraum vor Eigentumsumschreibung.

Die Beteiligte zu 1) kann deshalb ihre sämtlichen Einwendungen gegen die Verwertungsbefugnis der Beteiligten zu 2) im Rahmen der Sicherungsabrede nur mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Dies gilt auch für ihre sonstigen Einwendungen materiell-rechtlicher Art gegenüber dem titulierten Duldungsanspruch, wie etwa denjenigen der Aufrechnung.

## Kostenrecht

23. BGB § 93; KostO § 19 Abs. 2 (*Berücksichtigung wesentlicher Bestandteile bei der Geschäftswertfestsetzung*)

- 1. Der Wert wesentlicher Bestandteile eines Grundstücks ist bei der Geschäftswertfestsetzung dessen Wert hinzuzurechnen.**
- 2. Maschinenanlage eines mit Wasserkraft betriebenen Elektrizitätswerks als wesentlicher Bestandteil.**

BayObLG, Beschluß vom 17.9.1998 – 3Z BR 76/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Nach der Sachverhaltsdarstellung des Landgerichts kaufte der Beteiligte am 8.3.1989 ein mit Wasserkraft betriebenes Elektrizitätswerk. Für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch, die Fortführung des Liegenschaftskatasters, die Löschung der Auflassungsvormerkung und die Eintragung einer Dienstbarkeit stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts dem Beteiligten mit Kostenrechnung vom 11.11.1996 Gebühren in Höhe von insgesamt 24 132 DM in Rechnung. Er ging dabei für die Eigentumsumschreibung und die Löschung der Auflassungsvormerkung von einem Geschäftswert von 10 474 000 DM aus, wobei – entsprechend den Kaufpreisangaben – auf den Grundbesitz 100 000 DM, auf die Wasserkraftanlage 9 050 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer in Höhe von 1 267 000 DM sowie auf die Wasserrechte 57 000 DM entfielen.

2. Gegen den Kostenansatz legte der Beteiligte Erinnerungen ein. Die Gebühr für die Eigentumsumschreibung und die Löschung der Auflassungsvormerkung sei lediglich aus dem Grundstückswert von 100 000 DM zu berechnen. Die Wasserkraftanlage, die jederzeit ausgebaut und verkauft werden könne, sei nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, sondern lediglich Zubehör, das dem Grundstückswert nicht hinzugerechnet werden dürfe. Das Gebäude wäre nach Stilllegung des Wasserkraftwerks durchaus auch für andere Zwecke nutzbar, ohne daß wesentliche Änderungen vorgenommen werden müßten.

Das Amtsgericht (Rechtspflegerin) hat den Erinnerungen hinsichtlich des anteiligen Geschäftswerts für die Wasserrechte abgeholfen und diese im übrigen zurückgewiesen.

Der gegen diese Entscheidung eingelegten Beschwerde des Beteiligten haben Rechtspflegerin und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten „gegen die Kostenrechnung vom 20.11.1996“ zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Beteiligten blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Die von dem Beteiligten erstrebte Nichtberücksichtigung des Wertes der Wasserkraftanlagen im Rahmen der Bewertung der Grundstückseigentumsbeschreibung hängt davon ab, ob die Maschinenanlage des Wasserkraftwerks als Zubehör des Fabrikgrundstücks (§§ 97, 98 BGB) anzusehen ist oder als dessen wesentlicher Bestandteil (§ 93 BGB). Nur in letzterem Fall fließt der Wert der Maschinenanlage in die Bewertung des Grundstücks ein (vgl. KG JVB1 1937, 167; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 19 Rdnr. 53; *Göttlich/Mümmeler* KostO 13. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 492).

Maßgebend für die Beurteilung, ob es sich bei der Maschinenanlage um einen Bestandteil der zusammengesetzten einheitlichen Sache Wasserkraftwerk, eine selbständige Sache oder um Zubehör handelt, sind Verkehrsauffassung und natürliche Betrachtungsweise unter Zugrundelegung eines technisch-wirtschaftlichen Standpunkts (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 57. Aufl. § 93 Rdnr. 2 mit Rechtsprechungsangaben). Maschinen und Fabrikgebäude bilden nur dann eine einheitliche Sache, wenn die Verkehrsauffassung die Maschine als Teil des Gebäudes ansieht, wobei die Zweckbestimmung des betreffenden Gebäudes als maßgebend in Betracht zu ziehen ist (RGZ 67, 30/33 f.; *Palandt/Heinrichs* a.a.O.).

Danach ergibt sich zwischen dem Kraftwerksgebäude und seiner eingebauten maschinellen Einrichtung (u. a. mehrere Turbinen) eine Einheit; nur beide zusammen bilden die einheitliche Sache Wasserkraftwerk. Die Maschinenanlage ist – unbeschadet der bestehenden Möglichkeit, die Maschinen wieder auszubauen und zu entfernen (vgl. RGZ 67, 30/34) – somit Bestandteil des Wasserkraftwerks i. S. des § 93 BGB (vgl. für den Fall einer Mühle RG JW 1911, 573 f.).

Die Maschinenanlage ist auch *wesentlicher* Bestandteil des Wasserkraftwerks. Nach der Legaldefinition des § 93 BGB zeichnen sich wesentliche Bestandteile einer Sache dadurch aus, daß sie voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Im Fall einer mit dem Fabrikgebäude verbundenen Maschine wird der Bestandteil durch die Trennung in seinem Wesen insbesondere dann verändert, wenn entweder die Maschine derartig nach dem Gebäude konstruiert oder, das Gebäude so für die Maschine gebaut ist, daß Maschine oder Haus durch die Trennung ihre bestimmungsmäßige Verwendbarkeit verlieren würden (RG JW 1934, 1849; *Palandt/Heinrichs* § 93 Rdnr. 7).

Zutreffend hat das Landgericht in Bestätigung des Amtsgerichts festgestellt, daß das am Wasser liegende, zur Stromerzeugung konstruierte und mit einem Turbinenschacht ausgestattete Werksgebäude durch die Entfernung der Maschinenanlage seine Verwendbarkeit als Elektrizitätswerk verlieren würde. Für diese Wesensveränderung wäre es ohne Bedeutung, ob die Maschinenanlage durch gleiche oder ähnliche Maschinen ersetzt werden könnte (RGZ 58, 338/342; 69, 150/158; *Palandt/Heinrichs* § 93 Rdnr. 3). Ebenso wenig könnte eine Umrüstung des Gebäudes für andere Zwecke

(u. a. durch Abdeckung des Turbinenschachts) – falls sie wirtschaftlich überhaupt sinnvoll wäre – maßgebend sein.

Der Würdigung der Maschinenanlage als wesentlichen Bestandteil des Wasserkraftwerks steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Bestandteileigenschaft des Kfz-Motors (vgl. BGHZ 18, 226; 61, 80) nicht entgegen. Nach der Verkehrsanschauung ist der Austausch eines Kfz-Motors mit dem Austausch der Maschinenanlage eines Elektrizitätswerks nicht vergleichbar. Das Werkgrundstück kann nach der Entfernung der Maschinenanlage ohne einen im Vergleich zum Grundstückswert unverhältnismäßig hohen Aufwand nicht mehr bestimmungsgemäß als Elektrizitätswerk genutzt werden.

2. Die weitere Beschwerde des Beteiligten erweist sich somit als unbegründet und ist – allerdings mit der Klarstellung, daß sich die Erstbeschwerde gegen die amtsgerichtliche Erinnerungsentscheidung richtete – zurückzuweisen.

24. § 144 Abs. 1 S. 3 KostO (*Ausschluß der Gebührenermäßigung bei einer Weiterveräußerung*)

#### **Die Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 KostO entfällt nicht, wenn der Begünstigte nach dem Erwerb des Grundstücks dieses mit einem Erbbaurecht belastet.**

OLG Hamm, Beschluß vom 12.12.1998 – 15 W 39/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

#### *Aus dem Tatbestand:*

Am 19.5.1995 beurkundete der zu 2. beteiligte Notar einen Grundstückskauf- und -tauschvertrag der beteiligten Kirchengemeinde mit der Stadt X., in welchem die Kirchengemeinde der Stadt X. verschiedene Grundstücke zur Größe von insgesamt etwa 160.000 qm verkaufte, während die Stadt X. der Beteiligten zu 1. mehrere Grundstücke zur Größe von insgesamt etwa 17.785 qm verkaufte. Hinsichtlich der an die beteiligte Kirchengemeinde verkauften Flächen heißt es in dem Vertrag, die Stadt X. stelle zur Zeit hinsichtlich dieser Grundstücke einen Bebauungsplan auf mit dem Ziel, hier eine Wohnbebauung zu ermöglichen. Der Kaufpreis für die an die Stadt X. verkauften Grundstücke ist im Vertrag mit 2.103.758,77 DM angegeben, der für die an die Kirchengemeinde verkauften Grundstücke mit 2.369.851,24 DM.

Nachdem der Bebauungsplan durchgeführt und die einzelnen zur Wohnbebauung vorgesehenen Grundstücke parzelliert worden waren, erklärten die Kirchengemeinde und die Stadt vor dem Beteiligten zu 2. die Auflassung.

Der Notar gewährte hinsichtlich der Kosten des Kauf- und Tauschvertrages der Kirchengemeinde zunächst Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 KostO. Anlässlich der Auflassungsverhandlung vom 7.5.1997 wurde dem Notar jedoch berichtet, die Kirchengemeinde habe hinsichtlich der gesamten von der Stadt X. erworbenen Grundstücksflächen der A. Gemeinnützigen Wohnungsgesellschaft ein Gesamterbbaurecht bestellt, und diese Gesellschaft werde ihrerseits in Bezug auf die entstandenen einzelnen Bauplätze Untererbbaurechtsverträge mit Bauwilligen abschließen. Der Notar vertrat deshalb die Ansicht, die zugunsten der Kirchengemeinde gewährte Gebührenermäßigung sei entfallen, weil die Bestellung des Gesamterbbaurechts einer Weiterveräußerung im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 3 KostO gleichkomme. Er stellte deswegen in der angefochtenen Kostenrechnung die Gebühren des Kauf- und Tauschvertrages unter Wegfall der ursprünglich gewährten Gebührenermäßigung nunmehr in voller Höhe unter Anrechnung der bisher gezahlten (ermäßigten) Gebühren in Rechnung. Gleichzeitig stellte er der Kirchengemeinde die Gebühren für die Auflassungsverhandlung in voller Höhe in Rechnung.

Gegen die Kostenrechnungen des Notars legte die Beteiligte zu 1. Beschwerde bei dem Landgericht ein.

Das Landgericht änderte die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2. ab und setzte anderweitig einen noch zu zahlenden Betrag von 437,16 DM fest. Dabei berücksichtigte das Landgericht unter Zugrundelegung eines Wertes von 2.369.851,25 DM für die Beurkundungsgebühren eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO um 60%.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2. war zum Teil erfolgreich.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel führt nur deshalb zu einem teilweisen Erfolg, weil das Landgericht rechtsfehlerhaft die Vorschrift des § 144 Abs. 1 S. 2 KostO nicht angewandt hat (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO) und weil die Beteiligte zu 1., wie sie selbst zugestanden hat, bisher 448,34 DM weniger an den Beteiligten zu 2. gezahlt hat als das Landgericht aufgrund der Angaben des Beteiligten zu 2. angenommen hatte. In der Sache schließt sich der Senat der Auffassung des Landgerichts an, der Beteiligten zu 1. stehe eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KostO zu.

Im Ausgangspunkt ist unzweifelhaft, daß die beteiligte Kirchengemeinde zu den nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO begünstigten Kostenschuldnern gehört. Nach der amtlichen Begründung zur Neufassung des § 144 KostO durch das Gesetz vom 15.6.1989 (BGBl. I, 1082) fallen die verschiedenen Gliederungen der Kirchen (Bistum, Landeskirchen, Kirchengemeinden) unter § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KostO (vgl. *Otto*, JurBüro 1989, 889, 896; *Bengel*, MittBayNot 1998, 161; *Rohs in Rohs/Wedewer*, KostO 2. Auflage, § 144 Rdnr. 3).

