

## Inhalt

### Grundstücksrecht

- Der Bauträgervertrag und Neues zum Verbraucherrechtsschutz** ..... 162  
 von Rechtsanwältin/Fachanwältin für Steuerrecht/Notar Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
- Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Erbbaurechts bei Erlöschen des Erbbaurechts** ..... 166  
 von Notar Dr. Rainer Oppermann, Düsseldorf

### Steuerrecht

- Schenkungsteuer bei Sach- und Nutzungseinlagen in Kapitalgesellschaften** ..... 170  
 von Dipl.-Finanzwirt Peter Huttmacher, Heinsberg/Aachen

### ZNotP-Fragezeichen

- In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.  
 Die Antworten finden Sie auf S. 200 ..... 174

### ZNotP-Rechtsprechungsreport

#### Vertragsrecht

- Anforderungen an arglistiges Verschweigen  
 BGH, Urt. v. 16. 3. 2012 – V ZR 18/11 ..... 174

#### Grundstücksrecht

- Dienstbarkeiten für den Erbbauberechtigten bei Erlöschen des Erbbaurechts  
 BGH, Urt. v. 17. 2. 2012 – V ZR 102/11 ..... 177
- Befugnis zur nachträglichen Begründung von Sondernutzungsrechten  
 BGH, Urt. v. 20. 1. 2012 – V ZR 125/11 ..... 179
- Ansprüche im Umlegungsverfahren  
 BGH, Versäumnisurt. v. 20. 1. 2012 – V ZR 95/11 ..... 181

#### Familienrecht

- Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht  
 BGH, Beschl. v. 7. 3. 2012 – XII ZB 583/11 ..... 182
- Verzicht auf Wohnungsrecht durch Betreuer  
 BGH, Beschl. v. 25. 1. 2012 – XII ZB 479/11 ..... 183

#### Handels- und Gesellschaftsrecht

- Haftungsumfang bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung  
 BGH, Urt. v. 6. 3. 2012 – II ZR 56/10 ..... 185

#### Notarrecht

- Bedürfnisprüfung bei freigewordener Notarstelle  
 BGH, Urt. v. 5. 3. 2012 – NotZ (Brfg) 5/11 ..... 192
- Keine Erfüllung der örtlichen Wartezeit durch die Zweigstelle  
 BGH, Urt. v. 5. 3. 2012 – NotZ (Brfg) 14/11 ..... 194
- Grundbucheinsichten ohne Berechtigung  
 BGH, Beschl. v. 5. 3. 2012 – NotSt (Brfg) 3/11 ..... 196

### ZNotP-Kostenecke

#### Entscheidungen zum Kostenrecht

- Liste der Gesellschafter; Anfrage bei der IHK zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit  
 BGH, Beschl. v. 14. 2. 2012 – II ZB 18/10 ..... 196

## Grundstücksrecht

### Der Bauträgervertrag und Neues zum Verbraucherrechtsschutz

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht/Notar Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden

Über den Bauträgervertrag und die Verbraucherschutzrichtlinie (VerbrRL)<sup>1</sup> sowie die Amtspflichten des Notars in diesem Zusammenhang<sup>2</sup> wurde bereits an anderer Stelle vorgetragen. Nachfolgend soll über Neuerungen im Zusammenhang mit diesem Thema berichtet werden. Dabei ist zu verdeutlichen, dass auf den Bauträgervertrag die Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU (VerbrR-RL) keine Anwendung findet, sodass insoweit die Verbraucherschutz-RL 93/13/EWG (VerbrRL) einschlägig bleibt.

#### I. Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU (VerbrR-RL)

Die VerbrR-RL über die Rechte der Verbraucher v. 25.10.2011 wurde am 22.11.2011 im ABl. der EU veröffentlicht<sup>3</sup> und ist am 12.12.2011 in Kraft getreten. Zwar ist eine Bereichsausnahme für notariell beurkundete Verbraucherverträge nur wegen der Mitwirkung eines Notars in der VerbrR-RL nicht enthalten. Aber gemäß Erwägungsgrund (26) Satz 1 – 3 der VerbrR-RL eignen sich die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen ausdrücklich nicht für Verträge

- über die Übertragung von Immobilien oder
- über die Übertragung von Rechten an Immobilien oder
- über den Erwerb von Immobilien bzw. Rechte oder
- über den Bau von neuen Gebäuden oder
- über den Verkauf noch zu bebauender Liegenschaften und
- den Mietkauf.

Solche Verträge werden daher ausdrücklich vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen (s. auch Art. 3 Abs. 3e und f VerbrR-RL), folglich auch Bauträgerverträge über neu zu errichtende Immobilien und solche, welche erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden zum Gegenstand haben (Art. 3 Abs. 3f VerbrR-RL), wenn diese Umbaumaßnahmen im Zusammenhang mit einer der v.g. Fällen steht.

Dagegen unterfallen Dienstleistungsverträge im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen, sehr wohl der VerbrR-RL (Erwägungsgrund [26] Satz 5). Aber Bauträgerverträge, die Instandsetzungen bzw. Renovierungen zum Gegenstand haben, ohne erhebliche Umbauten zu sein, unterfallen auch in diesem Fall nicht der VerbrR-RL, weil ja bei solchen Bauträgerverträgen zu den Instandsetzungs- bzw. Renovierungsleistungen die Übertragung bzw. der Erwerb der Immobilie hinzutritt, weshalb auch hier die Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 3e und f VerbrR-RL greift. Auch hier gilt daher statt dessen weiter die VerbrRL 93/13/EWG.<sup>4</sup>

#### II. Anwendungsvorrang der Verbraucherschutz-RL 93/13/EWG (VerbrRL) und die Amtspflicht von Notaren und Gerichten zu ihrer Anwendung und Durchsetzung

##### 1. Deutsches Recht

Bei einem notariell beurkundeten Bauträgervertrag geht die Rechtsprechung vom Anschein eines Formularvertrags aus,<sup>5</sup> sodass auf diesen die Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB Anwendung findet. Dies gilt auch dann, wenn die Bedingungen z.B. vom beurkundenden Notar als Drittem formuliert wurden, wenn Bauträger sich dessen Vorgaben als von ihr gestellt zurechnen lassen müssen, weil etwa der verwendete Formularvertrag auf Initiative von Bauträger zur Anwendung gekommen ist.<sup>6</sup> Finden die §§ 305 ff. BGB Anwendung, ist Klauselverwender der Bauträger,<sup>7</sup> weil dieser gegenüber dem Verbraucher-Erwerber die wirtschaftlich überlegene Partei sein wird.<sup>8</sup>

Der Gesetzgeber ist in den §§ 305 ff. BGB davon ausgegangen, dass von AGB oder einem Formularvertrag dann die Rede ist, wenn eine Vertragspartei der anderen den Vertrag oder Vertragsklauseln so stellt, dass die andere darauf keinen Einfluss nehmen kann.<sup>9</sup> Kann jedoch der Verbraucher-

1 Thode, in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, 2001, S. 267, 305 f.; Wagner, ZfIR 2001, 422, 424 f.; ders., BauR 2001, 1313, 1321; ders., ZNotP 2002, Beil. 1, S. 9 f.; ders., ZNotP 2002, Beil. 1; ders., ZfBR 2004, 317.

2 Wagner, ZfIR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 15; ders., ZNotP 2002, Beil. 1, S. 20 ff.; Schmid/Wagner, ZfBR 2011, 316.

3 ABl. L 304 v. 22.11.2011, S. 64 ff.

4 Wagner, ZNotP 2002, Beil. 1, S. 9.

5 BGH, Urt. v. 14.5.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 = JurionRS 1992, 14589. Ferner: Zur formularmäßigen Verwendung von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist, s. BGH, Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138 = ZNotP 2002, 80. Ferner: Zur formularmäßigen Verwendung von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, wenn die Bedingungen nicht gegenüber verschiedenen Vertragsparteien verwendet werden sollen, s. BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03, NJW 2004, 1454 = JurionRS 2003, 23391. S. auch Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rn. 17 ff.

6 BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = JurionRS 2010, 11942 Rn. 10 f.

7 A.A. v. Westphalen, BauR 2012, 699, 704, der meint, bei Einschaltung eines Notars sei die Inhaltskontrolle von Verträgen nicht aufrecht zu halten.

8 BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = JurionRS 2010, 11942 Rn. 12.

9 BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = JurionRS 2010, 11942 Rn. 12, 14, 18.

Erwerber auf die inhaltliche Gestaltung des Vertragstextes Einfluss nehmen oder eigene Textvorschläge machen und auch effektiv durchsetzen, dann finden die §§ 305 ff. BGB und eine vertragliche Inhaltskontrolle keine Anwendung.<sup>10</sup> In diesen Fällen stellt sich mithin auch die Frage des Anwendungsvorrangs der Klauselrichtlinie (VerbrRL) nicht.

## 2. VerbrRL

Diese Klauselrichtlinie kann mit zuvor Ausgeführtem nur dort zur Anwendung kommen, wo sich die Frage der Inhaltskontrolle stellt. Und dies ist nur dort der Fall, wo es um Vertragsklauseln geht, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden (Art. 3 Abs. 1 VerbrRL).<sup>11</sup> Weil mit zuvor Ausgeführtem für herkömmliche Bauträgerverträge die VerbrRL nicht einschlägig ist, gilt für diese Bauträgerverträge weiter die VerbrRL. Folglich sind Notare von Amts wegen verpflichtet, sie bei der Beurkundung von Bauträgerverträgen zu beachten.<sup>12</sup> Die VerbrRL hat dort, wo ihre Vorgabe mit deutschem Recht kollidieren, Anwendungsvorrang, sodass beurkundende Notare ggf. die Vorgaben der VerbrRL gegen das deutsche Recht durchsetzen müssen bzw. gegen die VerbrRL verstößendes nationales Recht nicht anwenden dürfen.<sup>13</sup> Auf das an anderer Stelle dazu Ausgeführte wird verwiesen.<sup>14</sup>

Auch Gerichte haben die Einschlägigkeit der VerbrRL und deren Anwendungsvorrang von Amts wegen zu beachten.<sup>15</sup> Sie haben folglich von Amts wegen zu prüfen, ob in notariell beurkundeten Bauträgerverträgen besagtem Anwendungsvorrang Rechnung getragen wurde. Denn die Nichtanwendung einer Richtlinie kann sonst zu einem EU-gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch für davon Betroffene führen.<sup>16</sup> Bisher ist nicht erkennbar, dass dem in veröffentlichten Entscheidungen entsprochen worden wäre. Dies kann nach Erschöpfung des Rechtsweges (Primärrechtsschutz) dazu führen, dass wegen Nichtanwendung der VerbrRL im Sekundärrechtsschutz ein Staatshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann.<sup>17</sup> Denn nach der Rechtsprechung des BGH<sup>18</sup> und des EuGH<sup>19</sup> ist ein solcher gegeben, wenn gegen Unionsrecht verstoßen wird, das bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Hat ein Gericht solchermaßen gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, was auch im Fall der Nichtanwendung der VerbrRL gegeben sein kann, ist im Sekundärrechtsschutz der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch gegen das Bundesland zu richten, dem das letztinstanzliche Gericht angehört.<sup>20</sup> Im Fall des BGH als letztinstanzliches Gericht ist passivlegitimiert die Bundesrepublik Deutschland.

Bestünde für ein Gericht – Instanzgericht oder BGH – Unklarheit über die Bedeutung und Reichweite von Unionsrecht, um den Anwendungsvorrang exakt bestimmen zu können oder um darauf eine richtlinienkonforme Auslegung aufbauen zu können, so haben sowohl Instanzgerichte wie auch der BGH die *Pflicht* der Vorlage zum EuGH. Für den BGH folgt dies aus Art. 267 Abs. 3 AEUV und für Instanzgerichte gemäß dem BVerfG aus Art. 100 Abs. 1 Satz 1

GG,<sup>21</sup> auch wenn für Instanzgerichte gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV ansonsten nur ein *Recht* auf Vorlage zum EuGH besteht.<sup>22</sup> Hat das letztinstanzliche Gericht eine gebotene Vorlage zum EuGH unterlassen, so kann dies wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden.<sup>23</sup> Und hat das letztinstanzliche Gericht in seiner Entscheidung nicht Gründe angegeben, die erkennen lassen, dass es sich mit dem Gemeinschaftsrecht ausreichend kundig befasst hat, so wird das BVerfG dann daran gehindert, nachzuvollziehen, ob das letztinstanzliche Gericht von einer vertretbaren Handhabung der Vorlagepflicht ausgegangen ist, sodass eine Erfolgsaussicht einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gegeben sein kann.<sup>24</sup>

## III. Europäischer Verbraucherschutz und notarielle Wirksamkeitsbescheinigung

Bei Bauträgerverträgen handelt es sich um Formularverträge.<sup>25</sup> Für Bauträgerverträge beurkundende Notare ist es von grundlegender Bedeutung, zu prüfen, ob und inwieweit Vertragsklauseln eines Bauträgervertrags mit den Vorgaben der VerbrRL konform gehen, dies auch vor dem Hintergrund, dass Bauträgerverträge beurkundende Notare schließlich eine schriftliche notarielle Wirksamkeitsbescheinigung zu erteilen haben (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV).<sup>26</sup> Fehlt es daran, hat dies zur Folge, dass der Bauträger für die Dauer der Einschlägigkeit der MaBV aufgrund des bestehenden öffentlich-rechtlichen Entgegennahmeverbots keine Vermögenswerte vom Erwer-

10 BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = JurionRS 2010, 11942 Rn. 21.

11 Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 1999, VerbrRL Rn. 27.

12 Schmid/Wagner, ZfBR 2011, 316.

13 Wagner, ZSteu 2010, 355; Schmid/Wagner, ZfBR 2011, 316.

14 Wagner, ZfBR 2004, 317; ders., in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, Einl. Rn. 21 – 40, 284 – 294; ders., ZSteu 2010, 355; Schmid/Wagner, ZfBR 2011, 316.

15 Vorwerk, FS Thode, 2005, S. 645, 648 f.

16 BGH, Urt. v. 12.5.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 = JurionRS 2011, 18492 Rn. 19.

17 BGH, Urt. v. 12.5.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 = JurionRS 2011, 18492 Rn. 25.

18 BGH, Urt. v. 12.5.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 = JurionRS 2011, 18492 Rn. 13.

19 EuGH v. 24.11.2011 – Rs. C-379/10 (EU Kommission/Italien), EWS 2011, 543, 544.

20 BGH, Urt. v. 12.5.2011 – III ZR 59/10, DB 2011, 1503 = JurionRS 2011, 18492 Rn. 13 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 2.12.2004 – III ZR 358/03, BGHZ 161, 224, 234 ff. = JurionRS 2004, 25808.

21 BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, DStR 2011, 2141 = JurionRS 2011, 26414 Rn. 51 – 54.

22 BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, DStR 2011, 2141 = JurionRS 2011, 26414 Rn. 53.

23 BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, DStR 2011, 2141 = JurionRS 2011, 26414 Rn. 59; zur verfassungsrechtlichen Effektuierung des Vorabentscheidungsverfahrens Britz, NJW 2012, 1313.

24 BVerfG, Beschl. v. 21.12.2010 – 1 BvR 506/09, JurionRS 2010, 31310; dazu Schmid/Wagner, ZfBR 2011, 316 f.

25 BGH, Urt. v. 14.5.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 = JurionRS 1992, 14589; Wagner (Fn. 14), Einl. Rn. 21.

26 Wagner, in: Riemenschneider/Farrelly, Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag, 2012, Rn. 166 ff., 187, 189 ff.

ber entgegennehmen darf, es sei denn, er hat dem Erwerber eine Bürgschaft ausgehändigt, die den Anforderungen des § 7 MaBV entspricht.<sup>27</sup> Dabei kann die Frage, ob Vertragsklauseln unwirksam oder nur risikoreich sind, mitunter schwer zu beantworten sein. Denn bei risikoreichen, wenngleich wirksamen, Vertragsklauseln treffen den Notar Belehrungspflichten (§ 17 BeurkG bzw. § 14 BNotO), während an unwirksamen Klauseln der Notar nicht mitwirken darf und auch keine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) erteilen darf. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

Vertragsklauseln in Bauträgerverträgen müssen stets im Blick haben, dass zwischen dem Bauträger und dem Erwerber-Verbraucher ein ungleiches Kräfteverhältnis besteht.<sup>28</sup> Deshalb ist der Bauträger gehalten, den Interessen des Erwerber-Verbrauchers Rechnung zu tragen und sich loyal und billig zu verhalten (Erwägungsgrund [16] VerbrRL).<sup>29</sup> Es muss bezweifelt werden, dass dem mit § 632 Abs. 3 Satz 1 BGB und einer daran angelehnten Vertragsgestaltung Rechnung getragen wird. Denn wenn es zum Insolvenzfall des Bauträgers kommen sollte, wird beim herkömmlichen Bauträgervertrag die Rückzahlung der seitens der Erwerber schon bezahlten Abschlagszahlungen/Raten nicht zwingend sichergestellt sein und ob durch die Pauschale von 5 % in § 632 Abs. 3 Satz 1 BGB<sup>30</sup> eventuelle Mehrkosten der Restfertigstellung für den Fall einer vorherigen Eigentumsübertragung des Grundstückes und des schon Gebauten (§ 946 BGB)<sup>31</sup> abdecken, kann mehr als fraglich sein. Sich mithin in der Vertragsgestaltung an § 632a Abs. 2, 3 Satz 1 BGB zu orientieren, führt zwar nach deutschem Recht nicht zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vertragsgestaltung kann aber für den Erwerber risikoreich sein, sodass der Notar beim herkömmlichen Bauträgervertrag mit Abschlagszahlungen/Raten und spätem Eigentumsübergang, würde man nur von deutschem Recht ausgehen, gem. § 17 BeurkG gehalten wäre, analog zur Situation ungesicherter Vorleistungen über die denkbaren Risiken zu belehren.<sup>32</sup> An der Erteilung einer Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) wäre der notarielle beurkundende Notar deshalb allerdings nicht gehindert.