Das beurkundete Grundstückstauschgeschäft betraf auch nicht ein wirtschaftliches Unternehmen der Kirchengemeinde. Wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts sind solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können und gelegentlich auch betrieben werden (Senat FG-Prax 1995, 79 [= MittBayNot 1995, 328]; BayObLG MittBayNot 1997, 314). Zutreffend verweist *Bengel* (a.a.O.) darauf, nach dem Sinn der Vorschrift betreffe § 144 Abs. 1 KostO juristische Personen des öffentlichen Rechts, die keinen sogenannten Betrieb gewerblicher Art im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG unterhalten, während Abs. 2 der genannten Vorschrift eingreift bei juristischen Personen öffentlichen Rechts, die einen Betrieb gewerblicher Art unterhalten. Das vorliegende Tauschgeschäft betraf lediglich die vermögensverwaltende Tätigkeit der Gemeinde, die vom Begriff „wirtschaftliches Unternehmen“ im Sinne des § 144 KostO nicht erfaßt wird und auch nicht unter „Betrieb gewerblicher Art“ im Sinne der § 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 KStG fällt (vgl. *Bengel*, a.a.O.). Für die Gewährung der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO ist nur von Bedeutung, daß es sich bei der Einrichtung, auf die sich die Beurkundung bezieht, ihrer Art nach nicht um ein wirtschaftliches Unternehmen handelt. Hingegen kommt es nicht darauf an, welchen Zweck die Urkundsbeteiligten mit dem abgeschlossenen Tauschvertrag konkret verfolgt haben (Senat 15 W 245/98).

§ 144 Abs. 1 S. 3 KostO schließt die Gebührenermäßigung nur aus, wenn eine auch nur teilweise Weiterveräußerung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts an einen nichtbegünstigten Dritten beabsichtigt ist. Die Frage, ob auch die

Bestellung eines Erbbaurechts unter § 144 Abs. 1 S. 3 KostO fällt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Dabei ist unzweifelhaft, daß die Bestellung eines Erbbaurechts begrifflich keine Veräußerung darstellt. Veräußerung ist eine Verfügung, durch die ein Recht insgesamt übertragen wird; eine Verfügung, durch die ein Recht belastet wird, ist demgegenüber keine Veräußerung. Nach der Legaldefinition des Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO) ist das Erbbaurecht ein Recht, mit welchem ein Grundstück belastet wird. Zwar ist das Erbbaurecht die stärkste Beschränkung des Grundstückseigentums und wirtschaftlich eigentumsähnlich, weil wesentliche Inhalte des Grundstückseigentums von diesem getrennt und in einem grundstücksgleichen Recht verselbständigt werden. Gleichwohl ist aber rechtlich das Recht am Grundstück, dessen sich der Eigentümer nicht „entäußert“, gegenüber dem Bauwerkseigentum vorrangig (vgl. v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 2. Auflage, Kapitel 1 Rdnr. 1, 2, 8 f. m.w.N.).

Fraglich ist daher, ob die Bestellung eines Erbbaurechts einer Veräußerung i. S. d. § 144 Abs. 1 S. 3 KostO gleichzusetzen ist. Hierfür könnte allerdings sprechen, daß nach dem Gesetzeswortlaut eine Gebührenermäßigung bereits dann entfällt, wenn der gebührenbegünstigte Erwerber das Grundstück auch nur teilweise veräußert; Erwerb und Veräußerung müssen also nicht völlig deckungsgleich sein. Der Gesetzgeber wollte es erkennbar verhindern, daß nicht begünstigte Dritte mittelbar, d.h. durch Weiterveräußerung, in den Genuß der Gebührenermäßigung kommen. Insoweit kann dem Begünstigten zugemutet werden, die Notarkosten für den eigenen Erwerb auf den Zweiterwerber abzuwälzen (LG Osnabrück JurBüro 1994, 236; *Mümmeler* JurBüro 1990, 145, 147, und KostO, 13. Auflage „Ermäßigung von Notargebühren“ 4.2; zustimmend Bayer. Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Auflage, Rdnr. 301). Jedoch berücksichtigen diese Gesichtspunkte den mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck der Vermögensverwaltung nicht hinreichend. Die Beteiligte zu 1) wollte nicht Eigentum erwerben, um dieses – auch nicht teilweise – weiterzugeben. Vielmehr erwarb sie es, um es in bestimmter Weise zu nutzen und auf Dauer Zinsen daraus zu ziehen. Es ist nicht erkennbar, daß dieses von ihr verfolgte Ziel dem mit der Gebührenermäßigung verfolgten gesetzlichen Zweck nicht noch entspricht und den vom Bundesverfassungsgericht in dem Beschluß vom 1.3.1978 (BVerfGE 47, 285 ff. = NJW 1978, 1475 ff.) dem Gesetzgeber eingeräumten Spielraum für die Neufassung der Befreiungstatbestände des § 144 Abs. 1 KostO überschreitet. Daher kann nach Auffassung des Senats die *Ausnahmevorschrift* des § 144 Abs. 1 S. 3 KostO nicht ergänzend auf die Bestellung eines Erbbaurechts angewandt werden (ebenso: OLG Oldenburg, JurBüro 1994, 357 mit ablehnender Anmerkung von *Mümmeler*; *Rohs*, a.a.O., § 144 Rdnr. 4 a; *Korintenberg/Reimann*, 13. Auflage, Rdnr. 19).

Das Landgericht hat bei Anwendung der Gebührenermäßigungsvorschrift des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO nicht die Begrenzung der Ermäßigung nach S. 2 derselben Vorschrift beachtet. Bei einer Ermäßigung um 60% und einem Wert von 2.369.851,24 DM betragen die Gebühren nach § 36 Abs. 2, § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO 2.944,00 DM bzw. 736,00 DM, während sie unter Zugrundelegung des bei dem niedrigeren Geschäftswert von 2.000.000,00 DM anzuwendenden Ermäßigungssatzes von 50% höher liegen, nämlich bei 3.110,00 DM und 777,50 DM. Dies hat der Senat bei seiner Berechnung berücksichtigt, ebenso die von dem Notar für die Beurkundung des Tausches zutreffend berücksichtigte Quote von

52,97 % (vgl. hierzu *Rohs/Wedewer*, a.a.O. § 144 Rdnr. 28 m.w.N.). Die vom Notar berechneten Nebengebühren waren nicht Gegenstand der weiteren Beschwerde, der Senat hat sie daher in voller Höhe in die Berechnung aufgenommen.

#### Anmerkung:

Das OLG Hamm sieht in der Bestellung eines Erbbaurechtes keine Weiterveräußerung i.S. des § 144 Abs. 1 S. 3 KostO. Erwirbt ein nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO begünstigter Kostschuldner ein Grundstück, ist die Beurkundungsgebühr auch dann zu ermäßigen, wenn das erworbene Grundstück mit einem Erbbaurecht zugunsten eines nicht begünstigten Dritten belastet werden soll. Die Bestellung eines Erbbaurechtes ist nach Auffassung des OLG Hamm mehr einer Grundstücksbelastung als einer Veräußerung gleichzusetzen. In gleicher Weise haben entschieden: OLG Oldenburg, JurBüro 1994, 357 mit allerdings ablehnender Anm. von *Mümler*; OLG Braunschweig, ZNotP 1997, 116.

Die Prüfungsabteilung der Notarkasse gibt ihre im Streifzug durch die KostO, 4. Auflage Rdnr. 301 dargelegte Ansicht auf und schließt sich der Auffassung des OLG Hamm an. Die Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, künftig die Ermäßigung der Beurkundungsgebühren auch dann vorzunehmen, wenn der begünstigte Kostschuldner beabsichtigt, das erworbene Grundstück mit einem Erbbaurecht für einen nichtbegünstigten Dritten zu belasten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse

25. KostO §§ 20 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs., 30 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 (*Geschäftswert bei einem Grundstückskauf mit Bauverpflichtung*)

- Eine von den Käufern bei einem Grundstückskauf übernommene Bauverpflichtung ist als zusätzliche Leistung für die Überlassung gesondert zu bewerten.**
- Für die Bewertung ist nicht auf die voraussichtlichen Baukosten, sondern auf das Verkäuferinteresse abzustellen.**
- Das ideelle (öffentliche) Verkäuferinteresse einer Gemeinde ist – wenn keine sonstigen Anhaltspunkte (z.B. ein konkreter Preisnachlaß) vorliegen – an dem für den Fall der Nichterfüllung der Bauverpflichtung vereinbarten Rückkaufpreis zu bemessen. Dabei sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich.**
- Angesichts der nur geringen Wahrscheinlichkeit des Rückkaufs ist der Wert der Bauverpflichtung regelmäßig mit 20 – 30% des voraussichtlichen Rückkaufpreises zu bewerten.**

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 24.11.1998 – 3 W 244/98 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete einen Kaufvertrag, mit dem die Beteiligten zu 2) von der Ortsgemeinde Y. einen 658 m<sup>2</sup> großen (noch zu erschließenden) Bauplatz zum Preis von 42,- DM je m<sup>2</sup>, insgesamt von 27 636,- DM, und eine weitere (nicht zu erschließende) Teilfläche (Landwirtschaftsfläche) von voraussichtlich 320 m<sup>2</sup> zum Preis von 28,- DM je m<sup>2</sup>, insgesamt von 8 960,- DM (vorläufig), erwarben.

Gemäß Ziffer III.6. des notariellen Vertrages verpflichteten sich die Beteiligten zu 2), auf dem Bauplatz innerhalb von drei Jahren ein bezugsfertiges Wohnhaus zu errichten. Für den Fall, daß die Käufer dieser Verpflichtung nicht nachkommen sollten, ist zugunsten der Ortsgemeinde ein Rückübertragungsanspruch gegen Erstattung des gezahlten Kaufpreises und etwaiger Erschließungskosten vereinbart.

Seiner Kostenrechnung vom 22.11.1996 über insgesamt 626,75 DM hat der Beteiligte zu 1) für den Kaufvertrag einen Geschäftswert von 76 596,- DM zugrunde gelegt, den er wie folgt errechnet:

- |   |              |
|---|--------------|
| a) Kaufpreis des Grundstücks:                                     | 36 596,- DM  |
| b) Bauverpflichtung (10 bis 20% der voraussichtlichen Baukosten): | 40 000,- DM. |

Die Beteiligten zu 2) vertreten die Auffassung, der vom Beteiligten zu 1) angenommene Geschäftswert sei überhöht; die übernommene Bauverpflichtung könne allenfalls mit 5 000,- DM bewertet werden.

Dem ist der beteiligte Notar unter Hinweis auf die in Ziffer III.6. des Vertrages enthaltenen Rechte der beteiligten Ortsgemeinde, die zu einem erheblichen Preisnachlaß geführt hätten, entgegengetreten.

Das Landgericht hat zur Bewertung der Bauverpflichtung die Auffassung der Beteiligten zu 2) geteilt und im angefochtenen Beschluß die Kosten auf der Grundlage eines Geschäftswertes von 41 596,- DM (Kaufpreis: 36 596,- DM, zzgl. Bauverpflichtung: 5 000,- DM) auf 465,75 DM ermäßigt.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) hatte teilweise Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerdekammer hat bei der Bestimmung des Geschäftswertes die Vorschriften des § 30 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KostO unzutreffend angewandt, insbesondere nicht beachtet, daß es hinreichende sonstige Anhaltspunkte für eine vom Regelgeschäftswert abweichende Schätzung gibt. Insofern beruht die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO).

1. Im Ausgangspunkt zutreffend bewertet das Landgericht die hier von den Beteiligten zu 2) als Käufern übernommene Bauverpflichtung als zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. KostO und rechnet sie wertmäßig dem vereinbarten Kaufpreis hinzu. Dies entspricht einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, sofern mit der Übernahme der Bauverpflichtung entweder ein eigenes wirtschaftliches Interesse oder ideelle Interessen verbunden sind. Dabei ist für die Bemessung des Interesses allein auf die Vorteile des aus der Bauverpflichtung Berechtigten abzustellen (vgl. die Nachweise im Senatsbeschluß vom 16.9.1997 – 3 W 141/97 –, JurBüro 1998, 202, OLGR ZW 1998, 114).

2. Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht nach den getroffenen Feststellungen zu dem Ergebnis gelangt, daß die veräußernde Ortsgemeinde mit der den Käufern auferlegten Verpflichtung zur Erstellung eines Wohnhauses in erster Linie ideelle Zwecke verfolgte. Stehen demnach ideelle Interessen im Vordergrund, hat das Landgericht für die Wertbestimmung zutreffend § 30 Abs. 2, 3 Satz 1 KostO herangezogen. Wonach das Interesse des berechtigten Verkäufers im Rahmen des § 30 KostO zu bewerten ist, kann im Einzelfall sehr verschieden sein. Der Senat schließt sich der – auch von der Beschwerdekammer vertretenen – überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. die Nachweise bei BayObLG MittBayNot 1993, 226) an, wonach die voraussichtlichen Baukosten grundsätzlich ohne Bedeutung sind, denn bei den Baukosten handelt es sich um Aufwendungen, die der Käufer im eigenen Interesse für sein Eigentum zu machen beabsichtigt. Auf die voraussichtlichen Baukosten kann nur im Ausnahmefall (vgl. die Beispiele bei BayObLG a.a.O.) abgestellt werden.

3. Aus Rechtsgründen zu beanstanden ist jedoch die Ermessensausübung, mit der das Beschwerdegericht für die gegenüber der Gemeinde übernommene Bauverpflichtung ohne weiteres den Regelgeschäftswert des § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO von 5 000,- DM angenommen hat. Auch in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur, wenn nach den Umständen des Einzelfalls genügende tatsächliche Anhaltspunkte, für eine Schätzung des Geschäftswertes fehlen. Solche Anhaltspunkte sind hier – was das Landgericht im Rahmen seiner Ermessensentscheidung verkannt hat – vorhanden.

a) Die Bauverpflichtung und die weiteren in Ziffer III.6. enthaltenen Verpflichtungen der Käufer sollten – wie das Landgericht zutreffend herausgestellt hat – gewährleisten, den örtlichen Wohnbedarf zu befriedigen, Baulücken zu schließen und zu verhindern, daß aus Spekulationsgründen solche Grundstücke zur Weiterveräußerung aufgekauft werden.

Anders als in der oben bereits zitierten Senatsentscheidung vom 16.9.1997 (3 W 141/97, a.a.O.) kann hier zur Bewertung des Interesses der Ortsgemeinde an der Bauverpflichtung nicht auf einen erheblichen Preisnachlaß abgestellt werden. Ein solcher ist nämlich nach der vom Landgericht eingeholten Auskunft des Ortsbürgermeisters nicht feststellbar.

Erkenntnisse über den Wert des Verkäuferinteresses an der Bauverpflichtung lassen jedoch die für den Fall ihrer Nichteinhaltung getroffenen Vereinbarungen zu. Für die Wertbestimmung ist deshalb vom vereinbarten Rückkaufpreis auszugehen, wobei die geringe Wahrscheinlichkeit des Rückkaufs berücksichtigt werden muß (vgl. BayObLG a.a.O., mit Anmerkung der Notarkasse). Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des BayObLG (a.a.O.), des OLG Oldenburg (NdsRpfl. 1997, 1371) und des OLG Celle (NdsRpfl. 1995, 268 f. und OLGR Celle 1995, 251 f.; aus dem Schrifttum vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO 13. Aufl. § 30 Rdnr. 20) an, wonach der Wert der Bauverpflichtung in diesen Fällen nach einem Prozentsatz des Rückkaufpreises zu bemessen ist. Für den ähnlichen Fall der Übernahme einer Investitionsverpflichtung durch den Käufer bei einem Grundstückskauf hat das Kammergericht den Wert der zusätzlichen Verpflichtung ebenfalls nach einem Anteil der Investitionskosten bemessen (DNotZ 1994, 713, 718). Die Auffassung des OLG Düsseldorf (DNotZ 1994, 723 ff.), das die Bauverpflichtung nur mit dem Regelgeschäftswert von 5 000,- DM bewertet, vermag nicht zu überzeugen, denn sie berücksichtigt nicht den – durchaus nach wirtschaftlichen Kriterien zu bemessenden – Wert des gleichzeitig vereinbarten Rückkaufsrechts der Gemeinde.

b) Da insoweit weitere Tatsachenfeststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat die Bewertung selbst vornehmen. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bemißt er den Wert der Bauverpflichtung hier auf 50% des Grundstückskaufpreises. Zwar besteht eine relativ geringe Wahrscheinlichkeit für das Entstehen des – gemäß III. 6. b des notariellen Vertrages auf die Dauer von 3 1/2 Jahren befristeten – Rückkaufsanspruchs der Ortsgemeinde. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß der Kaufpreis sich auf ein noch unerschlossenes Grundstück bezieht. Sollte die Rückkaufverpflichtung zum Tragen kommen, wäre das Grundstück in erschlossenem Zustand zurückzugeben; sonst könnte sich die für die Erschließung zuständige Ortsgemeinde (§§ 123 Abs. 1 BauGB, 6 Abs. 2 LBauO Rheinland-Pfalz) nicht auf die Bauverpflichtung der Käufer berufen (§ 242 BGB). Da die Höhe der zu erwartenden Erschließungskosten nach der vom Land-

gericht eingeholten Auskunft des Ortsbürgermeisters die Höhe des Kaufpreises erreicht, ist der Wert der Bauverpflichtung hier mit der Hälfte des Kaufpreises zu bewerten. Bei voll erschlossenen Grundstücken wäre ein Prozentsatz von 20 bis 30% anzunehmen (vgl. die Anmerkung der Notarkasse zu BayObLG MittBayNot 1993, 226, 227).

c) Im Rahmen der Bewertung nach § 30 Abs. 3, Abs. 2 Satz 1 KostO ist angesichts der konkreten Umstände daher der Regelwert zu überschreiten und der Geschäftswert abweichend von der vom Landgericht getroffenen Festsetzung auf insgesamt 50 414,- DM festzusetzen:

- Wert des Grundstücks  
(Flur ... Nr. ..., Gebäude- und Freifläche,  
Bauplatz, zu 6,58 ar): 27 636,- DM,
- Wert der Bauverpflichtung  
bzgl. des o.g. Grundstück  
(50% des Kaufpreises): 13 818,- DM,
- Wert des weiteren Grundstücks  
(Flur ... Nr. ... Landwirtschaftsfläche  
dasselbst, voraussichtlich 3,2 ar): 8 960,- DM

Für den Kaufvertrag über die beiden Grundstücke und die mit dem Bauplatz verbundene Bauverpflichtung schulden die Beteiligten zu 2) daher eine Gebühr in Höhe von 340,- DM (2 x 170,- DM, §§ 36 Abs. 2, 44 Abs. 2 a KostO), zuzüglich der anderen mit der Kostennote vom 22.11.1996 in Rechnung gestellten, unbeanstandet gebliebenen und auch nicht zu beanstandenden sonstigen Gebühren insgesamt 445,- DM, einschließlich 15% USt somit 511,75 DM.

Auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist daher die angefochtene Entscheidung teilweise zu ändern, und die Kosten sind auf den genannten Betrag festzusetzen. Im Übrigen ist die Beschwerde der Beteiligten zu 2) unbegründet.

## Öffentliches Recht

26. BGB §§ 242, 497 ff; AGBG § 9 (*Zur Zulässigkeit von Einheimischenmodellen*)

1. Die Regelung in einem Bauplatzverkauf einer Gemeinde, daß innerhalb von drei Jahren nach Abschluß des Kaufvertrages ein Wohnhaus im Rohbau und innerhalb von fünf Jahren nach Abschluß des Kaufvertrages ein bezugsfertiges Wohnhaus, errichtet werden müsse, ist im Hinblick auf die Errichtung eines Fertighauses zulässig.
2. Eine Grundstücksverkehrswertsteigerung muß bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch die Gemeinde nicht dem privaten Bauplatzwerker verbleiben.

(*Leitsätze des Einsenders*)

LG Traunstein, Urteil vom 29.10.1998 – 7 O 3458/98 –, mitgeteilt von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Aus dem Tatbestand:

Im vorliegenden Prozeß verlangt der Kläger von der Beklagten die Rückkauflassung eines Baugrundstücks, weil die Beklagte nicht innerhalb der vertraglich vorgesehenen Zeit von 3 Jahren den Rohbau für ein Einfamilienhaus erstellt habe.

Das Grundstück war vom Kläger an die Beklagte im Rahmen eines sog. Einheimischen Modells verkauft worden.

Die Beklagte ist der Auffassung, das in Abschnitt C III auf Seite 9 des Kaufvertrages zugunsten des Klägers vereinbarte Ankaufsrecht sei unwirksam. Denn diese Vereinbarung verstoße gegen § 9 AGBG. Die Beklagte werde nämlich dadurch unangemessen benachteiligt, weil im Falle des Ankaufs der Kläger eine eventuelle Wertsteigerung miterwerbe, andererseits aber nicht vorgesehen sei, daß der Beklagte ihre Grundstücksnebenkosten wie Notarkosten, Grunderwerbsteuer, Zinsen usw. ersetzt würden.

Außerdem verstoße die 3-Jahres-Rohbaufrist gegen Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB. Die Beklagte beabsichtige nämlich die Errichtung eines Einfamilienhauses in Fertigbauweise oder Holzständerbauweise und ein solches Haus könne innerhalb der für die Fertigstellung des Hauses im Vertrag vorgesehenen Frist von 5 Jahren durchaus erstellt werden, ohne daß vorher innerhalb einer 3-Jahresfrist ein Rohbau erstellt worden sei.

Die Klage war erfolgreich.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beklagte ist verpflichtet, das Grundstück Flst.-Nr. ... Gemarkung X. an den Kläger als Alleineigentümer zurück-zuübertragen, d.h. die Auflassung zu erklären und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch zu bewilligen.

Zu Recht hat nämlich der Kläger von dem vertraglich vorgesehenen Ankaufsrecht Gebrauch gemacht.

Der Auflassungsanspruch des Klägers ergibt sich aus Abschnitt C III auf Seite 9/11 des Vertrags vom 26.4.1995 i.V.m. §§ 497, 498 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

1. Im Abschnitt C III „Ankaufsrecht“ auf Seite 9/11 des Kaufvertrages haben der Kläger und die Beklagte vereinbart:

„Der Käufer (das ist die Beklagte) übernimmt gegenüber dem Markt die folgenden Verpflichtungen:

a) Die erworbene Bauparzelle innerhalb 3 – drei – Jahren nach Abschluß des Kaufvertrages mit einem Wohnhaus im Rohbau und innerhalb von 5 – fünf – Jahren nach Abschluß des Kaufvertrages mit einem bezugsfertigen Wohnhaus zu bebauen,

b) das errichtete Gebäude ab Bezugsfertigkeit auf die Dauer von mindestens 7 – sieben – Jahren selbst zu bewohnen, bei mehreren Wohneinheiten mindestens eine ganze Wohneinheit in diesem Gebäude,

c) solange die Verpflichtungen nach a) und b) bestehen, das Grundstück weder unbebaut noch bebaut zu verkaufen oder in sonstiger Weise zu veräußern, ausgenommen an Ehegatten oder Abkömmlinge.

Wenn der Käufer (das ist die Beklagte) eine der vorstehend übernommenen Verpflichtungen nicht einhält, ist der Markt zum

#### Ankauf

des Verkaufsgrundstückes berechtigt.