Aber es stellt sich die Frage, ob Vertragsklauseln in einem herkömmlichen Bauträgervertrag wirksam sind, wonach der Erwerber Abschlagszahlungen/Raten an den Bauträger quasi vor auszahlen hat, während die Leistung des Bauträgers, nämlich die Eigentumsumschreibung bzgl. Grundstück und Verbautem (§ 946 BGB) erst zum Schluss des Bauvorhabens erfolgen soll, wenn man auch die VerbrRL mit berücksichtigt. Für eine Wirksamkeit sprechen § 632a Abs. 2 und 3 BGB nebst § 3 Abs. 2 MaBV, die genau davon ausgehen. Gegen die Wirksamkeit könnte Art. 3 Abs. 1, 3 VerbrRL i.V.m. Anh. Nr. 1.o) VerbrRL sprechen, wie an anderer Stelle im Einzelnen begründet.<sup>33</sup> Denn wenn für den Insolvenzfall des Bauträgers weder die Rückzahlung bereits gezahlter Abschläge noch für den Fall der Eigentumsumschreibung von Grundstück und Bauruine die Abgeltung der Mehrkosten der Restfertigstellung sichergestellt sind, dann könnten vereinbarte Vorauszahlungen für den Erwerber zu einem für diesen ungerechtfertigten Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führen. Dies führt zu der Frage,

ob diesbezügliche Vertragsklauseln des Bauträgervertrags nach deutschem Recht wirksam, nach Art. 3 Abs. 1, 3 VerbrRL i.V.m. Anh. Nr. 1.o) VerbrRL dagegen missbräuchlich<sup>34</sup> und deshalb unwirksam sein können und wie es vor diesem Hintergrund der beurkundende Notar mit der Erteilung der notariellen Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) halten soll.

Die VerbrRL scheint diesen Konflikt auf ihre Weise zu lösen. Denn in Erwägungsgrund (13) Satz 1 und 2 VerbrRL heißt es:

*„Bei Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden, wird davon ausgegangen, dass sie keine missbräuchliche Klauseln enthalten. Daher sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften ... beruhen, ... nicht dieser Richtlinie zu unterwerfen.“*

Dies könnte zu der Schlussfolgerung führen, wegen der deutschen gesetzlichen Regelungen in § 632a Abs. 2, 3 BGB und § 3 Abs. 2 MaBV könnten Vertragsklauseln in herkömmlichen Bauträgerverträgen, die sich daran orientieren, nicht nur nicht missbräuchlich im Sinne der VerbrRL sein, sondern dieserhalb eine Bereichsausnahme unterliegen, sodass die VerbrRL dieserhalb – also bzgl. des Vorauszahlungsmodells – nicht anwendbar wäre.<sup>35</sup> Denn immerhin ist z.B. § 3 Abs. 1 und 2 MaBV eine bindende und keine dispositiven Rechtsvorschrift (s. § 12 MaBV). Und würde man dem folgen, wäre der beurkundende Notar zwar mit zuvor Ausgeführtem verpflichtet, über die zuvor beschriebenen Risiken der Erwerber zu belehren (§ 17 BeurkG), er wäre aber nicht gehindert, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) zu erteilen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Dieser Ansatz würde zudem im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des BGH<sup>36</sup> stehen. In dieser Entscheidung hat der BGH darauf hingewiesen, dass ein Bauträgervertrag im

27 OLG Schleswig v. 7.5.2010 – 4 U 126/08, n.v.

28 Dazu Wagner, ZfIR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 15 unter Hinweis auf Erwägungsgrund (16) VerbrRL: „Diese (Bewertung) stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zur Klausel zu geben ...“.

29 Wagner, ZfIR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 15.

30 Wagner, ZfIR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 15 berichtet, dass im baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des entsprechenden Arbeitskreises des Instituts für Baurecht Freiburg e.V. (IfBF) ausweislich BauR 2001, Beil. zu Heft 4, S. 4 f., 15 f. damals pauschal 10 % vorgeschlagen worden waren.

31 Wagner, ZNotP 2002, Beil. 1, S. 10.

32 Wagner, ZfIR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 16.

33 Wagner, ZNotP 2002, Beil. 1, S. 11.

34 Zur Entscheidungsbefugnis des EuGH betreffend die Auslegung des Begriffs der missbräuchlichen Klausel i.S.d. Art. 3 Abs. 1 VerbrRL s. EuGH, Urt. v. 9.11.2010 – Rs C-137/08 (Schneider), EuZW 2011, 27 = JurionRS 2010, 27838 Rn. 39 f., S. 44.

35 Ähnlich Schmidt/Rantsch, NZBau 2001, 356, 359; zweifelnd Wagner, ZNotP 2002, Beil. 1, S. 16.

36 BGH, Urt. v. 22.7.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 = JurionRS 2010, 22020.

Vergleich zu allgemeinen Grundstücksgeschäften für Käufer ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko aufweisen würde, worüber der Erwerber vom beurkundenden Notar nicht nur gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG belehrt werden müsse,<sup>37</sup> sondern dies auch Ausfluss der sich aus § 14 BNotO ergebenden erweiterten Belehrungspflicht sei.<sup>38</sup> Und der BGH weist ausdrücklich auf die zuvor genannten Risiken hin, die darin bestünden, dass der Erwerber an den Bauträger Abschlagszahlungen als finanzielle Vorleistungen bezahle, während er Besitz und Eigentum erst dann erhalte, nachdem das vertraglich Geschuldete fertiggestellt und die geschuldete Vergütung gezahlt worden sei.<sup>39</sup>

Wenn diesseits gleichwohl vertreten wird, das Vorauszahlungsmodell des herkömmlichen Bauträgervertrags verstoße, wenn vertraglich umgesetzt, in seiner vertraglichen Umsetzung gegen Art. 3 Abs. 1, 3 VerbrRL i.V.m. Anh. Nr. 1.o VerbrRL,<sup>40</sup> sodass insoweit keine Bereichsausnahme gegeben ist, dann hat dies folgende Gründe: Vom EuGH war bei seiner Entscheidung v. 1.4.2004<sup>41</sup> ein herkömmlicher deutscher Bauträgervertrag zu beurteilen, also ein solcher mit einem Vorauszahlungsmodell, auf den die MaBV anwendbar war. Der EuGH hat in dieser Entscheidung keine Bereichsausnahme angenommen, sodass eigenständig zu prüfen ist, ob das vertraglich vereinbarte Vorauszahlungsmodell eine missbräuchliche Regelung i.S.d. Art. 3 Abs. 1, 3 Anh. Nr. 1.o VerbrRL ist.<sup>42</sup> Und da die Missbräuchlichkeit von vertraglichen Regelungen – wie hier das Vorauszahlungsmodell – an einer globalen Bewertung der Interessenlage der Vertragsparteien festmacht, ist gemäß Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL zu prüfen, ob den dort geregelten Geboten von Treu und Glauben Rechnung getragen wird. Und dies wäre dann der Fall, wenn dem Nachteil des Verbrauchers in Form des Vorauszahlungsmodells ein Vorteil gegenübergestellt wird, um diesen Nachteil zu kompensieren. Dass dieser Vorteil die Sicherheitsregelung in § 632a Abs. 3 BGB ist, steht nicht im Widerspruch zur VerbrRL.<sup>43</sup> Man mag darüber streiten, ob dies eine ausreichende Kompensation ist und ab wann bei nicht ausreichender Kompensation die Grenze der Unwirksamkeit überschritten wäre. Solange aber nur Zweifel vorhanden sein könnten, müsste der beurkundende Notar gem. § 17 Abs. 2 BeurkG verfahren,<sup>44</sup> wäre aber nicht daran gehindert, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) zu erteilen, wenn er nicht von der Unwirksamkeit überzeugt wäre.

#### IV. Europäischer Verbraucherschutz und vertragliche Inhaltskontrolle

Führt folglich das Vorauszahlungsmodell im herkömmlichen Bauträgervertrag nicht per se zu missbräuchlichen Klauseln und zur Unwirksamkeit des Bauträgervertrags im Ganzen, sondern „nur“ zu einer erhöhten Aufklärungsbedürftigkeit der Beteiligten durch den Notar, dann sind in einem nächsten Schritt die Vertragsklauseln des jeweiligen konkreten Bauträgervertrags zivilrechtlich einer Inhaltskontrolle dahin gehend zu unterwerfen,<sup>45</sup> ob es missbräuchliche Klauseln i.S.v. Art. 1, 3 VerbrRL i.V.m. Anh. VerbrRL gibt. Diese Prüfung hat sowohl der beurkundende Notar wie auch im Streitfall das Gericht jeweils von Amts wegen vorzunehmen.<sup>46</sup> Denn missbräuchliche Vertragsklauseln sind für Verbraucher-Erwerber

„nicht verbindlich,“ ohne dass dieser sie vorher angefochten haben müsste.<sup>47</sup> Wenn der EuGH betreffend den Verbraucher von einer fehlenden Verbindlichkeit und nicht von einer Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln spricht, dann hängt dies damit zusammen, dass der EuGH judiziert hat, auch eine missbräuchliche Klausel müsse dann nicht unangewendet bleiben, wenn der Verbraucher nach entsprechendem Hinweis des Gerichts – und für den beurkundenden Notar und dessen Hinweis gilt nichts anderes – die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.<sup>48</sup> Der Verbraucher-Erwerber entscheidet mithin letztlich, ob es bei missbräuchlichen Vertragsklauseln bei einer ihn betreffenden fehlenden Verbindlichkeit bleiben soll oder ob er diese Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte, worüber der Notar den Verbraucher-Erwerber zu belehren hat.

Eine ganz andere Frage ist, ob dann, wenn der Bauträgervertrag missbräuchliche Klauseln enthält,<sup>49</sup> dies zur Folge hat, dass der Vertrag als Ganzes den Verbraucher nicht bindet, wenn dies für den Verbraucher günstiger ist. Diese Frage hat jüngst der EuGH<sup>50</sup> wie folgt beantwortet:

37 BGH, Urt. v. 22.7.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 = JurionRS 2010, 22020 Rn. 15, 17: „Dies bedeutet, dass der Notar jedenfalls bei Beurkundung eines Bauträgervertrages, der ... zwischen einem Unternehmer und Verbrauchern abgeschlossen wird (Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB), wegen der mit dem Abschluss eines solchen Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Risiken und der gegenüber Verbrauchern bestehenden besonderen Schutz- und Belehrungsfunktion der Beurkundung ... verpflichtet ist, nicht nur auf die durch einen solchen Vermerk für die rechtliche, sondern auch auf die für die wirtschaftliche Durchführbarkeit des Vertrags bestehenden Gefahren hinzuweisen.“

38 BGH, Urt. v. 22.7.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 = JurionRS 2010, 22020 Rn. 17.

39 BGH, Urt. v. 22.7.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 = JurionRS 2010, 22020 Rn. 18.

40 Wagner (Fn. 14), Einl. Rn. 27 m.w.N.; ders. (Fn. 26), Rn. 187. So auch Basty (Fn. 5), Rn. 28; Thode, ZNotP 2004, 210.

41 EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten), NJW 2004, 1647 = JurionRS 2004, 12527.

42 Zutreffend Basty (Fn. 5), Rn. 27.

43 Wagner (Fn. 14), Einl. Rn. 28 – 29. Nach Wagner (ZfBR 2001, Beil. zu Heft 10, S. 16 Rn. 32) verstieß der herkömmliche Bauträgervertrag mit Ratenvorauszahlung gegen Art. 3 Abs. 1, 3 Anh. Nr. 1.o VerbrRL, wenn es sich um ungesicherte Raten-Vorauszahlungen handelte. Dies war der Fall, weil nach § 1 Satz 3 der Abschlagszahlungsverordnung die Stellung von Sicherheiten für Abschlagszahlungen nicht vorgesehen zu werden brauchte. Dies hat sich durch § 632a Abs. 3 BGB n.F. geändert.

44 Basty (Fn. 5), Rn. 29, 31; Thode, ZNotP 2004, 210; Wagner (Fn. 14), Einl. Rn. 33 f.

45 Dazu Basty (Fn. 5), Rn. 27 – 31.

46 EuGH, Urt. v. 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Mostaza Claro), NJW 2007, 135 = JurionRS 2006, 25042 Rn. 26 f., 38; EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 = JurionRS 2009, 15797 Rn. 32.

47 EuGH, Urt. v. 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Mostaza Claro), NJW 2007, 135 = JurionRS 2006, 25042 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 m. Anm. Pfeiffer = JurionRS 2009, 15797 Rn. 25, 28.

48 EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 = JurionRS 2009, 15797 Rn. 33, 35: „... dass das nationale Gericht verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Ist es der Auffassung, dass eine solche Klausel missbräuchlich ist, so lässt es sie unangewendet, sofern der Verbraucher dem nicht widerspricht. ...“

49 Dazu Basty (Fn. 5), Rn. 29, 31; Thode, ZNotP 2004, 210; Wagner (Fn. 14), Einl. Rn. 33 f.

50 EuGH v. 15.3.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rn. 26.

- In seiner zuvor angesprochenen Györfi-Entscheidung<sup>51</sup> hatte der EuGH nicht von der Unwirksamkeit, sondern der Unverbindlichkeit von missbräuchlichen Vertragsklausel für den Verbraucher gesprochen, der letztlich zu entscheiden habe, ob es dabei bleibe oder ob er auf die Geltendmachung der Unverbindlichkeit verzichte. Die Unverbindlichkeit betreffend den Verbraucher entspricht der im deutschen Recht bekannten materiell-rechtlichen Einrede. Daran möchte der EuGH anscheinend in seiner v.g. SOS-Entscheidung<sup>52</sup> nichts ändern.
- Verzichtet aber der Verbraucher nicht auf die Unverbindlichkeit materiell-rechtlicher Klauseln, dann bleiben diese für den Verbraucher verbindlich. Und dann stellt sich die Frage, „ob ein Vertrag, der eine oder mehrere missbräuchliche Klauseln enthält, ohne diese Klauseln bestehen kann.“ Und diese Frage kann nach dem EuGH nicht dahin gehend beantwortet werden, dass dann der Vertrag insgesamt nichtig sein könnte und dies für den Verbraucher vorteilhaft sein könnte.<sup>53</sup> Dies gesetzlich zu regeln sei Sache der Mitgliedstaaten, da diese zum besseren Schutz der Verbraucher durchaus solches regeln könnten und dadurch durch die VerbrRL nicht gehindert seien.<sup>54</sup> Dieser Ansatz des EuGH findet sich insbesondere in § 306 Abs. 3 BGB, wonach der Vertrag insgesamt dann unwirksam wird, wenn ein Festhalten an ihm unter Berücksichtigung des § 306 Abs. 2 BGB eine unzumutbare Härte darstellen würde.

Folglich gehört es zur Aufgabe des einen Bauträgervertrag beurkundenden Notars, sich zu vergewissern, dass im Rahmen der (auch) von ihm anzustellenden Inhaltskontrolle keine missbräuchlichen Klauseln vorhanden sind, die über eine Unverbindlichkeit für den Verbraucher-Erwerber hinaus wegen § 306 Abs. 3 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags führen könnte.<sup>55</sup> Und er hat weiter zu prüfen, dass es bei den Vertragsklauseln zu keinem Widerspruch zu den zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben der MaBV gekommen ist (§ 12 MaBV), was sonst zur Nichtigkeit (§ 134 BGB) bzw. über § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen kann. Denn abgesehen davon, dass der beurkundende Notar bereits von Berufs wegen nicht an nichtigen Vertragsklauseln

bzw. Verträgen mitwirken darf, würde dies ihn auch hindern, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) abzugeben, mit den schon dargelegten Folgen.

## V. Fazit

Wäre folglich aus v.g. Gründen das Vorauszahlungsmodell des herkömmlichen Bauträgervertrags nicht missbräuchlich und folglich nicht von vornherein unwirksam, dann scheidet die Gesamtnichtigkeit des Bauträgervertrags wegen Verwendung missbräuchlicher Klauseln im Sinne des Vorauszahlungsmodells aus. Der beurkundende Notar ist aus v.g. Gründen zur Belehrung über die mit einem herkömmlichen Bauträgervertrag verbundenen Risiken verpflichtet, er ist aber deshalb nicht an der Erteilung einer Wirksamkeitsbescheinigung gehindert, wenn keine Unwirksamkeitsgründe vorliegen. Dessen ungeachtet hat aber der beurkundende Notar „seinen“ Bauträgervertrag im Rahmen der Inhaltskontrolle stets daraufhin zu prüfen, dass keine missbräuchlichen Klauseln im Sinne der VerbrRL vorhanden sind, einerseits, um deren Unverbindlichkeit gegenüber dem Verbraucher-Erwerber zu klären und andererseits zu klären, ob solche missbräuchliche Klauseln nicht zur Gesamtnichtigkeit des Bauträgervertrags führen können.

Und Gleiches hat in Streitfällen ein damit befasstes Gericht von Amts wegen zu prüfen, ohne dass es dieserhalb gesonderter Anfechtungserklärungen des Verbraucher-Erwerbers bedarf.

51 EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 = JurionRS 2009, 15797.

52 EuGH v. 15.3.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rn. 26 ff..

53 EuGH v. 15.3.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rn. 33.

54 EuGH v. 15.3.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rn. 34 – 36.

55 Zur Gesamtnichtigkeit eines Verbrauchervertrags bei Verwendung missbräuchlicher Klauseln i.S.d. VerbrRL s. *Thode*, ZNotP 2004, 131, 134.

## Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Erbbaurechts bei Erlöschen des Erbbaurechts Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 17.2.2012 – V ZR 102/11, ZNotP 2012, 177 (in diesem Heft)

von Notar Dr. Rainer Oppermann, Düsseldorf

*Der BGH hat entschieden, dass Wege- und Leitungsrechte mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteil des Erbbaugrundstücks werden. Diese Rechte erlöschen also nicht, sondern Berechtigter wird der jeweilige Eigentümer des Erbbaugrundstücks. In einem obiter dictum hat der BGH ergänzt, dass bei zwischen Erbbauberechtigten und Nachbareigentümer wechselseitig bestellten Wege- oder Leitungsrechten auch die Belastung des Erbbaurechts bei dessen Beendigung zum Nachteil des Grundstückseigentümers fortbestehen könne. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass diese Auffassung zu den wechselseitigen Rechten nicht tragfähig ist und daher die allgemeinen Ausführungen des BGH einer Ergänzung bedürfen.*

### I. Einleitung

Eine Grunddienstbarkeit gem. § 1018 BGB oder ein anderes subjektiv-dingliches Recht i.S.v. § 96 BGB wird für

den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks bestellt. Damit bestehen diese Rechte im Grundsatz ewig, da es dauerhaft einen Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes gibt, der Berechtigte also nicht „wegfällt“. Die

Grunddienstbarkeit kann aber auch zugunsten des jeweiligen Berechtigten eines Erbbaurechts eingetragen werden (§ 11 ErbbauRG). Erbbaurechte sind in der Praxis regelmäßig zeitlich beschränkt und können durch Zeitablauf oder Aufhebung erlöschen. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Grunddienstbarkeit mit dem Wegfall des Erbbaurechts erlischt oder nunmehr der Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Erbbaurecht lastete, berechtigt ist. Die Frage, welche Folge das Erlöschen eines herrschenden Erbbaurechts für die Grunddienstbarkeiten hat, sei an zwei Beispielen verdeutlicht:

**Beispiel 1 (Wegerechtsfall wie in der BGH-Entscheidung):**

*E ist Berechtigter eines Erbbaurechts und zugleich Eigentümer des Erbbaugrundstücks. Zugunsten des jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts und zulasten des Nachbargrundbesitzes ist ein Wegerecht eingetragen. E lässt das Erbbaurecht löschen. Ist damit das Wegerecht entfallen?*

**Beispiel 2 (Überbaufall):**

*E ist Berechtigter eines Erbbaurechts, das mit einem Bürohaus nebst Tiefgarage bebaut ist. Im Einvernehmen mit dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks und des Nachbargrundstücks erweitert der Erbbauberechtigte E die Tiefgarage im Wege des Unterbaus dergestalt, dass die Tiefgarage in das Grundstück des Nachbarn hineinragt. Dies wird durch eine Grunddienstbarkeit (Unterbaurecht) zulasten des Nachbargrundstücks und zugunsten des Erbbaurechts abgesichert. Besteht das Unterbaurecht fort, wenn das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlischt?*

**II. Urteil des BGH v. 17.2.2012 – V ZR 102/11, ZNotP 2012, 177 (in diesem Heft)**

Der BGH hat entschieden: Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts werden für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Grunddienstbarkeiten mit dem Inhalt von Wege- und Leitungsrechten Bestandteile des Erbbaugrundstücks. Wege- und Leitungsrechte erlöschen demnach nicht mit dem Ende des Erbbaurechts, Berechtigter der Grunddienstbarkeit ist dann vielmehr der jeweilige Eigentümer des Erbbaugrundstücks. Der BGH stützt sich dabei auf § 12 Abs. 3 ErbbauRG, wonach Bestandteile des Erbbaurechts auch Bestandteile des Grundstücks würden.

Zur Begründung dieser Auffassung führt der BGH neben einem Verweis auf den Wortlaut des § 12 Abs. 3 ErbbauRG aus, der Übergang des Eigentums am Bauwerk und die dem Eigentümer nach § 27 ErbbauRG auferlegte Schadenspflicht zielten darauf, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk auch in den letzten Jahren der Laufzeit ordnungsgemäß unterhalte. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn wegen des Erlöschens des Erbbaurechts mit dem Erbbaurecht verbundene Wege- und Leitungsrechte nicht mehr unverändert genutzt werden könnten.

Zugleich stellt der BGH durch nicht tragende Erwägungen klar: Vorstehendes werde einer „Ergänzung“ bedürfen, wenn nicht nur ein Wegerecht zugunsten des Erbbaurechts bestünde, sondern gleiche oder ähnliche Rechte zulasten des Erbbaurechts (im Folgenden als Fall der „wechselseitigen Rechte“ bezeichnet). Der BGH denkt etwa an den Fall der wechselseitigen Wegerechte von Nachbargrundstücken oder der Absicherung der Unterhaltungspflicht hinsichtlich eines Wegerechts zugunsten des Erbbaurechts durch eine Reallast zulasten des Erbbaurechts. Hier könne nicht die Begünstigung des Erbbaurechts einseitig fortbestehen, die Belastung des Erbbaurechts dagegen mit dem Erbbaurecht wegfallen. Deshalb müsse auch die Belastung des Erbbaurechts zum Nachteil des Grundstückseigentümers fortwirken, wobei der BGH die konkrete Ausgestaltung offenlässt: Entweder gingen auch die Belastungen kraft Gesetzes auf das Erbbaugrundstück über oder aber es bestehe ein schuldrechtlicher Anspruch des Nachbarn auf Neubestellung gleichartiger Ansprüche an dem Erbbaugrundstück.

Schließlich deutet der BGH an, dass bei anderen subjektivdinglichen Rechten nach § 96 BGB als Wege- und Leitungsrechten anzunehmen sein könnte, dass diese mit dem Erbbaurecht untergingen, weil sie nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen.

**III. Würdigung des Urteils des BGH v. 17.2.2012 – V ZR 102/11, ZNotP 2012, 177 (in diesem Heft)**

**1. Nicht tragfähige Ausführungen des BGH zu den wechselseitigen Dienstbarkeiten**

Der vom BGH in seiner Entscheidung als obiter dictum behandelte Fall der wechselseitigen Dienstbarkeiten ist lehrreich. Die vom BGH für diesen Fall präsentierten Lösungsmöglichkeiten sind bei näherer Betrachtung fernliegend; sie zeigen, dass die Ausführungen des BGH nicht vollständig tragfähig sind.

**Beispiel 3 (Wechselseitige Dienstbarkeiten):**

*B ist Berechtigter eines Erbbaurechts, das sich gem. § 1 Abs. 2 ErbbauRG auf das gesamte Grundstück erstreckt. Eigentümer des Erbbaugrundstücks ist E. N ist Eigentümer des Nachbargrundstücks, das nicht mit einem Erbbaurecht belastet ist. Der Erbbauberechtigte B und der Eigentümer des Nachbargrundstücks N bestellen sich wechselseitige Wegerechte als Grunddienstbarkeiten (zulasten des Erbbaurechts und zulasten des Nachbargrundstücks).*

Der BGH legt für diesen Fall als selbstverständlich zugrunde, dass auch hier bei Beendigung des Erbbaurechts das Wegerecht zulasten des Nachbargrundstücks dem E als Eigentümer des Erbbaugrundstücks zustehe. Hierauf aufbauend meint der BGH, es müsse eine „Bevorzugung“ des E vermieden werden, die darin bestehe, dass E Berechtigter der Dienstbarkeit am Nachbargrundstück werde, aber N durch den Untergang des Erbbaurechts nicht mehr zum Nachteil des Grundstücks des E berechtigt sei. Die „Ergänzung“ stellt

sich der BGH wie ausgeführt so vor, dass entweder das Wegerecht zugunsten des N aufgrund gesetzlichen Übergangs auch auf dem Erbbaugrundstück laste oder N jedenfalls einen entsprechenden schuldrechtlichen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer E habe.

Nach dem obiter dictum des BGH führt also der Umstand, dass Erbbauberechtigter und Nachbareigentümer – ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers! – sich wechselseitig Wegerechte bestellt haben, dazu, dass der Eigentümer des Erbbaugrundstücks bei Beendigung des Erbbaurechts einer Belastung seines Grundstückseigentums ausgesetzt ist (wobei der BGH lediglich offenlässt, ob diese Belastungen auf einem gesetzlichen Übergang der Belastungen des Erbbaurechts beruht oder einem entsprechenden schuldrechtlichen Anspruch des Nachbareigentümers).

Mit anderen Worten: Erbbauberechtigter und Nachbareigentümer können einen Vertrag zulasten Dritter, nämlich zulasten des Grundstückseigentümers, schließen. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Vertrag für den Grundstückseigentümer auch wirtschaftlich verheerende Auswirkungen haben kann. Im Beispiel ist etwa vorstellbar, dass der Grundstückseigentümer nach Beendigung des Erbbaurechts das Gebäude abreißen und ein neues mit größeren Grundmaßen errichten will; dem kann aber entgegenstehen, wenn sich der Grundstückseigentümer einem Wegerecht zugunsten des Nachbargrundstücks ausgesetzt sieht, das der Errichtung des neuen Gebäudes entgegensteht.

Es ist indes nicht nur ein allgemeiner Grundsatz, dass ein Vertrag zulasten Dritter nicht möglich ist. Vielmehr zeigt auch die Systematik des Erbbaurechtsgesetzes, dass sich ein Wegerecht zulasten des Erbbaurechts bei Beendigung des Erbbaurechts nicht zulasten des Grundstückseigentümers auswirken kann. Der Gesetzgeber hat nämlich für den Fall des Heimfalls in § 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ErbbauRG geregelt, dass beim Heimfall Grundpfandrechte und Reallasten bestehen bleiben und der Grundstückseigentümer die persönlichen Verpflichtungen übernimmt. Weiter heißt es in § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG: „Andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte erlöschen.“ Ein Wegerecht zulasten eines Erbbaurechts erlischt also mit dinglichem Vollzug des Heimfalls (obwohl das Erbbaurecht beim Heimfall bestehen bleibt); es erscheint fernliegend, demgegenüber einen – jedenfalls wirtschaftlichen – Fortbestand des Wegerechts bei Erlöschen des Erbbaurechts anzunehmen.

Ergänzend ist zu bemerken: Die Übernahme von Grundpfandrechten im Fall des Heimfalls nach § 33 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG steht in einem wohl austarierten Gleichgewicht mit den weiteren Bestimmungen des Erbbaurechtsgesetzes, namentlich §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2 ErbbauRG, wonach als dinglicher Inhalt eines Erbbaurechts geregelt werden kann, dass die Belastung mit Grundpfandrechten der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Schutzzweck dieser Vorschrift ist, den Grundstückseigentümer gegen unerwünschte und übermäßige nach § 33 ErbbauRG beim Heimfall bestehen bleibende Belastungen zu schützen.<sup>1</sup> Da

Dienstbarkeiten im Fall des Heimfalls erlöschen und daher der Schutzzweck nicht greift, kann die Belastung eines Erbbaurechts mit Dienstbarkeiten nicht mit dinglicher Wirkung von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängig gemacht werden.<sup>2</sup> Diese gesetzliche Systematik würde auf den Kopf gestellt, wenn im Fall von wechselseitigen Grunddienstbarkeiten zwischen Erbbaurecht und Nachbargrundstück die Belastungen des Erbbaurechts bei Beendigung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer übergängen, obwohl der Grundstückseigentümer an der Belastung des Erbbaurechts nicht mitgewirkt hat und diese nicht einmal verhindern konnte.

Damit ist festzuhalten: Belastungen des Erbbaurechts mit Dienstbarkeiten können, auch bei wechselseitigen Dienstbarkeiten, nicht zum Nachteil des Grundstückseigentümers bei Beendigung des Erbbaurechts wirken.

Andererseits ist die Wertung des BGH durchaus zutreffend, dass es eine nicht berechnete Bevorzugung der Interessen des Grundstückseigentümers wäre, wenn bei wechselseitigen Dienstbarkeiten die Begünstigung des Erbbaurechts mit dessen Ende bestehen bliebe und die Belastung unterginge. Worin also liegt die Unstimmigkeit in den Ausführungen des BGH zu den wechselseitigen Dienstbarkeiten?

## 2. Auslegung der Eintragungsbewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks als entscheidender Anknüpfungspunkt

An der Entscheidung des BGH überrascht, dass der BGH die Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstücks, zu dessen Nachteil die ihn belastende Grunddienstbarkeit auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergehen soll, nicht erwähnt. Dabei beruht die Grunddienstbarkeit, die zugunsten des Erbbaurechts eingetragen wird und bei Beendigung des Erbbaurechts ggf. auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergehen soll, auf der Eintragungsbewilligung des Eigentümers des dienenden Grundbesitzes. Die Auslegung dieser Eintragungsbewilligung bietet den entscheidenden Anknüpfungspunkt, um zu einer sachgerechten Lösung zu kommen.

Unzweifelhaft ist, auch wenn man die grundsätzliche Möglichkeit des Übergangs von subjektiv-dinglichen Rechten zugunsten des Erbbaurechts bei Beendigung des Erbbaurechts bejaht, dass dies jedenfalls durch ausdrückliche Vereinbarung abweichend geregelt werden kann: Ein subjektiv-dingliches Recht zugunsten eines Erbbaurechts kann dergestalt befristet werden, dass dieses mit dem Ende des Erbbaurechts erlischt.

<sup>1</sup> V. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rn. 4.220; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 3.

<sup>2</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1778; v. Oefele/Winkler (Fn. 1), Rn. 4.225.

Für die Beteiligten bestand indes vor der Entscheidung des BGH wenig Anlass, eine Befristung von Grunddienstbarkeiten auf die Dauer des begünstigten Erbbaurechts zu vereinbaren. Denn nichts anderes galt bislang nach der ganz h.A. ohnehin kraft Gesetzes: Die zuvor einzige veröffentlichte Entscheidung in der Rechtsprechung, die Entscheidung des LG Verden v. 4.4.1963,<sup>3</sup> verneinte mit ausführlicher Begründung einen Übergang von subjektiv-dinglichen Rechten und ebenso haben es sowohl vor wie auch nach dieser Entscheidung die ganz überwiegende Zahl der Literaturstimmen gesehen.<sup>4</sup> Dies wurde lange Zeit lediglich durch *von Oefele*<sup>5</sup> abweichend gesehen. Seit 2002 haben auch *Maaß*<sup>6</sup> und ihm folgend einzelne weitere Stimmen<sup>7</sup> die Gegenauffassung begründet; die Gegenauffassung ist aber weiterhin eine klare Mindermeinung geblieben.

Aufgrund dieser Sachlage ist stets im Wege der (ggf. ergänzenden) Auslegung der Eintragungsbewilligung festzustellen, ob das zugunsten des Erbbaurechts bestellte subjektiv-dingliche Recht bei Beendigung des Erbbaurechts übergehen kann oder ob dies – ggf. stillschweigend – ausgeschlossen ist.

Zieht man nun den Fall der wechselseitigen Dienstbarkeiten in Betracht, so ergibt sich Folgendes: Wer wie im Beispiel der Nachbareigentümer N zugunsten eines Erbbaurechts ein Wegerecht bestellt, weil er im Gegenzug ein Wegerecht an dem Erbbaurecht erhält, der will ersichtlich seine Belastung nur, solange seine Begünstigung greift. Deshalb ergibt eine ergänzende Auslegung der Wegerechtsbestellung zugunsten des Erbbaurechts, dass diese mit der „Gegenleistung“, also dem Wegerecht zum Nachteil des Erbbaurechts endet. Mit Beendigung des Erbbaurechts sind also beide Wegerechte erledigt. Wer anderes will, muss den Grundstückseigentümer von vornherein in die Verhandlungen mit einbeziehen, denn kraft Gesetzes kann sich das Wegerecht zulasten des Erbbaurechts nicht bei Beendigung des Erbbaurechts zulasten des Grundstückseigentümers auswirken.

Es fragt sich, zu welcher Auslegung man bei einseitig bestellten Dienstbarkeiten wie im Fall 1 gelangt. Wer ein Wege- oder Leitungsrecht zugunsten eines Erbbaurechts bestellt, durch die eine Bebauung ermöglicht wird, wird diese Rechte regelmäßig als dauerhaft ansehen. Er wird nicht die Erwartung hegen, dass bei Beendigung des Erbbaurechts seine Belastung entfällt und daher dann z.B. Fragen des Notwegerechts nach § 917 BGB geklärt werden müssen. Insofern ist es also richtig und sachgerecht, dass man bei Beendigung des Erbbaurechts von einem Übergang der Berechtigung auf den Grundstückseigentümer nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG ausgeht, wenn sich nicht aus den konkreten Umständen des Einzelfalls etwas anderes ergibt. Die Entscheidung des BGH in dem konkreten Fall ist also – anders als das obiter dictum zu den wechselseitigen Dienstbarkeiten – überzeugend.

Zu klären bleibt: Ist § 12 Abs. 3 ErbbauRG auch auf andere mit dem Erbbaurecht verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB als Wege- und Leitungsrechte an-

zuwenden, also auf andere Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen? Der BGH neigt dazu, dies zu verneinen; dem „Zweck dieser Rechte“ könne es eher entsprechen, wenn diese untergingen. Auf der Grundlage der sonstigen Ausführungen des BGH erscheint dies merkwürdig: Wenn – wie vom BGH vertreten – § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf Wege- und Leitungsrechte unabhängig von der Auslegung der konkreten Eintragungsbewilligung anwendbar sein soll und zur Begründung der Wortlaut des § 96 BGB i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbbauRG herangezogen wird, dann ist nicht verständlich, wieso die Rechtsfolgen nur für einen Teil der Rechte des § 96 BGB gelten sollen. Allein der Hinweis darauf, dass dem Erbbaurechtsgesetz das Ziel zugrunde liege, dass das Bauwerk auch in den letzten Jahren ordnungsgemäß unterhalten werde, kann die Differenzierung des BGH ersichtlich nicht rechtfertigen.

Auf der Basis der hier vertretenen Auffassung, wonach es entscheidend auf die Auslegung der Eintragungsbewilligung des subjektiv-dinglichen Rechts zugunsten des Erbbaurechts ankommt, lassen sich die im Ergebnis überzeugenden Ausführungen des BGH unschwer begründen. Wird etwa ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Berechtigten eines Erbbaurechts bestellt, so wird die Auslegung regelmäßig ergeben, dass dieses nur für die Dauer des Erbbaurechts bestehen soll, weil das dingliche Vorkaufsrecht mit dem Bauwerk, das bei Beendigung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer übergeht, in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht. Dies bedeutet aber auch: Wenn dies gewollt ist und man dies ausdrücklich so regelt, kann auch ein dingliches Vorkaufsrecht nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG überleitbar ausgestaltet werden (z.B. weil der Zugriff auf das Nachbargrundstück im Fall des Verkaufs bei Beendigung des Erbbaurechts auch für den Grundstückseigentümer gesichert sein soll).