Für den Kaufpreis bei Ausübung des Ankaufsrechtes gilt folgendes:

a) Kaufpreis für Grund und Boden ist der heutige Kaufpreis (Anmerkung: das sind gemäß Abschnitt B II des Vertrages 49.140,- DM) zuzüglich aller bis dahin auf das Grundstück entrichteten Erschließungs- und Anschlußbeiträge.

b) Falls sich bei Ausübung des Ankaufsrechtes Gebäulichkeiten auf dem Grundstück befinden, ist deren Wert zum Verkehrswert zu vergüten.

Dieser Wert wird vom Gutachterausschluß beim Landratsamt X. für beide Vertragsteile verbindlich festgesetzt.

c) Eine Verzinsung erfolgt nicht.

Der Ankaufspreis ist innerhalb 2 – zwei – Monaten nach Beurkundung der Auflassung zur Zahlung fällig.

Die durch den Ankauf entstehenden Kosten, insbesondere für notarielle Beurkundung, Grundbucheintragung, Wertermittlung durch den Gutachterausschuß, Grunderwerbssteuer und dergleichen hat der Käufer bzw. sein Rechtsnachfolger zu tragen.

Bei Ausübung des Ankaufsrechtes hat der Käufer bzw. sein Rechtsnachfolger im Eigentum bestehende Grundpfandrechte auf eigene Kosten zur Löschung zu bringen, falls der Markt diese nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt.

...

Das Recht zum Ankauf erlischt für jeden Ankaufsfall, wenn es nicht innerhalb 3 Monaten, nachdem der Markt X. (Anm.: das ist der Kläger) von dem zum Ankauf berechtigten Tatbestand Kenntnis erhalten hat, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Käufer oder seinem Rechtsnachfolger ausgeübt wird.

Soweit vorstehend nichts anderes vereinbart ist, gelten für das Ankaufsrecht die gesetzlichen Bestimmungen über das Wiederkaufsrecht sinngemäß.“

Unstreitig hat die Beklagte innerhalb der 3-Jahresfrist, d.h. bis zum 26.4.1998 keinen Rohbau auf dem gekauften Grundstück erstellt. Sie hat auch nicht vorgetragen, daß sie irgendwelche Planungsleistungen oder sonstige vorbereitende Leistungen erbracht hätte, um auf dem Gelände ein Einfamilienhaus zu errichten.

Zu Recht hat daher der Kläger mit Schreiben vom 30.4.1998 der Beklagten gegenüber von dem vertraglichen Ankaufsrecht Gebrauch gemacht.

Dementsprechend muß die Beklagte an den Kläger das Eigentum an dem Grundstück übertragen.

2. Entgegen der Meinung der Beklagten kann § 9 AGBG auf das vertraglich vereinbarte Ankaufsrecht nicht angewendet werden.

§ 8 AGBG steht dem entgegen.

Denn das vertraglich geregelte Ankaufsrecht weicht nicht vom gesetzlichen Wiederkaufsrecht, auf das ausdrücklich im Vertragstext Bezug genommen wird, ab. Vielmehr entspricht die vertragliche Regelung der gesetzlichen Regelung.

3. Selbst wenn man jedoch der Rechtsauffassung der Beklagten folgen wollte und § 9 AGBG anwenden wollte, würde dies nicht dazu führen, daß das klägerische Ankaufsrecht wegfiel. Denn die Vereinbarung des Ankaufsrechtes verstößt nicht gegen § 9 AGBG. Die Beklagte wird durch die Umstände, die im Vertrag hinsichtlich des Ankaufsrechtes des Klägers vereinbart worden sind, nicht unangemessen benachteiligt.

Es stimmt zwar, daß nach dem Vertragstext nicht vorgesehen ist, daß eine eventuelle Grundstücksverkehrs Wertsteigerung zwischen dem 26.4.1995 und dem jetzt eingetretenen Ankaufsfall vom Kläger an die Beklagte zu vergüten ist.

Und es stimmt auch, daß der Beklagten im Falle der Ausübung des Ankaufsrechtes durch den Kläger die Belastung mit Darlehenszinsen zur Finanzierung des Kaufpreises, Notarkosten, Grunderwerbsteuer usw. verbleiben.

Darin liegt aber keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten. Denn vergleicht man diese vertragliche Regelung mit der gesetzlichen Regelung des Wiederkaufsrechtes in §§ 497 ff. BGB, so zeigt sich, daß auch die gesetzliche Regelung keinen Wertersatz für eine eventuelle Wertsteigerung

vorsieht und auch nicht vorsieht, daß der Wiederkäufer dem Anderen Vertragskosten zu erstatten hat.

Entgegen der Meinung der Beklagten sieht das Gericht bei der Beurteilung dieser Frage auch keinen Unterschied darin, daß im vorliegenden Fall die Beklagte das Grundstück nicht von der Kommune, d.h. von dem Kläger Markt X. direkt erworben hat, sondern aus der Hand eines Bauträgers, der zwischen-geschaltet war.

4. Das Gericht erachtet entgegen der Meinung der Beklagten die 3-Jahresfrist für die Rohbauerstellung auch nicht deshalb für hinfällig, weil die Beklagte in Fertigbauweise oder Holzständerbauweise ein Einfamilienhaus auf dem fraglichen Grundstück errichten möchte. Denn auch ein solches Einfamilienhaus aus Fertigbauteilen oder aus Holzständerbauweise bedarf vor der Aufstellung vorangehender Erdaushub- und Fundierungsarbeiten. In aller Regel werden in der hiesigen Gegend bei der Erstellung von Fertighäusern zunächst folgende Arbeiten ausgeführt:

Aushub einer Baugrube,  
Herstellung einer Fundamentplatte,  
Errichtung von Kellerumfassungsmauerwerk,  
Aufbringung einer Geschoßdecke.

Darauf wird dann das Haus in Fertigbauweise gestellt.

Wenn die Beklagte eine bauliche Lösung beabsichtigt, welche ohne die genannten Vorarbeiten für ein Fertighaus möglich ist, so hätte sie dies im vorliegenden Prozeß substantiiert vortragen und im Bestreitensfalle dann auch beweisen müssen. Sie hat aber dergleichen nicht vorgetragen.

5. Auch mit Berufung auf Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB kann die Klägerin im vorliegenden Fall die Ausübung des Ankaufsrechtes durch den Kläger nicht verhindern.

Die Beklagte ist der Meinung, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger im vorliegenden Fall die 3-Jahres-Rohbaufrist zur Ausübung des Ankaufsrechtes ausnütze; denn sie beabsichtige nach wie vor die Errichtung eines Einfamilienhauses in Fertigbauweise oder Holzständerbauweise. Ein solches Haus könne man durchaus innerhalb der für die Fertigstellung des Hauses im Vertrag vorgesehenen Zeit von 5 Jahren ab Vertragsschluß, d.h. bis zum 26.4.2000 herzustellen, ohne vorher in der 3-Jahresfrist einen Rohbau dafür erstellt zu haben. Da im Vertrag vom 26.4.1995 die Errichtung eines Hauses in Fertigbauweise oder Holzständerbauweise nicht verboten und nicht ausgeschlossen worden sei, dürfe von ihr im vorliegenden Fall nicht verlangt werden, daß sie irgendwelche Rohbauarbeiten innerhalb der 3-Jahresfrist ausführe.

Das Gericht folgt dieser Rechtsauffassung der Beklagten nicht. Es trifft zwar zu, daß ein Fertighaus, auch ein solches aus Holzbauteilen in wesentlich kürzerer Zeit errichtet werden kann, als ein Haus, welches aus Bausteinmaterial aufgemauert werden muß. Aber die Beklagte hat sich selbst im Vertrag vom 26.4.1995 dieser zeitlichen und bautechnischen Bedingung unterworfen, innerhalb von 3 Jahren ab Vertragsschluß den Rohbau für ein Wohnhaus zu errichten. Der Kläger hat diese Vertragsklausel aus seiner Sicht als geeignete und notwendige Bedingung angesehen, um einem spekulativen Ankauf und spekulativer Weiterveräußerung vorzubeugen. Der Kläger hat das vorliegende „Einheimischenmodell“ auch nicht deswegen gewählt, um Bauinteressenten auf Vorrat Baugrundstücke an die Hand zu geben, die sie dann irgendwann einmal nach eigenem Belieben bebauen und bewohnen. Vielmehr ging es aus der Sicht des Klägers auch darum, aktuellen Wohnbedarf zu befriedigen. Wenn die Beklagte offenbar

einen solchen nicht hat, dann verstößt es auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger nunmehr von seinem Ankaufsrecht Gebrauch macht, um das Grundstück wieder für die kommunal gedachten Zwecke in Händen zu haben.

6. Die Parteien haben das zwar nicht ins Gespräch gebracht, aber das Gericht hat von sich aus bedacht, ob im vorliegenden Fall eventuell eine Verurteilung der Beklagten zur Erklärung der Auflassung erfolgen müsse Zug um Zug gegen Zahlung des Wiederkaufspreises.

Das Gericht sah jedoch von sich aus keine Veranlassung und keine Möglichkeit, in dieser Richtung zu entscheiden. Denn zum einen ist der Kläger nach seinem Vortrag, von der Beklagten auch nicht bestritten, vorbehaltlos bereit, der Beklagten Kaufpreis zuzüglich Erschließungskosten zu zahlen. Und zum zweiten ist eine Zug um Zug Verurteilung deswegen nicht geboten, weil auf Seite 10 des Kaufvertrages vom 26.4.1995, dort unten letzter Absatz, vereinbart worden ist, daß der Ankaufspreis erst innerhalb von 2 Monaten nach Beurkundung der Auflassung zur Zahlung fällig ist.

## Steuerrecht

27. ErbStG 1974 § 10 Abs. 5 Nr. 2 (*Abzug von Pflichtteilsverbindlichkeiten mit Nennwert*)

**Die geltend gemachte Pflichtteilsverbindlichkeit ist beim Erben abweichend von der Rechtsauffassung im Urteil vom 17.2.1982 II R 160/80 (BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350) auch dann mit dem Nennwert als Nachlaßverbindlichkeit abzuziehen, wenn sie durch Übertragung eines Nachlaßgrundstücks an Erfüllungs Statt erfüllt wird.**

BFH, Urteil vom 7.10.1998 – II R 52/96 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind zu je  $\frac{1}{3}$  Miterben ihrer im Oktober 1988 verstorbenen Mutter. Ein weiterer Bruder hatte die Erbschaft gemäß § 2306 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ausgeschlagen und den Pflichtteil verlangt. Der Pflichtteilsanspruch belief sich auf 261 664,74 DM. Zur Abgeltung dieses Anspruchs übertrugen die Kläger dem Bruder ein Nachlaßgrundstück mit einem Verkehrswert von 502 000 DM und einem Einheitswert von 63 200 DM an Erfüllungs Statt. Den Unterschiedsbetrag zwischen dem Verkehrswert des Grundstücks und der Höhe des Pflichtteilsanspruchs mußte der Bruder gegenüber den Klägern in Geld ausgleichen. Die Beteiligten streiten darüber, mit welchem Betrag die Kläger die Pflichtteilsverbindlichkeit bei der Berechnung des steuerpflichtigen Erwerbs abziehen können.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) ist der Ansicht, abziehbar sei lediglich ein Teil des Steuerwerts des Grundstücks, und zwar der Teil, der zu dem Steuerwert im selben Verhältnis stehe, wie der Pflichtteilsanspruch zum Verkehrswert des Grundstücks. Demnach seien 52,125 v.H. des erhöhten Einheitswerts von 88 480 DM, nämlich ein Betrag von 46 121 DM, abziehbar.

Nach erfolglosem Einspruch gegen die auf dieser Grundlage erlassenen ursprünglichen Erbschaftsteuerbescheide erhoben die Kläger Klage mit dem Begehren, die Pflichtteilsverbindlichkeit in Höhe ihres Nennwerts von 261 664 DM abzuziehen.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage statt. Es schloß aus der zu einem Geldvermächtnis ergangenen Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 25.10.1995 II R 5/92 (BFHE 179, 148, BStBl II 1996, 97), daß der BFH an seiner mit Urteil vom 30.9.1981 II R 64/80 (BFHE 134, 370, BStBl II 1982, 76 [= MittBayNot 1982, 151]) begründeten Rechtsprechung zum Pflichtteilsanspruch nicht mehr festhalten wolle.

Die Revision des FA hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG 1974 kann der Erbe vom Wert des gesamten Vermögensanfalls die Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen abziehen. Bei den Pflichtteilsverbindlichkeiten handelt es sich gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB um Geld(summen)schulden (Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 1.10.1958 V ZR 53/58, BGHZ 28, 177), die – sobald der Berechtigte seinen Anspruch geltend gemacht hat – gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG 1974 i.V.m. § 12 Abs. 1 des Bewertungsgesetzes (BewG) mit dem Nennwert abzuziehen sind.

a) Die Pflichtteilsverbindlichkeiten entstehen – wie die Pflichtteilsansprüche gemäß § 2317 Abs. 1 BGB – mit dem Erbfall, erlangen aber ebenso wie diese erbschaftsteuerrechtlich erst mit dem Geltendmachen des Pflichtteils Bedeutung. Darin korrespondiert § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG 1974 mit der Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b ErbStG 1974, wonach der Erwerb eines Pflichtteilsanspruchs erst mit dessen Geltendmachung als Erwerb von Todes wegen gilt und die Erbschaftsteuer für diesen Erwerb erst im Zeitpunkt der Geltendmachung entsteht. Daß das Erbschaftsteuerrecht für beide Seiten des Pflichtteilsschuldverhältnisses an das Geltendmachen des Pflichtteils anknüpft, ändert nichts an der Eigenschaft des Pflichtteilsanspruchs und der Pflichtteilsverbindlichkeit als Geldforderung bzw. Geldschuld. Das zeitliche Hinausschieben der erbschaftsteuerrechtlichen Folgen eines Pflichtteilsschuldverhältnisses auf den Zeitpunkt, in dem der Berechtigte seinen Anspruch geltend macht, ist im Interesse des Berechtigten geschehen und soll lediglich ausschließen, daß bei ihm auch dann Erbschaftsteuer anfällt, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebt (vgl. dazu Urteile des Reichsfinanzhofs – RFH – vom 10.10.1924 V eA 40/24, RFHE 15, 52, 57, sowie vom 17.11.1931 II A 547/31, *Mrozek-Kartei*, § 8 Nr. 1 GrEStG Nr. 33, 34). Dem ist die Abzugsregelung auf Seiten des Erben als Pflichtteilsschuldner angepaßt worden.

b) Aus der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Pflichtteilsanspruchs als Geldanspruch, an die das ErbStG sowohl im Erwerbs- als auch im Abzugstatbestand anknüpft, ergibt sich, daß der Pflichtteilsberechtigte in keiner Rechtsbeziehung zu den einzelnen Nachlaßgegenständen steht, aufgrund derer er die Eigentumsübertragung einzelner Gegenstände verlangen könnte (RFH-Urteil vom 5.12.1935 III eA 79/35, *Mrozek-Kartei*, § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1925 Nr. 18, 19). Sowohl bürgerlich-rechtlich als auch erbschaftsteuerrechtlich bleibt der Geldanspruch unabhängig davon Erwerbsgegenstand, wie und durch welche Leistung der Anspruch zum Erlöschen gebracht worden ist. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte, wie im Streitfall, eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung Statt an, führt dies gemäß § 364 Abs. 1 BGB zwar zum Erlöschen des ursprünglichen Schuldverhältnisses, der im Zeitpunkt der Steuerentstehung maßgebliche Inhalt des Pflichtteilsschuldverhältnisses wird dadurch jedoch nicht berührt. Nach der Entstehung des Steueranspruchs zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffene Erfüllungsabreden können den einmal entstandenen Steueranspruch weder aufheben noch verändern. Insoweit gilt dasselbe wie für den Anspruch aus einem Geldvermächtnis (vgl. dazu Urteil des BFH in BFHE 179, 148, BStBl II 1996, 97). Dementsprechend bleibt auch auf Seiten des Verpflichteten die nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG 1974 abziehbare Schuld unbeeinflusst von der Art und Weise, wie sich der Erbe ihrer entledigt hat.

2. Soweit der Senat bei Grundstücksübertragungen an Erfüllung Statt im Zusammenhang mit Pflichtteilsansprüchen eine andere Auffassung vertreten hat (Urteile in BFHE 134, 370, BStBl II 1982, 76; vom 17.2.1982 II R 160/80, BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350 [= MittBayNot 1982, 153], sowie vom 21.6.1989 II R 135/85, BFHE 157, 223, BStBl II 1989, 731 [= MittBayNot 1998, 126], hält er daran aus den oben genannten Gründen nicht mehr fest.

Auch die Formulierung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974, wonach nicht das, was als Pflichtteil erworben wird, sondern der Erwerb aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteils als Erwerb von Todes wegen gilt, rechtfertigt keine andere Beurteilung, denn es handelt sich dabei nicht um ein weiteres Tatbestandsmerkmal mit eigenständiger Bedeutung. Die Formulierung geht zurück auf das ErbStG vom 10.9.1919 (RGBI 1919, 1543) und diente lediglich dazu, das bereits erwähnte Anliegen des Gesetzgebers, den Erwerb von Todes wegen erst mit dem Geltendmachen des Pflichtteilsanspruchs eintreten zu lassen, unter Vermeidung eines weiteren Satzes etwa des Inhalts, der Anspruch auf den Pflichtteil gilt als Erwerb von Todes wegen nur, soweit er geltend gemacht wird, auszu-drücken (vgl. dazu einerseits Urteil des Reichsgerichts vom 10.10.1911 Rep. VII. 120/11, RGZ 77, 238, und andererseits RFHE 15, 52, 57). Wie der Senat bereits zum Geldvermächtnis entschieden hat (BFHE 179, 148, BStBl II 1996, 97), ist ein anderes Ergebnis auch nicht aus § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG 1974 herzuleiten. Diese Vorschrift setzt einen Verzicht auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch gegen Abfindung voraus und betrifft daher einen anderen Sachverhalt.

28. ErbStG 1974 § 6 Abs. 2 Satz 4 (*Freibeträge bei Nacherbschaft*)

**Geht bei Eintritt der Nacherbfolge nicht nur der Nacherbfolge unterliegendes, sondern auch eigenes Vermögen des Vorerben auf den Nacherben über und werden – auf Antrag – beide Vermögensanfälle hinsichtlich der Steuerklasse getrennt behandelt, so sind bei beiden Vermögensanfällen die jeweils für sie maßgeblichen persönlichen Freibeträge zu berücksichtigen. Der Abzug des für das eigene Vermögen des Vorerben zu gewährenden Freibetrags ist jedoch nur insoweit zulässig, als der Freibetrag für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen nicht verbraucht ist.**

BFH, Urteil vom 2.12.1998 – II R 43/97 –

*Aus dem Tatbestand:*

1994 verstarb die Schwester (S) der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin). Die Klägerin wurde ihre Alleinerbin.

Der bereits früher verstorbene Vater (V) der S und der Klägerin hatte die S zu seiner (alleinigen) Vorerbin eingesetzt. Mit dem Tod der S trat auch der Nacherbfall ein. Die Klägerin wurde Nacherbin zu einem Anteil von  $\frac{1}{4}$ .

Das zum Nachlaß gewordene eigene Vermögen der S bestand im wesentlichen aus ca. 270 000 DM Kapitalvermögen. Das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen bestand aus einem Miteigentumsanteil (des Erblassers V) von  $\frac{5}{8}$  an einem Zweifamilienhausgrundstück. Bereits vor dem Tod des V waren sowohl die Klägerin als auch die S zu je  $\frac{3}{40}$  an dem Grundstück beteiligt gewesen. Der Einheitswert des Grundstücks betrug 13 300 DM.

In der Erbschaftsteuererklärung gab die Klägerin an, daß ein Anteil von  $\frac{7}{10}$  an dem Grundstück zur Nacherbschaft gehöre. Den übrigen Nachlaß – im wesentlichen das Kapitalvermögen in Höhe von ca. 270 000 DM – ordnete die Klägerin dem eigenen Vermögen der S zu.

Durch Bescheid vom 25.10.1995 setzte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) gegen die Klägerin Erbschaftsteuer in Höhe von 48 380 DM fest. Dabei legte das FA der Versteuerung hinsichtlich des zur Nacherbschaft gehörenden Vermögens das Verhältnis der Nacherbin (Klägerin) zum Erblasser (V) nach § 6 Abs. 2 Satz 2 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) 1974 zugrunde. Entsprechend der Erklärung ging das FA bei der Berechnung der Steuer davon aus, daß die Nacherbschaft aus einem Viertel des  $\frac{7}{10}$ -Anteils an dem Zweifamilienhausgrundstück bestand. Dies ergab einen Steuerwert von 3 258 DM. Von diesem zog das FA den für das Verhältnis der Klägerin (Nacherbin) zu V (Erblasser) maßgeblichen Freibetrag in Höhe von 90 000 DM ab mit der Folge, daß für den Erwerb der Klägerin als Nacherbin keine Erbschaftsteuer anfiel. Von dem Erwerb nach S setzte das FA lediglich den im Verhältnis zwischen der Klägerin und der S anzuwendenden Freibetrag von 10 000 DM ab.

Hiergegen richtete sich die Klage.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben und unter Änderung des angefochtenen Erbschaftsteuerbescheids vom 25.10.1995 in Gestalt der Einspruchsentscheidung die Erbschaftsteuer auf 30 488 DM herabgesetzt. Die Revision des FA hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Das Urteil des FG ist aufzuheben. Das FG hat § 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG 1974 unzutreffend ausgelegt. Zwar ist im Falle des § 6 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ErbStG 1974 für das eigene Vermögen des Vorerben der für das persönliche Verhältnis des Erwerbers zum Vorerben maßgebliche Freibetrag zu gewähren, jedoch nur dann und insoweit, als der Freibetrag für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen seinerseits noch nicht verbraucht ist. Die Regelung führt jedoch nicht dazu, daß von dem auf den Erben übergegangenen eigenen Vermögen des Vorerben ein höherer Freibetrag abgezogen werden kann als derjenige, der im Verhältnis des Erwerbers zum Vorerben vorgesehen ist (*Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 6 Rdnr. 39; *Kapp/Ebeling*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 6 Rdnr. 31; *Petzoldt*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 14; a.A. *Moench*, Deutsche Verkehrsteuer-Rundschau 1988, 2, und *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 11. Aufl., § 6 Rdnr. 16).

Das ErbStG 1974 behandelt den Vorerben uneingeschränkt als Erben (§ 6 Abs. 1 ErbStG 1974). Dementsprechend ist der bei Eintritt der Nacherbfolge erfolgende Übergang des Vermögens auf den Nacherben als vom Vorerben stammender Erwerb zu versteuern (§ 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG 1974). Geht in einem derartigen Fall zugleich eigenes Vermögen des Vorerben auf den oder die Nacherben über, liegt gleichwohl (jeweils) ein einheitlicher Erwerb i.S. von § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 vor. Dieser Grundsatz des Gesetzes wird durch die Regelungen in § 6 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 ErbStG 1974 lediglich modifiziert, aber nicht gänzlich aufgehoben. So ist nach § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG 1974 auf Antrag der Versteuerung das (günstigere) Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen; geht in diesem Fall auch eigenes Vermögen des Vorerben auf den Nacherben über, so sind beide Vermögensanfälle (nur) hinsichtlich der Steuerklasse getrennt zu behandeln (§ 6 Abs. 2 Satz 3 ErbStG 1974). Im übrigen geht das Gesetz weiterhin davon aus, daß ein einheitlicher Erwerb vorliegt. Dies wird durch die Regelung des § 6 Abs. 2 Satz 5 ErbStG 1974 bestätigt, wonach die Steuer für jeden (Teil-)

Erwerb nach dem Steuersatz zu erheben ist, der für den gesamten Erwerb gelten würde.