Ein praktisch bedeutsamer Sonderfall, nämlich der des Über- oder Unterbaurechts (s. Beispiel 2 in der Einleitung), ist in der Entscheidung des BGH schließlich nicht angesprochen. Der Fall ist nach dem Vorstehenden ohne Probleme zu lösen: Räumt der Eigentümer des Nachbargrundbesitzes dem Erbbauberechtigten das Recht zur Über- oder Unterbauung ein, so ist ersichtlich, dass diese Belastung dauerhaft, d.h. auch nach Beendigung des Erbbaurechts gewollt ist. Damit geht in diesem Fall mit Beendigung des Erbbaurechts das Eigentum an dem Über- oder Unterbau auf den

3 LG Verden, Urt. v. 4.4.1963 – 4 S 5/63, Nds.Rpfl. 1964, 249 f.

4 *Schöner/Stöber* (Fn. 2), Rn. 1871; *Erman/Grzowatz*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauRG Rn. 5; *Ingenstau/Hustedt*, Erbbaurecht, 9. Aufl., § 12 Rn. 33; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 12 ErbbauRG Rn. 6; *Palandt/Bassenge* (Fn. 1), § 12 Rn. 5; *RGRK-BGB/Räffle*, 12. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 23; *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 4; *Staudinger/Rapp*, BGB, 2009, § 12 ErbbauRG Rn. 25; zur älteren Literatur wird auf die Nachweise in der BGH-Entscheidung verwiesen.

5 S. aus den heutigen Auflagen: v. *Oefele/Winkler* (Fn. 1), Rn. 5.256; *Münch-Komm-BGB/v. Oefele*, 5. Aufl., § 12 ErbbauRG Rn. 10.

6 *Maaß*, NotBZ 2002, 389 ff.; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 7.

7 Etwa *Böttcher*, Rpfleger 2004, 21, 23.

Grundstückseigentümer über, der auch den Wert des Über- oder Unterbaus, der mit seiner Zustimmung errichtet wurde, zu entschädigen hat.

#### IV. Ergebnis

Der BGH hat zu Recht angenommen, dass zugunsten eines Erbbaurechts bestellte subjektiv-dingliche Rechte bei Beendigung des Erbbaurechts im Grundsatz gem. § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf den Grundstückseigentümer übergehen können.

Entgegen einem obiter dictum des BGH kann aber bei wechselseitig bestellten Grunddienstbarkeiten, z.B. bei wechselseitig bestellten Wegerechten, kein schuldrechtlicher oder dinglicher Übergang der Belastung des Erbbaurechts zum Nachteil des Grundstückseigentümers, der an dieser Belas-

tung nicht mitgewirkt hat, stattfinden. Vielmehr ergibt hier eine ergänzende Auslegung, dass die Begünstigung des Erbbaurechts auf die Dauer des Erbbaurechts befristet ist und deshalb mit dem Erbbaurecht ebenso, wie dessen Belastung erlischt.

Auch i.Ü. ist es nicht eine Frage des Rechtsinhalts, sondern der Auslegung, ob subjektiv-dingliche Rechte bei Beendigung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer übergehen. Bei einseitig bestellten Wege- und Leitungsrechten ist – ebenso wie im vom BGH nicht behandelten Fall eines Über- oder Unterbaurechts – regelmäßig anzunehmen, dass diese auch nach Beendigung des Erbbaurechts fortbestehen sollen. Dagegen liegt bei anderen nicht bauwerksbezogenen Rechten, namentlich Vorkaufsrechten oder Reallasten, nahe, dass diese nicht über das Erbbaurecht hinaus fortbestehen sollen. Auch insoweit kann aber etwas anderes vereinbart werden.

## Steuerrecht

### Schenkungsteuer bei Sach- und Nutzungseinlagen in Kapitalgesellschaften

#### § 7 Abs. 8 des Erbschaftsteuergesetzes<sup>1</sup>

von Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg/Aachen

*Durch Art. 11 Nr. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften<sup>2</sup> v. 7.12.2011 ist in das Schenkungsteuerrecht ein weiterer Besteuerungstatbestand eingefügt worden. Die in § 7 ErbStG definierten Schenkungen unter Lebenden sind durch die Anfügung des neuen Abs. 8 erweitert worden.*

*Einmal mehr ist hier die Gesetzesänderung die Reaktion auf eine der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung des BFH zu Sach- und Nutzungseinlagen in Kapitalgesellschaften. Die dadurch entstandene „Besteuerungslücke“, die auch bereits als Gestaltungsmöglichkeit zur Schenkungsteuerersparnis propagiert worden ist, wird wieder geschlossen.*

*Die obersten Finanzbehörden der Bundesländer haben danach durch gleichlautende Erlasse v. 14.3.2012<sup>3</sup> die Verwaltungsauffassung zu den Schenkungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften neu erläutert.*

*Die Neuregelung gilt für Sach- und Nutzungseinlagen, die nach dem 13.12.2011 einer Kapitalgesellschaft zugeführt werden.<sup>4</sup>*

#### I. Einleitung

Führt der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft seiner Gesellschaft im Wege einer – offenen oder verdeckten – Sach- oder Nutzungseinlage einen Vermögenswert zu, dann steigt infolge dieses Vermögenszugangs nicht allein der gemeine Wert seines Geschäftsanteils an, sondern der gemeine Wert sämtlicher Beteiligungsrechte erhöht sich gleichmäßig. Diese Werterhöhung der Gesellschaftsanteile der anderen Gesellschafter betrachtete die Finanzverwaltung als eine freigebige Zuwendung unter Lebenden i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an diese, die zur Abkürzung des Leistungsweges direkt an die Gesellschaft erbracht wurde.<sup>5</sup>

Der BFH negierte diese Rechtsauffassung.<sup>6</sup> Für die Frage, wer an einer freigebigen Zuwendung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG beteiligt ist, stellte er ausschließlich auf die Zivil-

rechtslage ab und nicht darauf, bei wem wirtschaftlich letztlich eine Mehrung an Vermögen zu verzeichnen ist. Eine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an die anderen Gesellschafter liegt danach in einem solchen Fall nicht vor, weil es wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der Kapitalgesellschaft an einer direkten Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern fehlt.

- 1 ErbStG.
- 2 Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BeitrRLUmsG), BGBl. I 2011, S. 2592.
- 3 Z.B. FinMin NRW v. 14.3.2012 – S 3806 – 16 – V A 6.
- 4 § 37 Abs. 7 ErbStG i.d.F. des Art. 11 Nr. 8 BeitrRLUmsG.
- 5 Vgl. R 18 ErbStR 2003 und H 18 ErbStH 2003.
- 6 Urt. v. 7.11.2007 – II R 28/06, BStBl. II 2008, S. 258, ZNotP 2008, 499, und v. 9.1.2009 – II R 28/08, BStBl. II 2010, S. 566 = JurionRS 2005, 34028.

Die Finanzverwaltung folgte dieser Rechtsprechung durch die Anweisung, R 18 ErbStR 2003 nicht mehr anzuwenden, und durch die Neufassung von H 18 ErbStR 2003.<sup>7</sup>

Die durch disquotale Einlage von Vermögen in eine Kapitalgesellschaft anfallende Erhöhung des gemeinen Werts der Beteiligungsrechte war folglich kein schenkungsteuerlich relevanter Sachverhalt mehr. Nur wenn in zeitlichem Zusammenhang mit einer solchen Einlage eine – offene oder verdeckte – Gewinnausschüttung erfolgt, galt der an die anderen Gesellschafter ausgeschüttete Betrag als Zuwendung des Einlegenden an die Ausschüttungsbegünstigten im Sinne einer Weiterleitung des eingelegten Vermögens.<sup>8</sup>

## II. Überblick

Die Legislative hat die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entstandenen Grundsätze zur Behandlung von Schenkungen in Zusammenhang mit Beteiligungen an Kapitalgesellschaften aufgegriffen und sie „in Richtung auf eine gleichheitsgerechte Besteuerung von Schenkungen“ fortentwickelt.<sup>9</sup>

Dazu bestimmt nunmehr der dem § 7 ErbStG neu angefügte Abs. 8:

*(8) Als Schenkung gilt auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. Freigebig sind auch Zuwendungen zwischen Kapitalgesellschaften, soweit sie in der Absicht getätigt werden, Gesellschafter zu bereichern und soweit an diesen Gesellschaften nicht unmittelbar oder mittelbar dieselben Gesellschafter zu gleichen Anteilen beteiligt sind. Die Sätze 1 und 2 gelten außer für Kapitalgesellschaften auch für Genossenschaften.*

In Satz 1 werden überproportionale Einlagen des Schenkers einer Direktzuwendung des Schenkers gleichgestellt.

Satz 2 definiert die Ausnahmefälle, in denen Vermögensverschiebungen zwischen Kapitalgesellschaften als freigebige Zuwendungen zu behandeln sind.

Weil bei Genossenschaften entsprechende Wertverschiebungen durch Einlagen möglich sind, bestimmt Satz 3 hier eine entsprechende Anwendung der Regelungen.

## III. Leistungen an eine Kapitalgesellschaft

Für Zuwendungen an eine Kapitalgesellschaft unterstellt § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG für die Schenkungsteuer eine Schenkung zwischen dem an eine Kapitalgesellschaft Leistenden und der natürlichen Person oder Stiftung, deren Anteile an der Gesellschaft durch die Leistung im gemeinen Wert steigen.

Dem Tatbestand unterfallen danach alle Zuwendungen eines Leistenden an eine Kapitalgesellschaft, die eine Erhöhung des gemeinen Werts aller Anteile zur Folge haben.

### 1. Leistender

Der Zuwendende kann eine natürliche Person oder auch eine juristische Person, z.B. eine Kapitalgesellschaft sein.<sup>10</sup> Zuwendungen einer Personengesellschaft sind schenkungsteuerrechtlich den Gesellschaftern zuzurechnen.<sup>11</sup>

Nicht erforderlich ist, dass der Leistende unmittelbar oder mittelbar Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist, der er einen Vermögenswert zuführt. Auch Leistungen eines gesellschaftsfremden Zuwendenden unterfallen § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, wenn durch sie die Gesellschafter begünstigt werden sollen.

Zielt die Leistung eines Gesellschaftsfremden jedoch auf eine unmittelbare Bereicherung der Kapitalgesellschaft ab, liegt stattdessen eine freigebige Zuwendung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an die Kapitalgesellschaft vor.<sup>12</sup>

### 2. Bedachte

Zuwendungsempfänger sind ausschließlich nur natürliche Personen und Stiftungen als die letztendlich begünstigten Gesellschafter.

### 3. Leistungen

Die durch § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG erfassten Leistungen sind im Ergebnis die – offenen oder verdeckten – Sacheinlagen und die Nutzungseinlagen.<sup>13</sup>

Sacheinlagen sind Zuwendungen von einlagefähigen Wirtschaftsgütern an die Kapitalgesellschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 20.10.2010, z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6, BStBl. I 2010, S. 1207.

<sup>8</sup> BFH v. 19.6.1996 – II R 83/92, BStBl. II 1996, S. 616 = JurionRS 1996, 11259; Nr. 1.1 Abs. 2 der gleichlautenden Ländererlasse v. 20.10.2010 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6), BStBl. I 2010, S. 1207.

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/7524 v. 26.10.2011 (Bericht des Finanzausschusses [7. Ausschuss]), S. 20.

<sup>10</sup> Nr. 3.2 Abs. 2 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>11</sup> BFH v. 15.7.1998 – II R 82/96, BStBl. II 1998, S. 630 = JurionRS, 1998, 11774: Bei einem schenkweisen Erwerb von einer Gesamthandsgemeinschaft ist – unabhängig von der Frage, ob zivilrechtlich ggf. die Gesamthand als Zuwendende anzusehen ist –, schenkungsteuerrechtlich der Bedachte auf Kosten der Gesamthänder bereichert; Zuwendende sind in diesen Fällen die durch die Zuwendung allein vermögensmäßig entreicherten Gesamthänder.

<sup>12</sup> Nr. 3.2 Abs. 3 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>13</sup> Nr. 3.3.1 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

Als Nutzungseinlage wird die Überlassung von Wirtschaftsgütern an die Kapitalgesellschaft zur unentgeltlichen Nutzung in der Gesellschaft bezeichnet.<sup>15</sup>

#### 4. Schenkungswille und Bereicherungsabsicht

Eine freigebige Zuwendung setzt grds. voraus, dass sie unentgeltlich erfolgt und der Empfänger objektiv auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist. Der Zuwendende muss diese Unentgeltlichkeit subjektiv gewollt haben.<sup>16</sup>

Für die Anwendung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG sind Schenkungswille und Bereicherungsabsicht unerheblich.

#### 5. Erhöhung des gemeinen Werts der Gesellschaftsanteile

Nur disquotale Sach- oder Nutzungseinlagen führen zur Anwendung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG. Es ist zwingend erforderlich, dass sich durch die Einlage eines Leistenden die Anteilswerte aller Gesellschafter erhöhen. Nur dann liegt eine steuerbare Zuwendung des Zuwendenden an die übrigen (Mit-)Gesellschafter vor.

Eine Leistung von Gesellschaftern oder Dritten an eine Kapitalgesellschaft führt nicht zu einer steuerbaren Werterhöhung, wenn der Leistung eigene Leistungen der (Mit-)Gesellschafter gegenüberstehen.<sup>17</sup>

Leisten alle Gesellschafter entsprechend ihren Beteiligungsverhältnissen Einlagen, dann beruht die Erhöhung des gemeinen Werts der Gesellschaftsanteile auf die eigenen Leistungen der jeweiligen Gesellschafter und führt deshalb nicht zu einer nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG steuerbaren Leistung.

#### 6. Gesamtbetrachtung

Ob eine Sach- oder Nutzungseinlage zu einem schenkungsteuerbaren Vorgang führt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Dies bedeutet, dass nicht allein auf den Zeitpunkt der Einlage abzustellen ist, sondern ob nach einem „Gesamtplan“ in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang

- die (Mit-)Gesellschafter Leistungen an die Gesellschaft erbringen, die insgesamt zu einer den Beteiligungsverhältnissen entsprechenden Werterhöhung der Anteile aller Gesellschafter führen,<sup>18</sup>

oder

- die Gesellschafter untereinander Leistungen erbringen, durch die Werterhöhung ausgeglichen wird.<sup>19</sup>

#### 7. Gegenleistungen

Leistungen einzelner Gesellschafter führen zu keiner nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG steuerbaren Werterhöhung der Anteile von Mitgesellschaftern, wenn der Zuwendende als Gegenleistung für seine Sach- oder Nutzungseinlage zusätz-

liche Rechte in der Kapitalgesellschaft erhält, wie z.B. eine Verbesserung seines Gewinnanteils, zusätzliche Anteile an der Gesellschaft oder eine von den Geschäftsanteilen abweichende Verteilung des Vermögens bei späterer Liquidation.<sup>20</sup>

#### 8. Leistungen zur Sanierung der Kapitalgesellschaft

Zu den unter § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG fallenden Leistungen gehört grds. auch der bedingungslos ausgesprochene Verzicht eines Gesellschafters auf Forderungen gegen die Kapitalgesellschaft, sofern das Verhältnis der Nominalbeträge der Forderungen, von deren Begleichung abgesehen wird, von den Beteiligungsquoten abweicht.

In einem solchen Fall bestehen jedoch schenkungsteuerrechtlich keine Bedenken gegen einen zur Herstellung der Quotenidentität vorgeschalteten Forderungsverkauf unter den Gesellschaftern, die dann anschließend im zweiten Schritt beteiligungsproportional auf ihre Forderungen gegen die Gesellschaft verzichten.<sup>21</sup>

Weitere Möglichkeiten der Verhinderung des Besteuerungstatbestands bestehen hier natürlich auch in der Gewährung von Gegenleistungen durch

- Verbesserung des Gewinnanteils,
- Gewährung zusätzlicher Anteile oder
- abweichende Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Fall der Liquidation.

Der Forderungsverzicht unter Besserungsvorbehalt führt grds. nicht zu einem schenkungsteuerbaren Vorgang, weil der Gläubiger einer wertlosen Forderung nichts aus seinem Vermögen hergibt, sondern lediglich uneinbringliche Werte gegen Erwerbssaussichten umschichtet. Es mangelt insoweit an einer Vermögensverschiebung von dem Verzichtenden an die (Mit-)Gesellschafter.<sup>22</sup>

#### 9. Bereicherung der Bedachten

Die Bereicherung richtet sich nach der Erhöhung des gemeinen Werts der Anteile, nicht nach der Höhe der Zuwendung des Leistenden. Der Wert der Zuwendung ist nach den allgemeinen Regelungen gem. § 11 Abs. 2 BewG i.V.m.

<sup>14</sup> Vgl. R 40 Abs. 1 KStR.

<sup>15</sup> BFH v. 12.7.1979 – II R 26/78, BStBl. II 1979, S. 631 = JurionRS 1979, 10343 („gewährte Nutzungsmöglichkeit“).

<sup>16</sup> Vgl. im Einzelnen dazu R E 7.1 ErbStR 2011 (v. 19.12.2011, BStBl. I 2011, Sondernr. 1/2011).

<sup>17</sup> Nr. 3.3.2 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>18</sup> Nr. 3.3.3 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>19</sup> Nr. 3.3.4 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>20</sup> Nr. 3.3.5 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>21</sup> Nr. 3.3.6 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

<sup>22</sup> Nr. 3.3.7 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

§§ 199 ff. BewG zu ermitteln. Die Erhöhung des gemeinen Werts der Anteile kann dabei auch durch eine Verbesserung der Ertragsaussichten bewirkt werden, die durch die Leistung des Zuwendenden verursacht ist.<sup>23</sup>

Weil die Werterhöhung der Anteile durch die Leistung kausal veranlasst sein muss, darf sie daher nicht höher sein als der gemeine Wert der bewirkten Leistung des Zuwendenden.<sup>24</sup>

Maßgeblich sind hier die Verhältnisse in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung bewirkt wird. Sind die Gesellschafter bei wechselseitigen Zuwendungen an die Gesellschaft in nachvollziehbarer Weise und unter fremdüblichen Bedingungen übereinstimmend von insgesamt ausgewogenen Leistungen ausgegangen, liegt eine Steuerbarkeit nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG grds. auch dann nicht vor, wenn sich dies durch später gewonnene bessere Erkenntnisse als falsch erweist, weil die Werte dann im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zustande gekommen sind. Die Ausgewogenheit der Gesellschafterbeiträge wird aber im Allgemeinen bei einer Wertdifferenz von mindestens 20 % nicht mehr zu belegen sein. Bei dieser Differenz ist von einem offensichtlichen Missverhältnis auszugehen.<sup>25</sup>

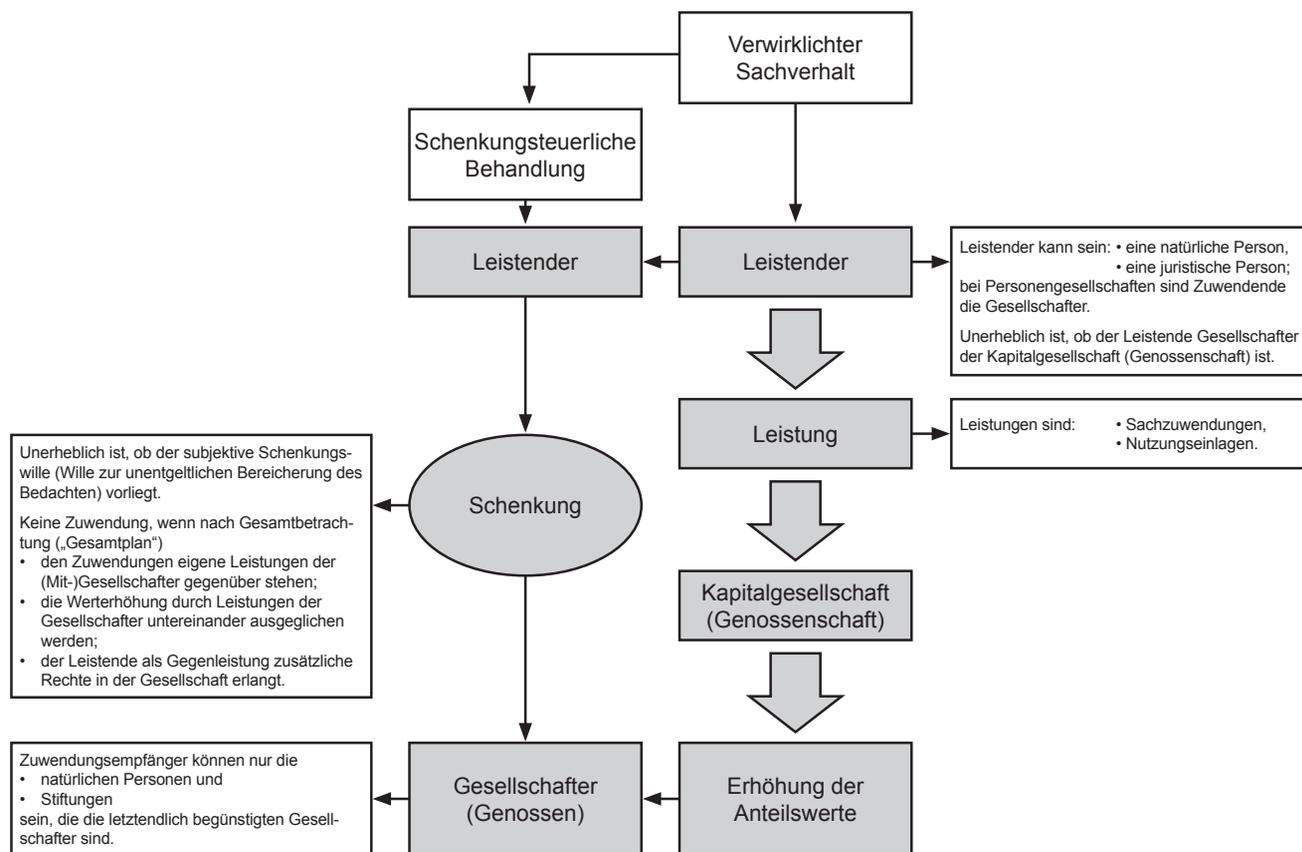
Bei Leistungen an eine Kapitalgesellschaft, an der der Bedachte nur mittelbar über eine andere Kapitalgesellschaft beteiligt ist, kommt es auf die Werterhöhung der Anteile an der unmittelbar begünstigten Kapitalgesellschaft an und nicht auf die Werterhöhung der Anteile an der vermittelnden Kapitalgesellschaft.<sup>26</sup>

Zur Ermittlung des Bereicherungswerts wird der gemeine Wert der Anteile nicht nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BewG gesondert festgestellt. Im Wege der Amtshilfe wird das Betriebsfinanzamt der Kapitalgesellschaft den gemeinen Wert ermitteln und dem für die Schenkungsteuer zuständigen Finanzamt mitteilen.<sup>27</sup>

### 10. Steuerbefreiung

Nach §§ 13a, 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG ist die Schenkung von Anteilen an Kapitalgesellschaften steuerbefreit. Die Werterhöhung solcher Anteile aufgrund von Sach- und Nutzungseinlagen i.S.d. § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG ist aber nicht Gegenstand dieser Steuerbefreiung. Somit ist die Steuerbefreiung nach § 13a ErbStG hier nicht zu gewähren.<sup>28</sup>

### 11. Schaubild



23 Nr. 3.4.1 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).  
 24 Nr. 3.4.2 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6) (mit Erläuterung durch Beispiel).  
 25 Nr. 3.4.3 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).  
 26 Nr. 3.4.4 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).  
 27 Nr. 3.4.5 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).  
 28 Nr. 3.5 des gemeinsamen Ländererlasses v. 14.3.2012 (z.B. FinMin NRW – S 3806 – 16 – V A 6).

#### IV. Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften

Die rein zivilrechtliche Betrachtungsweise bei der Definition der freigebigen Zuwendung durch die höchststrichterliche Rechtsprechung hätte dazu geführt, dass auch verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern schenkungsteuerbare Vorgänge gewesen wären. Dem wirkt § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG entgegen, der klarstellt, dass solche Vermögensverschiebungen zwischen Kapitalgesellschaften nur in den dort definierten Ausnahmefällen als Schenkungen behandelt werden dürfen.

Danach ist § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG bei Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften nur anwendbar, wenn

- die Leistungen in der Absicht getätigt werden, Gesellschafter zu bereichern,

und

- an den Gesellschaften nicht unmittelbar oder mittelbar dieselben natürlichen Personen oder Stiftungen als Gesellschafter zu gleichen Anteilen beteiligt sind.

Die Anwendung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG setzt also für Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften den allgemeinen Grundsätzen entsprechend Schenkungswille und Bereicherungsabsicht in Bezug auf die letztendlich als Gesellschafter begünstigten natürlichen Personen oder Stiftungen voraus.

#### V. Anwendung bei Genossenschaften

Weil Einlagen auch zwischen den Genossenschaftsmitgliedern und den Genossenschaften möglich sind, bestimmt § 7 Abs. 8 Satz 3 ErbStG die analoge Anwendung der für die Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze auch für die Genossenschaften.

Vereine<sup>29</sup> und Personengesellschaften<sup>30</sup> unterfallen nie dem § 7 Abs. 8 ErbStG.

<sup>29</sup> Zu Vereinen vgl. BFH v. 15.3.2007, BStBl. II 2007, S. 472 = JurionRS 2007, 13250 und v. 6.7.2007, BStBl. II 2008, S. 46 = JurionRS 2007, 40133.

<sup>30</sup> Zu Personengesellschaften vgl. insbesondere BFH v. 15.7.1998 – II R 82/96, BStBl. II 1998, S. 630 = JurionRS 1998, 11774 (s. auch Fn. 10).

## ZNotP-Fragezeichen

1. V verkauft ein vermietetes Einfamilienhaus an K. Im Kaufvertrag heißt es, dass K das Mietverhältnis übernimmt und Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr mit dem Eingang des Kaufpreises auf den Käufer übergehen.

Hierin liegt zugleich eine Abtretung der Mietzinsansprüche für den Zeitraum ab Zahlung des Kaufpreises.

- Trifft zu.
- Trifft nicht zu.

2. Im Grundbuch ist für eine GbR eine beschränkte, persönliche Dienstbarkeit eingetragen, die die GbR in die Lage versetzt, Abwasser über das belastete Grundstück zu leiten.

- Die Dienstbarkeit ist übertragbar.
- Die Dienstbarkeit ist nicht übertragbar.

## ZNotP-Rechtsprechungsreport

### Vertragsrecht

#### Anforderungen an arglistiges Verschweigen

BGB § 444

**Leitsatz (amtlich):**

**Das Unterlassen eines Hinweises des Verkäufers, dass er sich über die Ursache der sichtbaren Symptome eines Mangels (Feuchtigkeitsflecken) nicht sicher sei, stellt kein arglistiges Verschweigen eines Mangels dar.**

BGH, Urt. v. 16. 3. 2012 – V ZR 18/11

[1] Mit notariellem Vertrag v. 3.4.2004 verkaufte die Beklagte ein mit einem 1936 errichteten Wohnhaus bebautes Grundstück in Berlin-Köpenick für 575.000 € an die Klägerin und deren Ehemann. Der Vertrag enthält einen Ausschluss für die Haftung wegen eines Sachmangels des Grundstücks und des Gebäudes mit Ausnahme vorsätzlich zu vertretender oder arglistig verschwiegener Mängel.

[2] Nach dem Kauf stellte sich heraus, dass die Abdichtung des Bauwerks mangelhaft ist, weshalb Feuchtigkeit eindringt und in den Kellerwänden aufsteigt. Die Klägerin verlangt aus eigenem und aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes die – in einem Gutachten geschätzten – Kosten für die Herstellung einer vertikalen

len Abdichtung der Kellerwände, die Einbringung einer Horizontalsperre und das Richten der Dachrinne i.H.v. insgesamt 132.000 € zzgl. Zinsen.

[3] Das LG hat die Klage abgewiesen. Das KG hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz wegen der fehlenden bzw. nicht mehr wirksamen Abdichtung gegen aufsteigende Nässe (Horizontalsperre) verlangt hat, und die Berufung i.Ü. zurückgewiesen. Die Beklagte will mit der von dem Senat zugelassenen Revision die Abweisung der Klage insgesamt und die Klägerin mit der Anschlussrevision die Verurteilung der Beklagten gemäß ihrem Klageantrag erreichen.

#### Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht bejaht wegen der fehlenden Horizontalsperre einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 281 Abs. 1, 2 BGB.

[5] Das auf dem verkauften Grundstück befindliche Wohnhaus weist einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB auf, weil nach den gutachterlichen Feststellungen eine Horizontalsperre gegen aufsteigende Feuchtigkeit entweder nicht vorhanden oder eine vorhandene nicht mehr wirksam sei. Dies stelle, obwohl das Kellergeschoss nicht als Wohnraum verkauft worden sei, einen Mangel der Kaufsache dar, weil die Gefahr bestehe, dass die Feuchtigkeit auch in die Wohnräume aufsteige und das gesamte Gebäude schädige.

[6] Die Beklagte könne sich nach § 444 BGB auf den vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht berufen, weil sie den Mangel arglistig verschwiegen habe. Es könne dahinstehen, ob sie selbst von den Feuchtigkeitsschäden gewusst habe. Sie müsse sich jedenfalls die Erklärungen bzw. Nichterklärungen ihres Ehemannes zurechnen lassen, den sie als ihren Verhandlungshelfen eingeschaltet habe. Dieser habe deshalb arglistig gehandelt, weil er die Käufer bei den Vertragsverhandlungen nicht hinreichend darüber in Kenntnis gesetzt habe, dass die Ursache der bei der Besichtigung festgestellten feuchten Flecken unklar gewesen sei. Dass er selbst unsicher gewesen sei, zeige sich daran, dass er den Zeugen L, einen Bauingenieur, der für die Bausparkasse das Verkaufsexposé zu erstellen gehabt habe, nach der Ursache der sichtbaren Feuchtigkeitflecken gefragt habe. Er habe deshalb gegenüber den Käufern nicht – für sich genommen plausible – Vermutungen zu den Ursachen der Mängel nennen dürfen, sondern deutlich machen müssen, dass deren Ursache nicht bekannt sei und nähere Untersuchungen zur Schadensursache nicht angestellt worden seien.

[7] Unbegründet sei der weitergehende Schadensersatzanspruch wegen der Kosten für die Herstellung einer vertikalen Abdichtung der Kellerwände, da die Verkäufer kein zu Wohnzwecken geeignetes Kellergeschoss geschuldet hätten. Auch nach dem Exposé, in dem das große Zimmer im Keller als zur Nutzung als Gästezimmer, Büro, Clubraum oder Bibliothek geeignet angegeben worden sei, habe ein Käufer nicht erwarten dürfen, dass der Keller als Wohnraum nutzbar sei. Unbegründet sei die Klage auch wegen der Kosten für das Richten der Dachrinne. Dies sei ein offensichtlicher Mangel, auf den die Verkäufer nicht gesondert hätten hinweisen müssen, weshalb ein arglistiges Verschweigen nicht in Betracht komme.

[8] II. Die Revision der Beklagten ist insgesamt, die Anschlussrevision der Klägerin ist überwiegend begründet.

[9] 1. Das Berufungsurteil ist allerdings nicht wegen Verletzung der Vorschriften der §§ 301, 304 ZPO aufzuheben. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Anschlussrevision nicht durch ein unzulässiges Teil- und Grundurteil entschieden.

[10] a) Auch wenn mit der Klage ein einheitlicher, auf verschiedene Einzelpositionen gestützter Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, kann das Gericht – soweit es die Klage wegen einzelner Positionen für unbegründet erachtet – durch klageabweisendes Teilurteil (§ 301 ZPO) und – soweit es andere Positionen für begründet erachtet, jedoch wegen der Höhe noch weitere Feststellungen erforderlich sind – durch ein Zwischenurteil zum Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO) entscheiden (vgl. BGH, Urt. v. 8.6.1988 – VIII ZR 105/87, WM 1988, 1500, 1501 = *JurionRS* 1988, 13214 und v. 12.7.1989 – VIII ZR 286/88, BGHZ 108, 256, 260 = *JurionRS* 1989, 13308). Voraussetzung für ein solches Urteil ist allein, dass jeweils ein quantitativer, zahlenmäßig oder auf sonstige Weise bestimmter Teil des teilbaren Streitgegenstands dem abschließend beschiedenen Teil des Klageanspruchs und der Zwischenentscheidung über den Grund zugeordnet wird (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1989 – VIII ZR 286/88, BGHZ 108, 256, 260 = *JurionRS* 1989, 13308).

[11] b) Dass die Vertikal- und die Horizontalabdichtung Ursachen eines einheitlichen Feuchtigkeitsschadens sind, steht einer Entscheidung durch Teilabweisung und Grundurteil nicht entgegen. An der für die Zulässigkeit des Urteils notwendigen Abgrenzung zwischen abgewiesenen und zugesprochenen Positionen, die betragsmäßig oder gegenständlich erfolgen kann (*Zöller/Vollkommer*, ZPO, 29. Aufl., § 301 Rn. 4 a.E.), fehlt es hier nicht. Abgewiesen worden ist der Teil der Klage, der mit dem in dem Gutachten auf 70.000 € netto geschätzten Aufwand für die Anbringung einer Vertikalsperre (einschließlich einer Drainage und der damit verbundenen Erdarbeiten) sowie den Kosten für das Ausrichten der Dachrinne (im Gutachten auf 500 € netto geschätzt) begründet worden ist; dem Grunde nach zuerkannt worden ist der – im Gutachten auf 30.000 € netto geschätzte – Aufwand für das Einbringen einer Horizontalsperre. Die Anschlussrevision geht i.Ü. selbst davon aus, dass das Berufungsgericht der Klage lediglich i.H.v. 30.000 € (netto) stattgegeben hat.

[12] 2. Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1, 3 BGB dem Grunde nach zuerkannt.

[13] a) Die Beklagte hat allerdings ihre Verpflichtung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Sache den Käufern frei von Rechts- und Sachmängeln zu verschaffen, teilweise nicht erfüllt. Das verkaufte Hausgrundstück weist einen Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf. Bereits die Feuchtigkeit des Kellers (und nicht erst die Gefahr von Feuchtigkeit in den Wänden der darüber liegenden Wohnräume) stellt einen Mangel des verkauften Gebäudes i.S.d. § 434 BGB dar.

[14] aa) Richtig ist, dass bei Häusern, die zu einer Zeit errichtet wurden, als Kellerabdichtungen noch nicht üblich waren, nicht jede Feuchtigkeit im Keller einen Sachmangel begründet, sondern es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (Senatsurt. v. 7.11.2008 – V ZR 138/07, *JurionRS* 2008, 26580 Rn. 13, und v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205, 208 = *ZNotP*

2009, 234; Krüger, ZNotP 2010, 42, 43). Im Einzelnen ist von Bedeutung, ob das Haus in einem sanierten Zustand verkauft wurde, der Keller Wohnzwecken diene, welcher Zustand bei der Besichtigung erkennbar war und wie stark die Feuchtigkeiterscheinungen sind (Senatsurt. v. 7.11.2008 – V ZR 138/07, *JurionRS* 2008, 26580 Rn. 13; Krüger, ZNotP 2010, 42, 43). Der bei Altbauten übliche Standard ist dann nicht maßgebend, wenn die Parteien eine abweichende Beschaffenheit vereinbart haben (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder wenn diese für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nutzung des Kellers als Aufenthaltsraum) erforderlich ist.