In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung des § 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG 1974 über die Freibeträge zu sehen, wonach für das eigene Vermögen des Vorerben ein Freibetrag nur gewährt werden kann, soweit der Freibetrag für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen nicht verbraucht ist. Ihrem Wortlaut nach geht die Vorschrift zunächst davon aus, daß bei der Berechnung der auf das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen entfallenden Steuer entsprechend der grundsätzlichen Regelung des § 6 Abs. 2 Satz 3 ErbStG 1974 der Freibetrag zu berücksichtigen ist, der für das persönliche Verhältnis des Erwerbers zum ursprünglichen Erblasser vorgesehen ist. Darüber hinaus ordnet die Vorschrift an, daß bei der Berechnung der auf das eigene Vermögen des Vorerben entfallenden Steuer der Freibetrag zu berücksichtigen ist, der für das persönliche Verhältnis des Erwerbers zum Vorerben vorgesehen ist. Der Abzug dieses Freibetrags ist jedoch nur insoweit zulässig, als der sich aus dem Verhältnis des Erwerbers zum ursprünglichen Erblasser ergebende Freibetrag durch den Anfall des Nacherbschaftsvermögens noch nicht verbraucht ist. Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG 1974 gibt mithin keinen Anhalt dafür, daß bei der Berechnung der auf das eigene Vermögen des Vorerben entfallenden Steuer ein höherer Freibetrag gewährt werden kann als im Verhältnis zwischen Erwerber und Vorerben nach § 16 ErbStG 1974 vorgesehen ist. Die Vorschrift unterscheidet zwischen „dem Freibetrag für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen“ einerseits und „einem Freibetrag“ für das Vermögen des Vorerben andererseits. Die Abzugsfähigkeit des letzteren soll danach auf den nicht verbrauchten Teil des ersteren beschränkt sein. Die Vorschrift ordnet aber nicht an, daß der nicht verbrauchte Teil des Freibetrags für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen als Freibetrag für das eigene Vermögen des Vorerben zu gewähren ist.

§ 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG 1974 ist daher dahingehend zu verstehen, daß mit ihm die Abzugsfähigkeit des im Verhältnis des Erwerbers zum Vorerben maßgeblichen Freibetrags beschränkt wird auf den durch das der Nacherbschaft unterliegende Vermögen nicht verbrauchten Teil des Freibetrags aus dem Verhältnis des Erwerbers zum ursprünglichen Erblasser. Die Vorschrift ist aber nicht dahingehend auszulegen, daß mit ihr der für das Verhältnis Erwerber/Vorerbe maßgebliche Freibetrag um den nicht verbrauchten Teil des auf die Nacherbschaft entfallenden Freibetrags erhöht werden soll. Dieses Verständnis steht im Einklang mit der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks VI/3418, S. 63).

2. Die Sache ist spruchreif; die Klage ist als unbegründet abzuweisen. Die mit dem angefochtenen Bescheid festgesetzte Steuer wurde vom FA entsprechend der vom Senat vertretenen Auslegung des § 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG 1974 berechnet. Zwar hat das FA irrtümlich einen  $\frac{7}{10}$ -Anteil an dem Grundstück als zur Nacherbschaft gehörendes Vermögen angesehen (anstelle richtigerweise einen  $\frac{5}{8}$ -Anteil), dies hat sich jedoch auf die Höhe der von ihm festgesetzten Steuer nicht zu Lasten der Klägerin ausgewirkt. Weitere Gründe gegen die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheids sind weder ersichtlich noch geltend gemacht.

29. EStG § 10e Abs. 1; AO 1977 § 173 Abs. 1 Nr. 1 (*Zum Begriff der „Eigentumswohnung“ im steuerrechtlichen Sinn*)  
**Als Wohnungseigentum im Grundbuch eingetragene Räumlichkeiten sind nur dann als „Eigentumswohnung“ i.S. des § 10e EStG begünstigt, wenn sie die steuerrechtlichen Merkmale des Wohnungsbegriffs insbesondere zur baulichen Abgeschlossenheit und zum eigenen Zugang erfüllen.**

BFH, Urteil vom 27.10.1998 – X R 157/95 –

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Eltern des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) waren Eigentümer eines Einfamilienhauses, das sie vorgelegten Bauplänen entsprechend in zwei Eigentumswohnungen aufteilen ließen. Im Anschluß an die notarielle Teilungserklärung vom 20.12.1990 übertrugen sie unentgeltlich das Eigentum an der noch zu errichtenden Eigentumswohnung im Ober- und Dachgeschoß auf den Kläger. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung wurde ebenfalls am 20.12.1990 erteilt.

Am 21.4.1991 wurde der Kläger als Eigentümer in das Wohnungsgrundbuch eingetragen. Der Kläger ließ die Eigentumswohnung im Dach- und Obergeschoß mit einem Aufwand von insgesamt 238 357 DM errichten. Seit Dezember 1991 nutzt er diese zusammen mit seiner damaligen Lebensgefährtin, der jetzigen Ehefrau, und dem gemeinsamen Kind zu eigenen Wohnzwecken.

In seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1991 machte der Kläger einen Abzugsbetrag nach § 10e Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und als Vorkosten nach § 10e Abs. 6 EStG Zinsaufwendungen in Höhe von 9 126 DM geltend, die der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) im Einkommensteuerbescheid vom 19.5.1992 antragsgemäß berücksichtigte.

Aufgrund einer – wegen der anstehenden Bewertungsfortschreibung am 28.1.1993 durchgeführten – Ortsbesichtigung erfuhr das FA, daß in dem Gebäude zwar die von den Eltern bewohnte Wohnung im Erdgeschoß bereits 1991 durch eine Wohnungstür zum – gemeinsamen – Treppenhaus hin abgeschlossen war, daß aber die für die Eigentumswohnung des Klägers in den oberen Etagen vorgesehene Wohnungstür noch fehlte; sie wurde erst im Laufe des Jahres 1993 eingebaut. Das FA ließ mit der Begründung, mangels Wohnungsabschlusses lägen die Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung nach § 10e EStG im Streitjahr (noch) nicht vor, in dem auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO 1977) gestützten Änderungsbescheid vom 18.5.1993 die Abzugsbeträge nunmehr unberücksichtigt.

Das Finanzgericht (FG) hat der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage stattgegeben. Mit der Revision rügte das FA Verletzung des § 10e EStG. Die Revision hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Im Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Einkommensteuerbescheides für 1990 vom 19.5.1992 lagen noch keine Entscheidungen des BFH zum Wohnungsbegriff des § 10e EStG vor. Nach dem – die Finanzämter bindenden – Schreiben des Bundesministers der Finanzen (BMF) und der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.10.1990 IV B 3 – S 2225 a – 115/90 (BStBl I 1990, 626 Abs. 9) kommt ein Abzugsbetrag nach § 10e Abs. 1 EStG nur für Wohnungen in Betracht, welche die nach der neueren Rechtsprechung des BFH maßgeblichen bewertungsrechtlichen Merkmale „insbesondere zur Abgeschlossenheit und zum eigenen Zugang“ erfüllen (vgl. BFH-Urteile vom 5.10.1984 III R 192/83, BFHE 142, 505, BStBl II 1985, 151; vom 22.10.1984 III R 2/82, BFHE 143, 144, BStBl II 1985, 318; vom 16.9.1987 II R 43/85, BFH/NV 1988, 770). Eine unterschiedliche Beurteilung von Wohnungen je nachdem, ob sie zivilrechtlich als Eigentumswohnungen verselbständigt sind oder nicht, ist dabei nicht vorgesehen.

3. Diese Auffassung ist rechtlich zutreffend und der angefochtene Änderungsbescheid infolgedessen dem Inhalt nach rechtmäßig.

§ 10e EStG begünstigt bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen die Anschaffung oder Herstellung einer Wohnung in einem eigenen Haus oder in einer eigenen Eigentumswohnung.

a) Der Begriff der Wohnung ist im EStG – ebenso wie im Bewertungsrecht – nicht definiert. Es handelt sich um einen Typusbegriff (ausführlich Urteil in BFHE 142, 505, BStBl II 1985, 151.), für dessen Umschreibung die Rechtsprechung zum Bewertungsrecht herangezogen werden kann; die Beurteilung im Einheitswertbescheid ist dabei jedoch grundsätzlich ohne Bedeutung (ebenso *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 17. Aufl., § 10e Rdnr. 10; *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10e EStG Rdnr. 53; *Blümich/Erhard*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-Gesetz, § 10e EStG Rdnr. 151 ff.; *Stephan in Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, § 10e EStG, Rdnr. 14; Schreiben des BMF vom 31.12.1994 IV B 3 – S 2255 – 15/94, BStBl I 1994, 887 Rdnr. 8). Unter einer Wohnung i.S. des § 10e EStG ist hiernach die Zusammenfassung mehrerer Räume zu verstehen, in denen ein selbständiger Haushalt geführt werden kann. Es müssen daher auch eine Küche oder zumindest eine Kochelegenheit, Bad oder Dusche und WC vorhanden sein. Außerdem müssen in Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten die Räume baulich gegenüber anderen Räumen abgeschlossen sein und einen eigenen Zugang haben (Senatsurteile vom 15.11.1995 X R 102/95, BFHE 179, 290, BStBl II 1998, 92; vom 2.4.1997 X R 141/94, BFHE 183, 104, BStBl II 1997, 611). Die Merkmale der „baulichen Abgeschlossenheit“ und des „eigenen Zugangs“ dienen grundsätzlich der Beurteilung, ob mehrere Wohnbereiche in einem Gebäude jeweils selbständige Wohnungen bilden. Fehlt bei einem Gebäude mit zwei Wohnbereichen die bauliche Abgeschlossenheit und/oder ein eigener Zugang für einen Wohnbereich, liegt deshalb nur eine förderbare Wohnung vor.

b) Auch die als „Eigentumswohnung“ zivilrechtlich verselbständigten Räumlichkeiten sind nur nach § 10e EStG begünstigt, wenn sie die steuerrechtlichen Merkmale des Wohnungsbegriffs erfüllen.

Mit dem Begriff der Eigentumswohnung, der im EStG ebenfalls nicht definiert ist, nimmt § 10e EStG auf einen zivilrechtlichen Begriff Bezug; danach ist eine Eigentumswohnung eine Wohnung, an der nach den Vorschriften des ersten Teils des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) entweder durch vertragliche Einräumung (§ 3 WEG) oder durch Teilung (§ 8 WEG) Wohnungseigentum begründet ist (§ 12 Abs. 1 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes; vgl. zu § 7b EStG: BFH-Urteil vom 25.6.1991 IX R 137/86, BFHE 164, 551, BStBl II 1991, 872). Wohnungseigentum ist nach § 1 Abs. 2 WEG das Sondereigentum an einer Wohnung, verbunden mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum. Wohnungseigentum entsteht (erst) mit der Eintragung im Grundbuch (vgl. § 4 Abs. 1 und § 8 WEG; BFH-Urteil vom 24.7.1991 II R 132/88, BFHE 165, 294, BStBl II 1993, 87). Sondereigentum soll nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen in sich abgeschlossen sind (§ 3 Abs. 2 WEG). Abgeschlossenheit bedeutet dabei die feste und dauerhafte Abgrenzung und Abschließbarkeit einer jeden Wohnung gegenüber anderen Wohnungen und den gemeinschaftlichen Einrichtungen (z.B. BayObLG, Beschluß vom 24.2.1994 2 Z BR 122/93, NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht – NJW-RR – 1994,

716, m.w.N. [= MittBayNot 1994, 224]; *Röll* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – MünchKomm –, § 3 WEG Rdnr. 51 ff., 53, m.w.N.), wobei die für die grundbuchrechtliche Eintragung nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG erforderliche Abgeschlossenheitsbescheinigung (lediglich) dem Grundbuchamt die Prüfung erleichtern soll, ob die Wohnungen *tatsächlich* abgeschlossen sind (z.B. Oberlandesgericht – OLG – Köln, Beschluß vom 10.1.1994 2 Wx 51/93, NJW-RR 1994, 717). Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist jedoch (auch) für das Grundbuchamt nicht bindend (vgl. z.B. *Röll* in MünchKomm, § 3 WEG Rdnr. 56, m. Rechtsprechungsnachweisen). Erkennt das Grundbuchamt z.B., daß die tatsächliche Bauausführung im Widerspruch zur Teilungserklärung steht, kann es die Eintragung verweigern. Da § 3 Abs. 2 WEG lediglich eine Ordnungsvorschrift ist, durch die der Eintritt unklarer Verhältnisse verhindert werden soll, hängt zivilrechtlich die Entstehung des Wohnungseigentums nicht davon ab, daß die jeweilige Wohnung tatsächlich abgeschlossen ist; hat das Grundbuchamt die Eintragung vorgenommen, so entsteht Sondereigentum gemäß dem Aufteilungsplan auch dann, wenn die Abgeschlossenheitsvoraussetzungen in Wirklichkeit nicht vorliegen (Beschluß des OLG Köln in NJW-RR 1994, 717, m.w.N.; *Röll* in MünchKomm, § 3 WEG Rdnr. 56, m.w.N.).

c) Mit der besonderen Erwähnung der Eigentumswohnung trägt § 10e Abs. 1 Satz 1 EStG – ebenso wie zuvor § 7b Abs. 1 EStG – offensichtlich nur den Besonderheiten der Rechtsfigur des Wohnungseigentums Rechnung, das aus der Einheit des bebauten Grundstücks herausgenommen und bürgerlich-rechtlich verselbständigt ist. Gegenstand der Begünstigung nach § 10e EStG ist jedoch die zu eigenen Wohnzwecken genutzte *Wohnung*, wobei die steuerliche Förderung nicht mehr – wie vor Einführung des § 10e EStG – davon abhängt, in welchem Gebäude oder in welcher rechtlichen Einheit sich die Wohnung befindet (vgl. BT-Drucks 10/3633 S. 15). Ob eine rechtlich selbständige Gebäudeeinheit *Eigentumswohnung* vorliegt, richtet sich deshalb zwar nach der zivilrechtlichen Gestaltung; ob die Eigentumswohnung als Wohnung i.S. des § 10e Abs. 1 EStG zu beurteilen ist, richtet sich

dagegen danach, ob die in der rechtlich verselbständigten Einheit zusammengefaßten Räume tatsächlich die Voraussetzungen des Wohnungsbegriffes erfüllen (z.B. *Schmidt/Drenseck*, a.a.O., § 10e Rdnr. 12; *Blümich/Erhard*, a.a.O., § 10e EStG Rdnr. 161). Maßgebend sind hierbei allein die tatsächlichen Verhältnisse; die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde spricht zwar für das Vorhandensein einer abgeschlossenen Einheit, ist jedoch – wie im übrigen auch für das Grundbuchamt – nicht bindend.

d) Die vom FG vertretene Auffassung, die steuerrechtlichen Merkmale des Wohnungsbegriffes würden nur für Wohnungen im eigenen Haus gelten, nicht aber für ein im Wohnungsgrundbuch eingetragenes Wohnungseigentum, hätte eine sachlich nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Beurteilung zur Folge, je nachdem, ob bei einem Gebäude, das tatsächlich mehrere nicht gegeneinander abgeschlossene Wohnbereiche enthält, die Wohnbereiche rechtlich als Eigentumswohnungen verselbständigt sind oder nicht.

e) Auch der Abzug von Vorkosten nach § 10e Abs. 6 EStG setzt u.a. voraus, daß die Aufwendungen mit der Anschaffung oder Herstellung einer *Wohnung* i.S. des § 10e Abs. 1 EStG zusammenhängen (Senatsurteil in BFHE 183, 104, BStBl II 1997, 611, m.w.N.).

3. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Klage abzuweisen.

30. AO 1977 § 39 Abs. 2 Nr. 2; EStG § 15 Abs. 2 (*Gewerblicher Grundstückshandel durch Verkauf von jeweils 50%igen Anteilen an vier Immobilienfonds*)

**Erwirbt ein Kommanditist Anteile an vier Grundvermögen verwaltenden KG's in Höhe von jeweils 50 v.H. und veräußert er diese Anteile innerhalb von fünf Jahren wieder, so kann – vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen – allein dadurch ein gewerblicher Grundstückshandel begründet werden sein.**

BFH, Urteil vom 10.12.1998 – III R 61/97 –

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Kostenrechtliche Auswirkungen bei Hinzuziehung eines Notars in Verfahren nach der Insolvenzordnung (InsO) BGBl. 1994 I, 2866 vom 5.10.1994

Nach § 305 Abs. 1 InsO hat der Schuldner mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder unverzüglich danach dem nach § 2 InsO zuständigen Amtsgericht vorzulegen:

1. Eine Bescheinigung, die von einer geeigneten Person oder Stelle ausgestellt ist und aus der sich ergibt, daß eine außergerichtliche Einigung mit den Gläubigern über die Schuldenbereinigung auf der Grundlage eines Plans innerhalb der letzten 6 Monate vor dem Eröffnungsantrag erfolglos versucht worden ist; die Länder können bestimmen, welche Personen oder Stellen als geeignet anzusehen sind;
2. Den Antrag auf Erteilung von Restschuldbefreiung (§ 287 InsO) oder die Erklärung, daß Restschuldbefreiung nicht beantragt werden soll;

3. Ein Verzeichnis des vorhandenen Vermögens und des Einkommens (Vermögensverzeichnis), ein Verzeichnis der Gläubiger und ein Verzeichnis der gegen ihn gerichteten Forderungen; den Verzeichnissen ist die Erklärung beizufügen, daß die in diesen enthaltenen Angaben richtig und vollständig sind;
4. Einen Schuldenbereinigungsplan; dieser kann alle Regelungen enthalten, die unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen sowie der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Schuldners geeignet sind, zu einer angemessenen Schuldenbereinigung zu führen; in den Plan ist aufzunehmen, ob und inwieweit Bürgschaften, Pfandrechte und andere Sicherheiten der Gläubiger vom Plan berührt werden sollen.

Der Schuldner muß also zunächst versuchen, sich mit seinen Gläubigern auf der Grundlage eines Plans außergerichtlich zu einigen mit dem Ziel, z.B. Teilerlaß, Ratenzahlung oder

Stundung zu vereinbaren. Nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO muß sich der Schuldner der Mithilfe einer als geeignet anerkannten Person (z.B. *Rechtsanwalt oder Notar*) oder Stelle (z.B. *Schuldnerberatungsstelle*) bedienen.

Scheitert der Einigungsversuch, muß der Schuldner mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Bescheinigung der Person oder Stelle, die ihn beraten und betreut hat, den gescheiterten Einigungsversuch nachweisen.

Kostenrechtlich liegt eine Tatsachenbescheinigung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO vor, für die eine <sup>10/10</sup>-Gebühr anfällt.

Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Ausgangswert ist die Gesamtsumme der Schulden, um deren Bereinigung es im konkreten Verfahren geht. Da die Schulden nicht unmittelbar Gegenstand des gebührenpflichtigen Geschäfts sind (über sie wird nicht unmittelbar verfügt) der Bescheinigung also nur eine verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt, erscheint ein Teilwert von etwa 10–30% der Gesamtsumme der Verbindlichkeiten ausreichend und sachgerecht.

### Nebengeschäfte

Mit der <sup>10/10</sup>-Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO ist nur die Erteilung der Bescheinigung über die Tatsachen oder Verhältnisse, die dem Notar urkundlich nachgewiesen oder ihm – sei es aufgrund Augenschein oder in sonstiger Weise – offenkundig sind. Legt der Schuldner dem Notar die für die Erteilung der Bescheinigung nach § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO notwendigen Unterlagen (Plan über die Schuldenbereinigung, Schreiben des Schuldners an die Gläubiger, Antwortschreiben der Gläubiger) selbst vor, bleibt es bei der <sup>10/10</sup>-Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Werden die notwendigen Unterlagen nicht vorgelegt, sondern beauftragt der Schuldner den Notar mit der Fertigung des Schuldenbereinigungsplanes und mit der Einholung der Gläubigererklärungen, liegt kein gebührenfreies Nebengeschäft vor; es handelt sich vielmehr um *gebührenpflichtige sonstige Nebentätigkeiten* nach § 147 Abs. 2 KostO.

Im einzelnen kommen folgende Bewertungen in Betracht:

### Schuldenbereinigungsplan, § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Der Schuldenbereinigungsplan ist als Teil des gesamten Insolvenzverfahrens die Vorstufe für die Erteilung der Bescheinigung nach § 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO. Der Schuldenbereinigungsplan bedarf keiner notariellen Beurkundung. Fertigt der Notar auftragsgemäß den Entwurf des Plans, fällt nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse keine Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO an, sondern eine <sup>5/10</sup>-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, da § 145 KostO nur auf Entwürfe rechtsgeschäftlicher Erklärungen anzuwenden ist (Streifzug durch die KostO, 4. Auflage Rdnr. 181).

Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Im Regelfall wird somit für die Fertigung des Entwurfs des Schuldenbereinigungsplans ein Teilwert zwischen 30 – 50% der Summe der Schulden, um deren Ratenzahlung, Stundung oder teilweisen Erlaß es geht, in Betracht kommen. Beschränkt sich die Tätigkeit des Notars nur auf die äußere Gestaltung des Plans, dürfte der Geschäftswert eher im unteren Bereich anzusiedeln sein, bei umfangreicher Mitwirkung an der Erstellung des Plans eher im oberen Bereich.

Eine Bemessung des Geschäftswertes nach der vollen Schuldsumme wird nur in besonders begründeten Ausnahmefällen gerechtfertigt sein.

### Einholung der Gläubigererklärungen

Wird der Notar beauftragt, die Schreiben an die Gläubiger zu entwerfen und deren Antworten einzuholen, handelt es sich hierbei ebenfalls um gebührenpflichtige Nebentätigkeiten nach § 147 Abs. 2 KostO. Werden verschiedene Gläubiger angeschrieben, sind mangels Anwendung des § 44 Abs. 2 a) KostO getrennte Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO anzusetzen.

Für die Einholung der Gläubigererklärungen erscheint jeweils ein nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmender Teilwert von etwa 10–20% der Schuldsumme des betreffenden Gläubigers angemessen.

NR i.N. *Werner Tiedtke*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

### 2. Bewertung von mit Wohngebäuden bebauten Grundstücken nach § 19 Abs. 2 KostO aufgrund Preisindizes für Wohngebäude

Stand: 1998

Die jeweiligen Preisindizes für Wohngebäude werden im Allgemeinen Ministerialblatt (AllMBl) durch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern bekanntgegeben.

Die Preisindizes für Wohngebäude können als Anhaltspunkt zur Ermittlung des Verkehrswertes nach § 19 Abs. 2 KostO verwendet werden (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Auflage § 19 Rdnr. 34 ff.). Sie erlauben die Ableitung des Geschäftswertes aus früheren Kaufpreisen, vgl. hierzu Bewertungsbeispiel in Streifzug durch die KostO, 4. Auflage, Rdnr. 864 und 865.