[15] bb) Gemessen daran ist die Feuchtigkeit im Keller, die auf das Fehlen einer dem Ausbauzustand der Kellerräume entsprechenden Isolierung zurückzuführen ist, als ein Sachmangel anzusehen. Die Kellerräume sind weder für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) geeignet noch haben sie die nach den Äußerungen im Exposé von dem Käufer zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB i.V.m. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

[16] (1) Vertraglich vorausgesetzt i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB ist die nicht vereinbarte, aber von beiden Parteien übereinstimmend unterstellte Verwendung der Kaufsache, die von der gewöhnlichen Verwendung (hier von der bei Altbauten üblichen Nutzung der Kellerräume als Lagerraum) abweichen kann (Lemke/D. Schmidt, Immobilienrecht, § 434 BGB Rn. 36; Prütting/Wegen/Weinreich/D. Schmidt, BGB, 6. Aufl., § 434 Rn. 40; NK-BGB/Büdenbender, 2. Aufl., § 434 Rn. 21; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 434 Rn. 20; OLG Düsseldorf, NJW 2006, 2858, 2859 = *JurionRS* 2006, 17055). Zur Sollbeschaffenheit der Kaufsache gehören nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zudem die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder der von ihm beauftragten Gehilfen erwarten darf, wozu auch die Angaben zur Nutzbarkeit eines Gebäudes in einem Exposé gehören (vgl. OLG Hamm, OLGR 2009, 161).

[17] (2) Die Eignung der Kellerräume zur Nutzung als Aufenthaltsräume war danach die von dem Verkäufer geschuldete Beschaffenheit. Die vertraglich vorausgesetzte Verwendung von Kellerräumen ergibt sich – wenn nichts anderes vereinbart ist – aus ihrem Ausbauzustand und ihrer konkreten Nutzung. Ein Käufer kann nämlich grds. davon ausgehen, dass Räume zu der Verwendung geeignet sind, zu der sie hergerichtet sind und auch tatsächlich genutzt werden. Diese Beschaffenheit ergab sich zudem aus der damit übereinstimmenden Angabe im Exposé, nach der das Souterrain „nicht wirklich Keller“ und das 37 m<sup>2</sup> große Zimmer zur Nutzung als Gästezimmer, Büro, Club oder Bibliothek geeignet sein sollte.

[18] Dagegen ist es nicht entscheidend, dass das Exposé sich nicht dazu verhielt, ob die Kellerräume auch nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften Wohnräume darstellten. Es stellte lediglich einen weiteren Sachmangel dar, wenn es an der für eine der Nutzung gemäß dem Ausbauzustand erforderlichen Baugenehmigung fehlen sollte (Senatsurt. v. 20.3.1987 – V ZR 27/86, NJW 1987, 2511, 2512 = *JurionRS* 1987, 13468 und v. 26.4.1991 – V ZR 73/90, BGHZ 114, 260, 262 = *JurionRS* 1991, 14591).

[19] 3. Im Hinblick darauf, dass die Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels ausgeschlossen sind, können sie von der Klägerin gegen die Beklagte gem. § 444 BGB nur dann

geltend gemacht werden, wenn der Mangel von dem Verkäufer arglistig verschwiegen worden ist. Das ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Fall. Allein das Unterlassen eines Hinweises des Verkäufers, dass er sich über die Ursache der sichtbaren Symptome eines Mangels (Feuchtigkeitsflecken) nicht sicher sei, stellt kein arglistiges Verschweigen eines Mangels dar.

[20] a) Noch zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings eine Aufklärungspflicht der Beklagten über den Sachmangel bejaht, obwohl auf diesen hinweisende Merkmale (durch die Feuchtigkeitsflecken an den Kellerwänden) sichtbar waren, von den Käufern bei der Besichtigung wahrgenommen wurden und über die Flecken und deren mögliche Ursachen auch gesprochen wurde.

[21] aa) Bei einem Verkauf eines Gebäudegrundstücks besteht eine Pflicht nur zur Offenbarung verborgener Mängel oder von Umständen, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn es sich um Umstände handelt, die für den Entschluss des Käufers von Bedeutung sind, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind (Senat, Urt. v. 7.6.1978 – V ZR 46/75, WM 1978, 1073, 1074 = *JurionRS* 1978, 12882 und v. 16.6.1989 – V ZR 74/88, Rn. 15). Bei den Mängeln, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind, besteht dagegen keine Offenbarungspflicht. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (Senatsurt. v. 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 34 = *JurionRS* 1996, 14102; v. 20.10.2000 – V ZR 285/99, *ZNotP* 2001, 27 = NJW 2001, 64; v. 12.4.2002 – V ZR 302/00, *JurionRS* 2002, 19018 Rn. 11 und v. 7.2.2003 – V ZR 25/02, *ZNotP* 2003, 185 = NJW-RR 2003, 772, 773 – st. Rspr.).

[22] bb) Nicht ohne Weiteres erkennbar sind indes solche Mängel, von denen bei einer Besichtigung zwar Spuren zu erkennen sind, die aber keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang des Mangels erlauben (vgl. Senatsurt. v. 20.10.2000 – V ZR 285/99, *ZNotP* 2001, 27 = NJW 2001, 64 und v. 12.1.2001 – V ZR 322/99, *JurionRS* 2001, 20311 Rn. 9). In diesen Fällen muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten (vgl. Senatsurt. v. 20.10.2000 – V ZR 285/99, *ZNotP* 2001, 27 = NJW 2001, 64 und v. 12.1.2001 – V ZR 322/99, *JurionRS* 2001, 20311 Rn. 9). Vermag der Verkäufer aufgrund eigener Sachkunde oder aufgrund eines von ihm eingeholten Gutachtens Schlüsse auf den Mangel und seine Ursachen zu ziehen, die sich dem Käufer bei einer Inaugenscheinnahme der Symptome nicht in gleicher Weise aufdrängen, kann der Käufer erwarten, dass ein redlicher Verkäufer ihm diese Schlussfolgerungen mitteilt (Senatsurt. v. 7.2.2003 – V ZR 25/02, *ZNotP* 2003, 185 = NJW-RR 2003, 772, 773).

[23] b) Das Berufungsgericht überspannt jedoch die Anforderungen an die Offenbarungspflicht, wenn es einen Verkäufer für verpflichtet hält, den Käufer auch darüber aufzuklären, dass die Schadensursache unklar und nähere Untersuchungen dazu nicht angestellt worden sind.

[24] aa) Richtig ist zwar, dass das Tatbestandsmerkmal der Arglist in § 444 BGB nicht nur ein Handeln des Verkäufers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch

Verhaltensweisen erfasst, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens und Inkaufnehmens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (vgl. Senatsurt. v. 3.3.1995 – V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550 = *JurionRS 1995, 15121* und v. 22.11.1996 – V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270). Voraussetzung für ein vorsätzliches Verschweigen eines Mangels ist jedoch stets, dass der Verkäufer den konkreten Mangel kennt oder zumindest für möglich hält (vgl. Senat, Urt. v. 7.3.2003 – V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990 = *JurionRS 2003, 23238*).

[25] bb) An den dafür erforderlichen Feststellungen fehlt es.

[26] Das Berufungsgericht hat zugunsten der Beklagten unterstellt, dass der Keller keine feststellbare erhöhte Feuchtigkeit aufgewiesen und dass die Beklagte selbst keine positive Kenntnis von den Feuchtigkeitsschäden gehabt habe. Danach kommt ein arglistiges Verschweigen nur in der Form eines bedingten Vorsatzes der Beklagten infrage. Ein bedingt vorsätzliches Verschweigen des Mangels setzt jedoch voraus, dass die Beklagte oder der für sie handelnde Ehemann nach ihren Kenntnissen und ihrer Erfahrung aus den äußerlichen Merkmalen (Feuchtigkeitsflecken) den Schluss auf das Vorhandensein des Mangels (Kellerfeuchtigkeit) und seine Ursache (schadhafte oder fehlende vertikale und horizontale Abdichtung) zu ziehen vermochten und dies den Käufern nicht offenbart haben. Das ist ebenfalls nicht festgestellt. Das Berufungsgericht geht nicht von Kenntnissen, sondern lediglich von einer Unsicherheit des Ehemannes der Beklagten über die Ursache der Feuchtigkeitsflecken aus.

[27] c) Die Entscheidung ist auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt im Ergebnis richtig, dass ein arglistiges Vorspiegeln bestimmter Eigenschaften oder der Abwesenheit von Mängeln dem arglistigen Verschweigen von Mängeln gleichsteht. Die Beklagte hat nicht vorgespiegelt, der Keller sei trocken.

[28] aa) Der Verkäufer ist zwar verpflichtet, Fragen des Käufers richtig und vollständig zu beantworten (Senatsurt. v. 20.9.1996 – V ZR 173/95, NJW-RR 1997, 144, 155 = *JurionRS 1996, 16061* und v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205, 215 = *ZNotP 2009, 234* Rn. 25). Allein der Umstand, dass Fragen – hier die nach der Ursache der Feuchtigkeitsflecken – falsch beantwortet wurden, begründet jedoch noch nicht den Vorwurf der Arglist. Derjenige, der gutgläubig falsche Angaben macht, handelt nämlich grds. nicht arglistig, mag der gute Glaube auch auf Fahrlässigkeit oder selbst auf Leichtfertigkeit beruhen (BGH, Urt. v. 8.5.1980 – IVa ZR 1/80, NJW 1980, 2460, 2461 = *JurionRS 1980, 12533*; Senatsurt. v. 12.1.2001 – V ZR 322/99, BGHReport 2001, 362, 363 = *JurionRS 2001, 20311*). Anders ist es, wenn der Verkäufer auf Fragen des Käufers falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage – „ins Blaue hinein“ – macht, mit deren Unrichtigkeit er rechnet. Wer so antwortet, handelt grds. bedingt vorsätzlich (Senat, Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 = *JurionRS 1997, 18525* und v. 12.1.2001 – V ZR 322/99, BGHReport 2001, 362, 363 = *JurionRS 2001, 20311*).

[29] bb) So liegt es hier jedoch nicht. Der Ehemann der Beklagten hat nicht versichert, bestimmte Kenntnisse von der Mangelursache zu haben, die er in Wirklichkeit nicht hatte, was den Vorwurf der Arglist begründete (vgl. BGH, Urt. v. 8.5.1980 – IVa ZR 1/80, NJW 1980, 2460, 2461 = *JurionRS 1980, 12533*

und Senatsurt. v. 11.5.2001 – V ZR 14/00, NJW 2001, 2326, 2327 = *ZNotP 2001, 317*), sondern er hat lediglich seine Einschätzungen zu den Ursachen der sichtbaren feuchten Flecken mitgeteilt, indem er auf die Frage der Käufer – für sich genommen plausible – Vermutungen genannt hat.

[30] 4. Unbegründet ist dagegen die Anschlussrevision, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage wegen der Mängel an der Dachrinne wendet. Ansprüche wegen dieses Mangels stehen der Klägerin infolge des vereinbarten Haftungsausschlusses nicht zu. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, das ein arglistiges Verschweigen des Mangels durch die beklagte Verkäuferin wegen dessen Offensichtlichkeit verneint hat, sind rechtsfehlerfrei.

[31] III. Das Grundurteil des Berufungsgerichts ist, soweit Revision und Anschlussrevision Erfolg haben, aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit nach dem festgestellten Sachverhältnis nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht ist nicht der unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptung der Klägerin nachgegangen, dass die Beklagte von der behaupteten Durchfeuchtung der Kellerwände gewusst habe. Diesem Beweis wird nachzugehen sein, da die von der Klägerin vorgetragene Tatsache erheblich und das Beweismittel zur Beweisführung geeignet ist. Die Erkennbarkeit eines Mangels und dessen Aussagekraft stellen nämlich Fragen dar, die ein Sachverständiger mit den ihm typischerweise zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten beantworten kann, wenn es darum geht, ob sich bestimmte Mängel dem Verkäufer eines Hauses von selbst erschließen oder ob es dazu besonderer Fähigkeiten und Anstrengungen bedarf (Senatsbeschl. v. 8.10.2009 – V ZB 84/09, NJW-RR 2010, 233, 234 = *JurionRS 2009, 24296* Rn. 12 und v. 22.10.2009 – V ZR 21/09, WuM 2010, 375 = *JurionRS 2009, 32851*).

## Grundstücksrecht

### Dienstbarkeiten für den Erbbauberechtigten bei Erlöschen des Erbbaurechts

Erbbaurecht § 12 Abs. 3; BGB § 96

#### Leitsatz (amtlich):

**Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts werden für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Grunddienstbarkeiten mit dem Inhalt von Wege- und Leitungsrechten Bestandteile des Erbbaugrundstücks.**

BGH, Urt. v. 17. 2. 2012 – V ZR 102/11

[1] Die Kläger sind Eigentümer des Reihenhausgrundstücks R Straße 25. Den Beklagten gehört das benachbarte Reihenhausgrundstück R Straße 23, das mit einem Erbbaurecht belastet war. Zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten lastete auf dem Grundstück der Kläger eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt eines Wegerechts. Im Jahr 2005 erwarben die Beklagten sowohl das auf dem Grundstück R Straße 23 lastende Erbbaurecht als auch das Eigentum an diesem Grundstück. Sie hoben das Erbbaurecht auf, dessen Eintragung im Grundbuch gelöscht wurde.

[2] Im Jahr 2009 beantragten die Kläger bei dem Grundbuchamt, das als Belastung ihres Grundstücks eingetragene Wegerecht zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten zu löschen. Die Beklagten erteilten keine Löschungsbewilligung. Aufgrund einer Entscheidung des LG im Grundbuchbeschwerdeverfahren nahm das Grundbuchamt im September 2010 die Löschung vor.

[3] Die Kläger haben von den Beklagten verlangt, es zu unterlassen, ihr Grundstück zu betreten oder dies ihren Kindern zu gestatten. Das AG hat der Klage stattgegeben; das LG hat sie abgewiesen. Mit der von diesem zugelassenen Revision verfolgte die Kläger ihren Antrag auf Unterlassung weiter.

#### Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht bejaht ein Wegerecht der Beklagten am Grundstück der Kläger. Es ist der Ansicht, das zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragene Wegerecht sei mit der Aufgabe des Erbbaurechts nicht erloschen, sondern gem. § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteil des von den Beklagten erworbenen Grundstücks geworden. Diese Vorschrift sei auf alle Bestandteile des ehemaligen Erbbaurechts, mithin auch auf die nach § 96 BGB als Bestandteile geltenden subjektivdinglichen Rechte anzuwenden.

[5] II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Dem von den Klägern geltend gemachten Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) steht das für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Wegerecht entgegen.

[6] 1. Die Grunddienstbarkeit ist nicht schon dadurch erloschen, dass ihre Eintragung als Belastung im Grundbuch gelöscht worden ist. Ein dingliches Recht geht allein durch die Löschung im Grundbuch nicht unter, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen für sein Erlöschen nicht vorliegen (BayObLG, MittBayNot 1995, 42, 43). Wird ein bestehendes Recht – wie hier – zu Unrecht im Grundbuch gelöscht, bleibt es gleichwohl außerhalb des Grundbuchs bestehen (*Diimig*, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 22 GBO Rn. 35).

[7] 2. Materiell-rechtlich ist das als Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB bestellte Wegerecht nicht erloschen.

[8] a) Das Recht kann infolge der Aufhebung des Erbbaurechts allerdings nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen. Grunddienstbarkeiten nach § 1018 BGB sind subjektivdingliche Rechte, die nach §§ 96, 93 BGB als wesentliche, nicht abtrennbare Bestandteile des herrschenden Grundstücks gelten (vgl. RGZ 93, 71, 72; BayObLG, NJW-RR 1990, 1043, 1044 und NJW-RR 2003, 451, 452; OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271; OLG Köln, NJW-RR 1993, 982, 983). Sie sind sonderrechtsunfähig und teilen das Schicksal der Sache, mit der sie verbunden sind (jurisPK-BGB/*Vieweg*, 5. Aufl., § 96 Rn. 7; MünchKomm-BGB/*Stresemann*, 6. Aufl., § 96 Rn. 7; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 71. Aufl., § 96 Rn. 1).

[9] Für eine zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Erbbaurechts bestellte Grunddienstbarkeit gilt nichts anderes. Sie ist nach § 96 BGB ein wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271). Mit dessen Aufhebung gem. § 875 BGB, § 26 ErbbauRG kann eine Grunddienstbarkeit nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen.

[10] b) Das Berufungsgericht geht jedoch zutreffend davon aus, dass die für ein Wegerecht bestellte Grunddienstbarkeit nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteil des Erbbaugrundstücks wurde. Diese Vorschrift bestimmt, dass mit dem Erlöschen des Erbbaurechts die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks werden. Ob die Norm jedoch über die mit dem Erbbaugrundstück verbundenen Sachen hinaus, die gem. § 12 Abs. 1 und 2 ErbbauRG i.V.m. § 94 BGB Bestandteile des Erbbaurechts sind, auch die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erfasst, ist streitig.

[11] aa) Das ältere Schrifttum ging ganz überwiegend davon aus, dass die Vorschrift nur auf das Bauwerk und andere körperliche Bestandteile anzuwenden sei. Nur diese würden mit der Beendigung des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks, während die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erlöschen und nicht auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergangen (*Glaß/Scheidt*, Erbbaurecht, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. V; *Kretzschmar*, ErbbauVO, § 12 Anm. 4; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. 4b; a.A. *Günther*, ErbbauVO, § 12 Anm. 11). In diesem Sinne hat das LG Verden (Nds.Rpfl. 1964, 249, 250) entschieden. Der gleichen Auffassung ist auch ein großer Teil des neueren Schrifttums (Erman/*Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauRG Rn. 5; *Ingenstau/Hustedt*, Kommentar zum Erbbaurecht, 9. Aufl., § 12 Rn. 33; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 12 ErbbauRG Rn. 6; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 12 Rn. 5; *RGRK-BGB/Räffle*, 12. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 23; *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 4; *Staudinger/Rapp*, BGB, 2009, § 12 ErbbauRG Rn. 25).

[12] bb) Die dem entgegenstehende Auffassung im Schrifttum, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, versteht § 12 Abs. 3 ErbbauRG unter Berufung auf den Wortlaut dagegen so, dass alle Bestandteile des Erbbaurechts, mithin auch die subjektivdinglichen Rechte nach § 96 BGB, mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks werden (*Maaß*, NotBZ 2002, 389, 391; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 7; *Böttcher*, Rpfleger 2004, 21, 23; *ders.*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rn. 575; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rn. 5.256; MünchKomm-BGB/v. *Oefele*, 5. Aufl., § 12 ErbbauRG Rn. 10).

[13] c) Der Senat teilt die letztgenannte Auffassung für die Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte. Diese Rechte, die regelmäßig der Erschließung des Bauwerks dienen, werden – wie das Bauwerk selbst – mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteile des Grundstücks.

[14] aa) Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift, da auch die subjektivdinglichen Rechte nach § 96 BGB als Bestandteile des Erbbaurechts anzusehen sind.

[15] bb) Diese Auslegung trägt – jedenfalls soweit es um Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte geht – zudem dazu bei, den wirtschaftlichen Zweck zu verwirklichen, der mit dem Übergang des Eigentums am Bauwerk auf den Grundstückseigentümer beim Erlöschen des Erbbaurechts herbeigeführt werden sollte.

[16] (1) Der Begründung der ErbbauVO (1. Beil. zum Deutschen Reichsanzeiger und zum Preußischen Staatsanzeiger v. 31.1.1919) ist allerdings nicht zu entnehmen, dass nach

den Regelungsvorstellungen des Ordnungsgebers mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nicht nur das Bauwerk und die Grundstückserzeugnisse, sondern auch die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten subjektiv-dinglichen Rechte auf den Grundstückseigentümer übergehen sollten. Seine mit dieser Norm verfolgte Absicht war es vielmehr, Zweifelsfragen in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse am Bauwerk und an den Erzeugnissen des Grundstücks zu entscheiden, die sich bei den nach §§ 1012 – 1017 BGB a.F. bestellten Erbbaurechten bei ihrem Erlöschen ergeben hatten. Mit § 12 Abs. 3 ErbbauVO (durch Art. 25 des 2. BMJBBG v. 23.11.2007, BGBl. I, S. 2614, in Erbbaurechtsgesetz umbenannt) wurde deshalb festgelegt, dass die Eigenschaft des Bauwerks als Scheinbestandteil des Grundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts endet und dieses von Rechts wegen – ohne weiteres Zutun der Beteiligten – Eigentum des Grundstückseigentümers wird.

[17] (2) Der Übergang des Eigentums am Bauwerk und die dem Eigentümer nach § 27 ErbbauRG auferlegte Entschädigungspflicht für das Bauwerk zielten in wirtschaftlicher Hinsicht allerdings darauf ab, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk auch in den letzten Jahren der Laufzeit ordnungsgemäß unterhalten und der Grundstückseigentümer das Bauwerk in dem Zustand erhalten sollte, wie es bei dem Erbbauberechtigten bestand (*Maaß*, NotBZ 2002, 389, 391). Dieses Ziel würde jedoch verfehlt, wenn der Eigentümer des Erbbaugrundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts zwar Eigentümer eines ordnungsgemäß unterhaltenen Bauwerk würde, dieses aber wegen des Erlöschens der mit dem Erbbaurecht verbundenen Wege- und Leitungsrechte nicht wie zuvor der Erbbauberechtigte nutzen könnte. Dem entspricht es, § 12 Abs. 3 ErbbauRG auch auf die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wege- und Leitungsrechte anzuwenden, die als Bestandteile des Erbbaurechts mit dessen Erlöschen Bestandteile des Grundstücks werden.

[18] cc) Ob § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf alle mit dem Erbbaurecht verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, also auch auf andere Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte anzuwenden ist, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen, erscheint zweifelhaft. Dem Zweck dieser Rechte könnte es eher entsprechen, wenn solche Rechte mit dem Erbbaurecht untergingen. Das kann jedoch dahinstehen, weil es hier um den Übergang eines für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wegerechts geht.

[19] dd) Einer Ergänzung wird der gesetzliche Übergang der Grunddienstbarkeiten auf das ehemalige Erbbaugrundstück auch in den Fällen bedürfen, in denen gleiche oder ähnliche Rechte als Belastungen am Erbbaurecht bestanden, die wegen der Aufhebung oder des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs an diesem jedoch nicht fortbestehen können.

[20] Ansonsten ginge bei einer wechselseitigen Bestellung von Grunddienstbarkeiten durch die Eigentümer und Erbbauberechtigte benachbarter Grundstücke (für Wege- und/oder Leitungsrechte) die das ehemalige Erbbaurecht belastende Grunddienstbarkeit mit dem Erlöschen des Erbbaurechts unter, während das auf dem benachbarten Grundstück lastende Recht infolge des gesetzlichen Übergangs auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG fortbestünde. Eine ähnliche Bevorzugung der Interessen des Eigentümers des Erbbaugrundstücks träte in den Fällen ein, in denen das Erbbaurecht mit einer Reallast nach § 1105 BGB

belastet worden war, weil das Recht zur Mitbenutzung nach dem der Grunddienstbarkeit zugrunde liegenden Vertrag nicht unentgeltlich gewährt werden sollte (zu einer solchen Absicherung der „Gegenleistung“ Bamberger/Roth/Wegmann, a.a.O., § 1018 Rn. 46; Planck/Strecker, a.a.O., vor § 1018 Anm. 3). Das Erlöschen der Reallast an dem Erbbaurecht hätte dann zur Folge, dass der Eigentümer des ehemaligen Erbbaugrundstücks das auf ihn übergangene Recht weiter ausüben könnte, ohne aus der mit dem Erbbaurecht untergegangenen Reallast zur Zahlung verpflichtet zu sein.

[21] Wie eine ergänzende Regelung zu § 12 Abs. 3 ErbbauRG in diesen Fällen auszusehen hätte (gesetzlicher Übergang auch der Belastungen auf das Erbbaugrundstück oder schuldrechtlicher Anspruch des Nachbarn auf Neubestellung gleichartiger Rechte am früheren Erbbaugrundstück), bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, da für solche Rechte der Kläger an dem erloschenen Erbbaurecht nichts festgestellt oder vorgetragen worden ist.

[22] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

### Befugnis zur nachträglichen Begründung von Sondernutzungsrechten

WEG § 13 Abs. 2

#### Leitsatz (amtlich):

**Eine Regelung in der Teilungserklärung, durch die sich der teilende Eigentümer vorbehält, an Flächen des Gemeinschaftseigentums nachträglich Sondernutzungsrechte zu begründen, muss dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.**

*BGH, Urt. v. 20. 1. 2012 – V ZR 125/11*

[1] Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft, welche infolge der Teilung eines Grundstücks durch den Beklagten entstanden ist. Diesem gehören u.a. die im Erdgeschoss gelegenen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten Nr. 1, 2, 11, 20, 21 und 34. Die Kläger sind Eigentümer einer Wohnung im zweiten Obergeschoss.

[2] Nach der am 24.7.2000 geänderten Teilungserklärung ist der Beklagte unwiderruflich befugt, den im Erdgeschoss gelegenen Wohnungen Teile der Gartenflächen als Terrassen zur Sondernutzung zuzuordnen. Die Befugnis erlischt für das jeweilige Sondernutzungsrecht nach dessen Eintragung in das Grundbuch des begünstigten Wohnungs- bzw. Teileigentums.

[3] Mit notarieller Urkunde v. 10.8.2009 wies der Beklagte den Einheiten Nr. 1, 11, 20 und 34 jeweils ein Sondernutzungsrecht an näher bezeichneten und in einem Lageplan eingezeichneten Hofflächen zu. Eine weitere Zuweisung von Sondernutzungsflächen ist für die Einheiten Nr. 2 und 21 geplant.

[4] Die Kläger verlangen von dem Beklagten, es zu unterlassen, künftig Sonderrechtszuweisungen in Bezug auf die im Gemeinschaftseigentum stehenden Freiflächen vorzunehmen. Ferner beantragen sie die Feststellung, dass die vorgenommene Zuweisung von Sondernutzungsrechten zu den Einheiten 1, 11, 20 und 34 unwirksam ist.

[5] Das AG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision,

deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

[6] I. Das Berufungsgericht hält den Unterlassungs- und den Feststellungsantrag für begründet, weil der Beklagte ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht berechtigt sei, Flächen des Gemeinschaftseigentums einzelnen Einheiten als Sondernutzungsrecht zuzuordnen. Der Vorbehalt in der Teilungserklärung sei wegen Verstoßes gegen das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot unwirksam, da Festlegungen zu Anzahl, Größe und Lage der zu begründenden Sondernutzungsrechte fehlten.

[7] II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

[8] 1. a) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich der teilende Eigentümer in der Teilungserklärung ermächtigen kann, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen. Eine solche Gestaltung ist rechtlich unbedenklich, sofern und solange der dadurch Begünstigte Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentumereinheit ist (vgl. Senat, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, *ZNotP 2012*, 98 = NJW 2012, 676, 677 Rn. 9 ff.). Das gilt nicht nur für die Ermächtigung, bereits bestehende Sondernutzungsrechte zu konkretisieren oder zu ändern, sondern auch für einen Vorbehalt, der es dem teilenden Eigentümer ermöglicht, die Teile des Gemeinschaftseigentums, von deren Mitgebrauch die übrigen Wohnungseigentümer ausgeschlossen und an denen Sondernutzungsrechte begründet werden sollen, zu einem späteren Zeitpunkt festzulegen (vgl. dazu BayObLG, DNotZ 2005, 390 = *JurionRS 2004*, 36909 sowie KG, ZMR 2007, 384, 387 = *JurionRS 2006*, 28328 re. Sp.).

[9] b) Richtig ist ferner, dass ein solcher Vorbehalt dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen muss.

[10] aa) Das Bestimmtheitsanfordernis des Sachen- und Grundbuchrechts gilt auch für das als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrecht (zur dinglichen Wirkung dieses Rechts Senat, Beschl. v. 24.11.1978 – V ZB 11/77, BGHZ 73, 145, 148 = *JurionRS 1978*, 12932). Regelungen in Teilungserklärungen, mit denen Sondernutzungsrechte verbindlich festgelegt werden, müssen daher hinreichend bestimmt sein (Senat, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, *ZNotP 2012*, 98 = NJW 2012, 676, 677 Rn. 13). Einer verbindlichen Festlegung steht es gleich, wenn die Wohnungseigentümer durch die Teilungserklärung von dem Mitgebrauch einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche sogleich oder aufschiebend bedingt ausgeschlossen werden (negative Komponente des Sondernutzungsrechts) mit der Folge, dass ihre Mitwirkung bei der späteren Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an dieser Fläche entbehrlich ist (BayObLGZ 1985, 124, 128; BayObLG, Rpfleger 2001, 587 = DNotZ 2005, 390, 391 = *JurionRS 2001*, 26826; OLG Hamm, NZM 1998, 673, 674 = *JurionRS 1997*, 15722; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 1491, 1492).

[11] bb) Auch eine Ermächtigung, durch die sich der teilende Eigentümer vorbehält, Sondernutzungsrechte zu einem späteren Zeitpunkt zu begründen, muss dem sachenrechtlichen Be-

stimmtheitsanfordernis genügen (ebenso OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1998, 1707, 1708 = *JurionRS 1998*, 16710; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 245; *Krause*, NotBZ 2001, 433, 439). Denn dieses verlangt, dass jedermann den Inhalt eines dinglichen Rechts anhand der Eintragungen im Grundbuch eindeutig erkennen kann (vgl. Senat, Beschl. v. 28.4.2011 – V ZB 194/10, NJW 2011, 1958 = *JurionRS 2011*, 16453 Rn. 10; Beschl. v. 26.1.2006 – V ZB 143/05, *ZNotP 2006*, 184 = NJW 2006, 1341 Rn. 12); das gilt für den Inhalt des Sondereigentums entsprechend. Zu diesem Inhalt gehören alle Regelungen der Teilungserklärung mit Vereinbarungscharakter (vgl. § 10 Abs. 3 WEG sowie Bärman/Klein, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 132 und *Bauer/v. Oefele*, GBO, 2. Aufl., AT V, Rn. 102 ff.) und damit auch Ermächtigungen, durch die Entscheidungen, welche nach dem Gesetz einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer bedürfen, auf den teilenden Eigentümer übertragen werden. Da Sondernutzungsrechte nach Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft nur durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer begründet werden können (Senat, Beschl. v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 167 f. = *JurionRS 2000*, 22581), hat eine Regelung, mit der diese Kompetenz dem teilenden Eigentümer vorbehalten bleibt, Vereinbarungscharakter und gehört, wenn sie in das Grundbuch eingetragen wird, zu dem Inhalt des Sondereigentums.

[12] cc) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, dass der hier zu beurteilende Vorbehalt dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügt. Die Formulierung, der Beklagte sei befugt „Teile der Gartenflächen als Terrassen zur Sondernutzung“ zuzuordnen, lässt offen, auf welche Flächen des Gemeinschaftseigentums sich die Befugnis bezieht. Diese sind weder aus einem Lageplan ersichtlich noch in anderer Form beschrieben. Infolge der Begrenzung auf „Teile“ der Gartenflächen kann der Vorbehalt auch nicht als Befugnis verstanden werden, an sämtlichen Gartenflächen Sondernutzungsrechte zu begründen (zu weit gefassten Änderungsvorbehalten vgl. OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1998, 1707, 1708 f. = *JurionRS 1998*, 16710 sowie *Krause*, NotBZ 2001, 433, 440); dem Bestimmtheitsgrundsatz wäre auch dann allerdings nur genügt, wenn zweifelsfrei feststände, welche Teile des Gemeinschaftseigentums als Gartenflächen anzusehen sind. Ein bestimmter Inhalt der Ermächtigung lässt sich deshalb auch im Wege der Auslegung nicht feststellen.

[13] c) Das Berufungsgericht hat allerdings versäumt, Feststellungen dazu zu treffen, ob die am 24.7.2000 vorgenommene Änderung der Teilungserklärung, die den maßgeblichen Änderungsvorbehalt enthält, in das Grundbuch eingetragen worden ist. Nur dann ist er Inhalt des Sondereigentums geworden und muss dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

[14] 2. Dieser Rechtsfehler hat sich indes nicht ausgewirkt (§ 561 ZPO).

[15] a) Ist die Änderung der Teilungserklärung weder in das Grundbuch eingetragen noch mit schuldrechtlicher Wirkung zwischen den Parteien vereinbart worden, fehlt es im Verhältnis zu den Klägern von vornherein an einer Berechtigung des Beklagten, Sondernutzungsrechte zu begründen.

[16] b) Wäre der Änderungsvorbehalt (nur) schuldrechtlich vereinbart worden, stünde seiner Wirksamkeit der von dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu trennende Grundsatz entgegen, dass die Übertragung einer nach dem Gesetz den

Wohnungseigentümern vorbehaltenen Kompetenz auf einzelne Wohnungseigentümer einer Ermächtigung bedarf, die Ausmaß und Umfang der daraus folgenden Belastungen für die Wohnungseigentümer zweifelsfrei erkennen lässt (vgl. Senat, Beschl. v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 164 = *ZNotP 2000, 492*; kritisch *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, S. 295 ff.). Ein Vorbehalt, der den teilenden Eigentümer berechtigt, einzelnen Wohnungen nachträglich Sondernutzungsrechte zuzuordnen, ist demnach nur wirksam, wenn er erkennen lässt, welche Flächen für die Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können.

[17] Die Festlegung des betroffenen Gemeinschaftseigentums kann zwar weit gefasst sein, also große Teile des Gemeinschaftseigentums umfassen. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz soll nur gewährleisten, dass Inhalt und Umfang der Kompetenzübertragung zweifelsfrei feststehen, nicht aber die einer gesonderten Prüfung vorbehaltenen Inhaltskontrolle der Klausel (vgl. zu einer solchen Senat, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, *ZNotP 2012, 98* = NJW 2012, 676, 677 Rn. 14 ff.) ersetzen. Unerlässlich ist aber, dass der Vorbehalt dem unbefangenen Betrachter eine klare Vorstellung davon vermittelt, welche Teile des Gemeinschaftseigentums durch einseitige Erklärung des Berechtigten dem Mitgebrauch der Eigentümer (§ 13 Abs. 1 WEG) entzogen werden können (vgl. BayObLGZ 1974, 294, 298; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 247).

[18] Diesen Anforderungen genügt der hier zu beurteilende Vorbehalt nicht. Wie bereits dargelegt (oben zu II.1.b)cc), lässt er die für die Begründung von Sondernutzungsrechten vorgesehenen Flächen nicht erkennen. Auch der Begriff der „Terrasse“ (vgl. BGH, Urt. v. 8.7.2009 – VIII ZR 218/08, NJW 2009, 2880 = *JurionRS 2009, 19292* Rn. 12) eignet sich nicht dazu, den Umfang der Ermächtigung einzugrenzen, da es Terrassen unterschiedlichster Größen gibt. Andere Anhaltspunkte, anhand deren sich bestimmen ließe, in welchem Ausmaß die im Gemeinschaftseigentum stehenden Gartenflächen insgesamt oder je Wohnungseinheit aufgrund der Ermächtigung der Sondernutzung zugeführt werden können, enthält die Teilungserklärung nicht.