Bis einschließlich 1998 wurden folgende Durchschnittszahlen (Durchschnittsindexe – Basisjahr 1980 –) bekanntgegeben:

### Durchschnittszahlen für das jeweilige Jahr (D = Durchschnittsindex):

1953	D	22,8	1970	D	52,0	1987	D	118,5
1954	D	22,9	1971	D	57,3	1988	D	121,0
1955	D	24,2	1972	D	61,2	1989	D	125,5
1956	D	24,8	1973	D	65,7	1990	D	133,3
1957	D	25,7	1974	D	70,5	1991	D	142,2
1958	D	26,5	1975	D	72,1	1992	D	150,25
1959	D	27,9	1976	D	74,6	1993	D	157,0
1960	D	30,0	1977	D	78,2	1994	D	160,96
1961	D	32,2	1978	D	83,1	1995	D	166,82
1962	D	34,9	1979	D	90,4	1996	D	166,73
1963	D	36,7	1980	D	100,0	1997	D	165,78
1964	D	38,4	1981	D	105,9	1998	D	164,80
1965	D	40,1	1982	D	108,9			
1966	D	41,3	1983	D	111,2			
1967	D	40,4	1984	D	114,0			
1968	D	42,2	1985	D	114,5			
1969	D	44,6	1986	D	116,2			

Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

### 3. Grunderwerbsteuer; Erteilung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen

Bayer. Staatsministerium der Finanzen, Schreiben vom 29.4.1999, 36 – S 4540 – 17/30 – 54 156

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG darf der Erwerber eines Grundstücks (§ 2 GrEStG) erst dann als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden, wenn eine Bescheinigung des für die Besteuerung zuständigen Finanzamts vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 GrEStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (BGBl 1999 I S. 402) können die obersten Finanzbehörden der Länder im Einvernehmen mit den Landesjustizverwaltungen Ausnahmen hiervon vorsehen.

Das Bayerische Staatsministerium der Finanzen und das Bayerische Staatsministerium der Justiz haben sich vor diesem Hintergrund darauf verständigt, daß Personen als Eigentümer oder als Erbbauberechtigte in das Grundbuch eingetragen werden, ohne daß die Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt wird,

- a) wenn sie Alleinerbe oder Miterben des eingetragenen Eigentümers oder Erbbauberechtigten sind und die Erbfolge durch einen Erbschein oder eine öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen zusammen mit der Niederschrift über die Eröffnung dieser Verfügung nachgewiesen wird;
- b) wenn sie Alleinerbe oder Miterben eines verstorbenen Alleinerben oder eines verstorbenen Miterben sind, ohne daß die vorhergegangene Erbfolge in das Grundbuch eingetragen wurde, und die Erbfolgen durch die in Buchstabe a bezeichneten Urkunden nachgewiesen werden;
- c) wenn der Erwerb ein geringwertiges Grundstück oder Erbbaurecht betrifft, die Gegenleistung 5.000 DM nicht übersteigt und sie ausschließlich in Geld oder durch Übernahme bestehender Hypotheken oder Grundschulden entrichtet wird;
- d) beim Erwerb durch den Ehegatten des Veräußerers;
- e) bei Erwerbsvorgängen zwischen Personen, die in gerader Linie verwandt sind. Den Abkömmlingen stehen die Stiefkinder gleich. Den Verwandten in gerader Linie sowie den Stiefkindern stehen deren Ehegatten gleich;
- f) beim nach § 4 Nr. 1 GrEStG steuerfreien Übergang des Eigentums an einem Grundstück von einer Gebietskörperschaft auf eine andere anlässlich der Übertragung der Straßenbaulast nach § 6 Abs. 1 Satz 1 FStrG oder Art. 11 Abs. 4 Satz 1 BayStrWG.

Die Anzeigepflicht der Gerichte, Behörden und Notare nach § 18 GrEStG wird durch die obige Regelung nicht berührt. In allen Zweifelsfällen werden die Finanzämter auf Verlangen der Grundbuchämter Unbedenklichkeitsbescheinigungen erteilen.

In folgenden Fällen ist nur *eine* Unbedenklichkeitsbescheinigung zu erteilen:

- bei Erbauseinandersetzungen, wenn alle in der Urkunde beurkundeten Erwerbsvorgänge nach § 3 Nr. 3 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen sind, für jeweils alle Grundstücke derselben Gemarkung;

- beim Erwerb eines Grundstücks durch Ehegatten nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand.

Beim Grundstückserwerb durch die Bundesrepublik Deutschland, durch ein Land oder durch eine Gemeinde ist die Unbedenklichkeitsbescheinigung bereits vor Entrichtung der Steuer und ohne Sicherheitsleistung zu erteilen.

---

### 4. Auslegung und Anwendung der §§ 5 Abs. 2 und 6 Abs. 3 i.V. mit § 6 Abs. 1 GrEStG beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand, an der die übertragende Gesamthand beteiligt ist

Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlaß vom 28.1.1999 – 3 – S 4514/3 –

In der Frage, ob § 5 Abs. 2 oder § 6 Abs. 3 i.V. mit § 6 Abs. 1 GrEStG anzuwenden ist, wenn ein Grundstück von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand übergeht, an der die übertragende Gesamthand selbst beteiligt ist, bitte ich folgende Auffassung zu vertreten:

Die Vergünstigung für Grundstücksübertragungen zwischen Gesamthandsgemeinschaften richtet sich ausschließlich nach § 6 Abs. 3 GrEStG. Diese Vorschrift betrifft nicht nur die Fälle, in denen die (unmittelbaren) Beteiligungsverhältnisse an beiden Gesamthandsgemeinschaften identisch sind, sondern auch solche Fälle, in denen die eine Gesamthand an der anderen Gesamthand beteiligt ist (BFH-Urteil vom 24.9.1985, BStBl II S. 714).

---

### 5. Auslegung und Anwendung des § 5 Abs. 2 GrEStG bei planmäßigem Ausscheiden aus einer Personengesellschaft zugunsten Begünstigter im Sinne des § 3 Nr. 4 und 6 GrEStG

Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlaß vom 27.1.1999 – 3 – S 4514/10 –

Es ist gefragt worden, ob § 5 Abs. 2 GrEStG im Falle einer Einbringung eines Grundstücks in eine GmbH & Co. KG anwendbar ist, an der der einbringende Gesellschafter als alleiniger Kommanditist zu 100 v.H. und die Komplementär-GmbH ohne Einlage beteiligt sind, wenn der Gesellschafter in einem zweiten Schritt – nach vorgefaßtem Plan – seinen Kommanditanteil auf seine Ehefrau und seine Kinder überträgt.

Ich bitte, hierzu folgende Auffassung zu vertreten:

Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft nach Einbringung des Grundstücks führt nicht zur Versagung der Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG, soweit die Anteile auf Angehörige übergehen, die ohnehin Grundstücke vom einbringenden Gesellschafter kraft Gesetzes (z.B. § 3 Nr. 4 und 6 GrEStG) steuerfrei erwerben könnten.

## Personaländerungen

### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Wiederbestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung:

Ab September 1998:

Dr. Rüdiger Behmer, Vilseck (Prüfungsort Bayreuth)

Ab Juni 1999:

Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau (Prüfungsort Passau)

Neubestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung:

Ab Juni 1999:

Dr. Hans-Joachim Vollrath, München (Prüfungsort München)

Wiederbestellung zum Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung:

Ab August 1999:

Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth (Prüfungsort München)

### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

Notar Dr. Max Gößl, Deggendorf

Notar Dr. Franz Höchtl, Deggendorf

Mit Wirkung vom 1.8.1999:

Notar Dr. Harald Schmelz, Cham

Mit Wirkung vom 1.10.1999:

Notar Rüdiger Graf zu Castell, München

Notar Dr. Helmuth Waßner, Aschaffenburg

Mit Wirkung vom 1.11.1999:

Notar Bernd Schwaiger, Fürstentfeldbruck

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 10.5.1999:

Rothalmünster (in Sozietät mit Notar Meier-Kraut)	dem Notarassessor Timm Jenewein (bisher in Rosenheim Notarstelle Dr. Spiegelberger)
---	---

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

Furth i. Wald	dem Notarassessor Ralph-Christoph Knerr (bisher in Rosenheim Notarstellen Schiebel/Lederer)
---------------	---

Regensburg (in Sozietät mit Notar Megies)	dem Notar Klaus Ziegler (bisher in Neunburg v. Wald)
---	---

Waldfischbach-Burgalben	dem Notar Kurt Lechner (bisher in Kaiserslautern)
-------------------------	---

Mit Wirkung vom 1.8.1999:

Cham	dem Notarassessor Klaus Engelhardt (bisher in Regensburg Notarstellen Irlter/Megies)
------	--

### 4. Neuernannte Assessoren

Mit Wirkung vom 15.7.1999:

Alexander Krafka, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger)

Mit Wirkung vom 1.9.1999:

Martin Benedikt Schmid, Weilheim (Notarstelle Döbereiner)

### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. Benedikt Pfisterer, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 1.7.1999 in München (Notarstelle Dr. Karl)

Notarassessor Dr. Peter Fahr, Kaufbeuren (Notarstelle Staudt), ab 1.7.1999 in Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

Inspektor i. N. Andreas Lingg, Cadolzburg (Notarstelle Ellert), ab 1.4.1999 in München (Notarstelle Dr. Winkler)

Inspektor i. N. Alfred Schieder, Gräfenberg (Notarstelle Zeier), ab 1.4.1999 in Weiden (Notarstelle Baltzer)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Pamler, Oberviechtach (Notarstelle Hilscher), ab 1.6.1999 in Regensburg (Notarstellen Dr. Merznicht/Dr. Gschoßmann)

Amtsrat i. N. Rainer Janich, München (Notarstellen Dr. Gassner/Wurm), ab 1.8.1999 in München (Notarstelle Zehetmeier)

Oberinspektor i. N. Peter Postupka, Mindelheim (Notarstelle Dr. Friederich), ab 1.8.1999 in Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

### 6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

*Zum Oberamtsrat i. N. ( VerGr. II a BAT):*

Dieter Lorenz, Miesbach (Notarstellen Dr. Fischer/Ulsenheimer)

Friedrich Kaiser, Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Werner Pöhlmann, Memmingen (Notarstellen Dr. Hermann/Kassner)

Sebastian Lacknermeier, Landshut (Notarstelle Häusler)

*Zum Amtsrat i. N. (VerGr. III BAT):*

Günter Weikert, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier)

Manfred Vonderthann, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann)

Werner Altinger, Wasserburg (Notarstellen Dr. Bartsch/Martin)

Manfred Paech, Erding (Notarstellen Böck/Koch)

Kurt Grimm, Wertingen (Notarstelle Senft)

Dietmar Drechsler, Ebersberg (Notarstellen Dr. Wich/Zetzl)

Gerhard Bauer, München (Notarstellen Dr. Ritter/Dr. Reuss)

Robert Pflaum, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

Roland Graß, München (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Günter Fembacher, Traunstein (Notarstellen Blail/Zahnbrecher)

Georg Hofbauer, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Norbert Schlereth, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Günter Klingebiel, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer)

Dieter Deck, München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)

*Zum Amtmann i. N. (VerGr. IVa BAT):*

Heike Sterk, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/Dr. Münch)

Gudrun Kreuzer, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Elke Eger, Pappenheim (Notarstelle Griebel)

Judith Heiß, Pfarrkirchen (Notarstelle Dr. Mayer)

Harald Wieland, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf)

Brigitte Pamler, Regensburg (Notarstellen Dr. Merznicht/Dr. Gschößmann)

Johann Hinterschwepfinger, Burghausen (Notarstelle Gruner)

Franz Hölzlwimmer, Altötting (Notarstellen Spaett/Dr. Lickleder)

Helmut Weis, Frankenthal (Notarstellen Barth/Seiberth)

Achim Gregor, München (Notarstellen Bender/Dr. Brachvogel)

Susanne Tabbert, Landstuhl (Notarstelle Felder)

*Zum Oberinspektor/in i. N. (VerGr. IV b BAT):*

Margit Fischer, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Marion Burger, Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger)

Carsten Ganion, München (Notarstelle Klöcker)

Stefan Meier, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Sabine Becarevic, Höchstädt a. d. Donau (Notarstelle Ruhland)

Georg Lappus, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Höfler)

Robert Stöcklein, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel)

Daniela Weiß, Bad Königshofen (Notarstelle Kleine)

Petra Furtmair, Osterhofen (Notarstelle Dr. Schwab)

Sabine Kainzmaier, Burghausen (Notarstelle Gruner)

Diana Kränzlein, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Martina Binapfl, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)

Michael Hamburger, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe)

Holger Tippelt, Buchloe (Notarstelle Dr. Winkelmann)

Thomas Thoß, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)

## 7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Herbert Büttler, Kirchheimbolanden (Notarstelle Landau), ab 31.1.1999 im Ruhestand

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.