[19] III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

## Ansprüche im Umlegungsverfahren

BGB § 818 Abs. 1, 2; BauGB § 63 Abs. 1 Satz 1

### Leitsatz (amtlich):

**Geht Grundeigentum infolge eines Umlegungsverfahrens unter, richtet sich ein zuvor entstandener, auf Herausgabe des Eigentums gerichteter bereicherungsrechtlicher Anspruch nicht auf die Herausgabe der Ersatzgrundstücke, sondern auf Wertersatz (Bestätigung des Senatsurt. v. 16.11.2007 – V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591 f.).**

BGH, *Versäumnisurt. v. 20. 1. 2012 – V ZR 95/11*

[1] Eine Mandantin der Klägerin (Streitverkündete) hat gegen den Beklagten einen mit Urteil des OLG München v. 8.2.2007 titulierten Anspruch auf Herausgabe zweier Grundstücke. Infolge eines unanfechtbaren Umlegungsplans sind an die Stelle der beiden Grundstücke im Jahr 2008 andere Grundstücke

getreten. Diesen Herausgabeanspruch und daraus resultierenden Ersatzansprüche ließ die Klägerin mit Beschl. v. 28.4.2010 pfänden; zugleich wurde ihr die Forderung zur Einziehung überwiesen. Der Pfändung liegt eine Forderung der Klägerin gegen die Streitverkündete i.H.v. 15.496,78 € nebst Zinsen aus einem vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschluss zugrunde. Die auf Zahlung dieses Betrags gerichtete Klage ist in den Tatsacheninstanzen erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

### Aus den Gründen:

[2] I. Das Berufungsgericht meint, die Rechte des Beklagten setzten sich nach der Umlegung an den Ersatzgrundstücken fort. Es ergebe sich aus § 63 BauGB und § 818 Abs. 1 BGB, dass sich die Herausgabepflicht auf die neu zugewiesenen Grundstücke erstrecke. Aus diesem Grund sei an die Stelle des Herausgabeanspruchs kein Wertersatzanspruch gem. § 818 Abs. 2 BGB getreten, sodass der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ins Leere gehe. Die Vollstreckung habe durch Herausgabe der Grundstücke an einen Sequester zu erfolgen.

[3] II. Nachdem der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht erschienen ist, ist durch Versäumnisurteil aufgrund einer Sachprüfung zu entscheiden.

[4] Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[5] 1. Die Pfändung ist wirksam. Insbesondere ist die gepfändete Forderung hinreichend bestimmt bezeichnet. Nach st. Rspr. des BGH hat das Revisionsgericht den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss als gerichtlichen Hoheitsakt selbst auszulegen; er muss die gepfändete Forderung und ihren Rechtsgrund so genau bezeichnen, dass bei verständiger Auslegung unzweifelhaft feststeht, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein soll (Senat, Urt. v. 14.1.2000 – V ZR 269/98, *ZNotP 2000, 164* = NJW 2000, 1268, 1269; BGH, Urt. v. 28.4.1988 – IX ZR 151/87, NJW 1988, 2543, 2544 = *JurionRS 1988, 13649* m.w.N.). Diesen Anforderungen genügt der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, weil der Herausgabeanspruch aufgrund der Nennung der Titel mit Gericht, Datum und Aktenzeichen genau bezeichnet ist. Auch die Pfändung von daraus resultierenden Ersatzansprüchen genügt dem Bestimmtheitserfordernis. Nachdem der Anspruch an die Klägerin zur Einziehung überwiesen worden ist (§ 835 Abs. 1 ZPO), ist sie berechtigt, die Forderung gerichtlich geltend zu machen (§ 836 Abs. 1 ZPO).

[6] 2. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, die Pfändung gehe ins Leere, weil sich der Anspruch gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 BauGB auf Herausgabe der infolge des Umlegungsverfahrens entstandenen Ersatzgrundstücke richte.

[7] a) Bei der gepfändeten Forderung handelte es sich um einen Anspruch des Vertragserben auf Herausgabe einer Schenkung, der sich gem. § 2287 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 818 ff. BGB zunächst auf Herausgabe der beiden erlangten Grundstücke richtete. Der Umstand, dass sich die Eigentumsverhältnisse gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 BauGB an den neu zugewiesenen Grundstücken fortsetzen, ändert nichts daran, dass die erlangten Grundstücke infolge des Umlegungsverfahrens nicht mehr existieren und ihre Herausgabe nicht möglich ist (vgl. Senat, Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591 = *JurionRS 2007, 43834* Rn. 10).

[8] b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt aus § 818 Abs. 1 BGB nicht, dass sich die Herausgabeverpflichtung auf die neu zugewiesenen Grundstücke erstreckt. Nach dieser Vorschrift ist ein Surrogat nur im Fall der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands herauszugeben. Die Umlegung fällt nicht darunter. Bereits in dem von dem Berufungsgericht genannten Urt. v. 16.11.2007 hat der Senat entschieden, dass sie keine „Entziehung“ i.S.v. § 818 Abs. 1 BGB darstellt, weil das Umlegungsverfahren kein Fall der Enteignung ist (V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591 f. = *JurionRS 2007, 43834*).

[9] c) § 818 Abs. 1 BGB ist auch nicht – wie das Berufungsgericht möglicherweise meint – im Hinblick auf § 63 Abs. 1 Satz 1 BauGB entsprechend anzuwenden. Dies scheidet schon deshalb aus, weil diese Vorschrift einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums nicht erfasst. Sie sieht zwar vor, dass sich die Rechtsverhältnisse, die die alten Grundstücke betreffen und die nicht aufgehoben werden, an den zugeteilten Grundstücken fortsetzen. Dies bezieht sich aber nur auf die in § 61 Abs. 1 BauGB geregelten Rechtsverhältnisse, die der Gestaltungsbefugnis der Umlegungsstelle unterliegen und deren Aufhebung, Änderung oder Neubegründung durch den Umlegungsplan erfolgen kann (*Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., § 63 Rn. 3; HK-BauGB/Kirchmeier, 2. Aufl., § 63 Rn. 2*). Soweit zu diesen Rechtsverhältnissen gem. § 61 Abs. 1 Satz 1 BauGB auch persönliche Rechte zählen, „die zum Erwerb (...) eines im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücks berechtigen“, sind nur vertragliche Ansprüche gemeint. Dazu gehören Forderungen aus Kaufverträgen sowie schuldrechtlich vereinbarte Wiederkaufts-, Vorkaufts- und Ankaufsrechte (vgl. *Löhr, a.a.O., § 61 Rn. 11; Brügelmann/Schriever, BauGB, 2007, § 61 Rn. 26; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Otte, BauGB, 2011, § 61 Rn. 45; a.A. offenbar BeckOK-BauGB/Grziwotz, 2011, § 63 Rn. 6*). Sonstige, auf Eigentumsverschaffung gerichtete schuldrechtliche Herausgabeansprüche sind nicht erfasst; sie wären einer Regelung durch den Umlegungsplan auch nicht zugänglich.

[10] d) Weil § 818 Abs. 1 BGB unanwendbar ist, ist der Beklagte „aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande“ i.S.v. § 818 Abs. 2 BGB und schuldet Wertersatz.

[11] III. 1. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zu der Höhe des Anspruchs getroffen. Daher ist das Urteil aufzuheben und zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[12] 2. Den Parteien muss Gelegenheit gegeben werden, zu dem Wert der Grundstücke Stellung zu nehmen; dieser Gesichtspunkt hat in dem Verfahren bislang keine Rolle gespielt. Sollten sie darüber streiten, ob der Wert der Grundstücke die der Pfändung zugrunde liegende Forderung der Klägerin gegen die Streitverkündete übersteigt, käme es auf den objektiven Verkehrswert am Tag der Bekanntmachung der Unanfechtbarkeit des Umlegungsplans gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 BauGB an (Senat, Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 214/06, NVwZ 2008, 591 = *JurionRS 2007, 43834 Rn. 12 f.*), und es wäre dem Beweisantritt der Klägerin nachzugehen.

## Familienrecht

### Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht

BGB § 1896 Abs. 1, 2

#### Leitsätze (amtlich):

1. Eine Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 13. April 2011 – XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rn. 15 m.w.N.).
2. Die Bestellung eines Betreuers muss verhältnismäßig sein, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen dürfen; dabei gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit auch im Bereich der Vermögenssorge (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 6. Juli 2011 – XII ZB 80/11, FamRZ 2011, 1391 Rn. 9).
3. Der Begriff „Aufgabenkreis“ im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt nicht aus, dem Betreuer gegebenenfalls nur eine einzige Angelegenheit zuzuweisen (BayObLG NJWE-FER 2001, 151).

BGH, Beschl. v. 7. 3. 2012 – XII ZB 583/11

[1] I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Anordnung der Betreuung.

[2] Mit notarieller Urkunde v. 25.1.2005 erteilte der Betroffene dem Beteiligten zu 1 Generalvollmacht und damit Vollmacht und Auftrag, ihn in allen Angelegenheiten gegenüber jedermann, insbesondere Gerichten, Behörden, Privaten, Banken und Sparkassen zu vertreten.

[3] Im Dezember 2010 hat ein Gerichtsvollzieher beim AG die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen beantragt und dies damit begründet, dass gegen den Betroffenen ein Vollstreckungstitel bestehe und der Beteiligte zu 1 neben der Liquidation der Forderung auch die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verhindere, weshalb bereits Haftbefehl ergangen sei.

[4] Durch Beschl. v. 31.8.2011 hat das AG die Beteiligte zu 2 zur Betreuerin des Betroffenen bestellt mit dem Aufgabenkreis der Vermögenssorge, Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post im Rahmen der übertragenen Aufgabenkreise und Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen, Renten- und Sozialleistungsträgern, wobei die Entscheidung spätestens bis zum 31.8.2018 zu überprüfen sei. Die Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich der Betroffene und der Beteiligte zu 1 mit ihrer Rechtsbeschwerde.

[5] Der Senat hat auf Antrag der Beschwerdeführer mit Beschl. v. 7.12.2011 die Vollziehung des amtsgerichtlichen Beschlusses ausgesetzt.

[6] II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

[7] 1. Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthaft und auch i.Ü. zulässig.

[8] 2. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

[9] a) Das LG hat seine Entscheidung damit begründet, infolge der unstreitig bei dem Betroffenen wegen seiner Demenz-

erkrankung vorliegenden Betreuungsbedürftigkeit sei er nicht in der Lage, die Aufgabenbereiche der Vermögenssorge und Vertretung gegenüber Behörden etc. sowie Entgegennahme der entsprechenden Post selbstständig zu regeln. Die Bestellung einer Betreuerin für die im Beschluss des AG aufgeführten Bereiche sei trotz bestehender Vollmacht für den Beteiligten zu 1 auch erforderlich. Dieser verhindere bzw. verzögere die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzw. die Liquidation eines rechtskräftigen Titels des AG. Es bedürfe daher der Bestellung eines Betreuers, um die ordnungsgemäße Abwicklung der entsprechenden Vorgänge zu gewährleisten.

[10] b) Diese Ausführungen halten einer rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand.

[11] aa) Gem. § 1896 Abs. 2 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

[12] Eine – wie hier zugunsten des Beteiligten zu 1 erteilte – Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers allerdings dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründen. Dies ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (Senatsbeschl. v. 13.4.2011 – XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 = *JurionRS 2011, 15821* Rn. 15 m.w.N.).

[13] Die Bestellung eines Betreuers muss zudem verhältnismäßig sein, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen dürfen; dabei gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit auch im Bereich der Vermögenssorge (Senatsbeschl. v. 6.7.2011 – XII ZB 80/11, FamRZ 2011, 1391 = *JurionRS 2011, 20860* Rn. 9). Der Begriff „Aufgabenkreis“ i.S.d. § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt nicht aus, dem Betreuer ggf. nur eine einzige Angelegenheit zuzuweisen (BayObLG, NJWE-FER 2001, 151).

[14] Der Tatrichter entscheidet über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschl. v. 13.4.2011 – XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 = *JurionRS 2011, 15821* Rn. 16 m.w.N.).

[15] bb) Gemessen hieran kann die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben.

[16] (1) Das LG hat sich bei seiner Entscheidung auf die Feststellung beschränkt, dass der Beteiligte zu 1 die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzw. die Liquidation eines rechtskräftigen Titels des AG verhindere bzw. verzögere. Weitere Feststellungen zu der Frage, ob der Bevollmächtigte ungeeignet ist, finden sich weder in der landgerichtlichen noch in der amtsgerichtlichen Entscheidung. Erwägungen zu der Frage, warum der Beteiligte zu 1 nicht kooperativ ist, lassen sich der Begründung nicht entnehmen. Nach der Entscheidung bleibt offen, ob es möglicherweise berechnete Einwendungen

seitens des Bevollmächtigten gegen die Forderung bzw. Vollstreckung gibt. Jedenfalls lässt die Begründung nicht erkennen, ob der Beteiligte zu 1 tatsächlich ungeeignet ist und ob das Beschwerdegericht alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen hat sowie seine Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht.

[17] (2) I.Ü. ist die vom AG angeordnete Betreuung mit den uneingeschränkten Aufgabenkreisen Vermögenssorge, Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post im Rahmen der übertragenen Aufgabenkreise und Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen, Renten- und Sozialleistungsträgern bei einer Überprüfung erst zum 31.8.2018 unverhältnismäßig. Anlass für die Einrichtung der Betreuung war der „Antrag“ des Gerichtsvollziehers, den er gestellt hat, um die Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Titel sicherzustellen, der sich auf eine Gesamtforderung von rd. 39 € beläuft. Demgemäß ist der Begründung der Beschwerdeentscheidung zu entnehmen, dass es der Bestellung eines Betreuers allein deshalb bedürfe, um die ordnungsgemäße Abwicklung der entsprechenden Vorgänge zu gewährleisten. Ob es hier angezeigt gewesen wäre, einen Betreuer nur zur Sicherstellung der genannten Zwangsvollstreckung zu bestellen, seine Bestellung mithin auf diese konkrete Maßnahme zu beschränken, kann dahinstehen. Denn ein Bedürfnis hierfür ist entfallen, weil die titulierte Forderung mittlerweile beglichen worden ist, was bereits in der Rechtsbeschwerde ausgeführt sowie von der Betreuerin bestätigt wurde und demgemäß vom Senat zu berücksichtigen ist (vgl. Musielak/*Ball*, ZPO, 8. Aufl., § 559 Rn. 10).

[18] 3. Gem. § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben, wobei der Senat gem. § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG in der Sache abschließend entscheiden kann.

[19] Neben der Beschwerdeentscheidung ist somit auch der amtsgerichtliche Beschluss aufzuheben, und zwar auf die Beschwerden des Betroffenen und des Beteiligten zu 1. Soweit das LG lediglich die Beschwerde des Beteiligten zu 1 beschieden hat, hat es verkannt, dass dieser – jedenfalls auch – im Namen des Betroffenen Beschwerde eingelegt hat.

## Verzicht auf Wohnungsrecht durch Betreuer

BGB §§ 1804, 1821 Abs. 1, 1907 Abs. 1; FamFG § 299

### Leitsatz (amtlich):

**Zum beabsichtigten Verzicht des Betreuers auf ein zugunsten des Betreuten bestelltes Wohnungsrecht, welches dieser nicht mehr nutzen kann.**

*BGH, Beschl. v. 25. 1. 2012 – XII ZB 479/11*

[1] I. Der 77 Jahre alte Betroffene ist an Demenz erkrankt und lebt seit 2010 auf eigenen Wunsch in einem Pflegeheim. Eine Rückkehr in seine frühere Wohnung steht nach den Angaben der Betreuerin nicht zu erwarten und werde von ihm auch nicht angestrebt.

[2] Für die frühere Wohnung ist zugunsten des Betroffenen ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht im Grundbuch eingetragen. Dieses hatte ihm die Wohnungseigentümerin, seine frühere Lebensgefährtin, bedingt für den Fall ihres Vorversterbens und mit der Maßgabe bestellt, dass das Wohnungsrecht

nicht einem Dritten zur Ausübung überlassen werden dürfe und dass der Berechtigte Hausgelder und die anfallenden Nebenkosten insgesamt zu tragen habe. Im September 2008 verstarb die frühere Lebensgefährtin; sie wurde testamentarisch von ihren Enkeln beerbt.

[3] Die Beteiligte zu 1 hat als Betreuerin beantragt, ihr die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Wohnungsrechts gerichtlich zu genehmigen, da der Betroffene durch die laufenden Hausgelder und Nebenkosten, für die er aufzukommen habe, belastet sei, ohne noch irgendeinen Nutzen aus dem Wohnungsrecht ziehen zu können. Er könne das Wohnungsrecht nicht mehr selbst ausüben und es auch nicht anderweitig verwerten, da es ihm nicht gestattet sei, es einem Dritten zur Ausübung zu überlassen. Eine Kapitalabfindung für den Verzicht auf das Wohnungsrecht hätten die derzeitigen Eigentümer abgelehnt.

[4] Das Betreuungsgericht hat den Antrag der Betreuerin abgelehnt; das Beschwerdegericht hat die Beschwerde des Betroffenen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Betroffenen.

[5] II. Die zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

[6] 1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die beabsichtigte Löschungsbewilligung sei ein nach §§ 1908i Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftiges Geschäft. Der mit der Löschung bezweckte Verzicht auf das Wohnungsrecht ohne jegliche Gegenleistung stelle der Sache nach eine Schenkung dar. Diese sei nur genehmigungsfähig, wenn sie unter Berücksichtigung der materiellen und immateriellen Belange letztlich im Interesse des Betroffenen liege. Das sei hier nicht der Fall, denn es sei eine Abfindung des Wohnungsrechts durch die Eigentümer unterhalb des nach der Lebenserwartung berechneten Restmietwerts denkbar.

[7] 2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[8] a) Gem. §§ 1908i Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf der Betreuer zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück einer Genehmigung des Betreuungsgerichts. Bei dem im Grundbuch eingetragenen Wohnungsrecht des Betroffenen handelt es sich um eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB), somit um ein Recht an einem Grundstück, über das die Beteiligte zu 1 nur mit gerichtlicher Zustimmung verfügen kann. Außerdem folgt die Genehmigungspflicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 1907 Abs. 1 BGB, da die Aufgabe des Wohnungsrechts eine endgültige Wohnungsauflösung bedeutet und deshalb nach dem Schutzzweck des § 1907 BGB der Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum gleichsteht. Da es sich bei der beabsichtigten Löschungsbewilligung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, ist über die gerichtliche Genehmigung vorab zu entscheiden (§ 1831 BGB).

[9] b) Maßstab für die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung ist das Interesse des Betreuten. Das Gericht hat dabei eine Gesamtabwägung aller Vor- und Nachteile sowie der Risiken des zu prüfenden Geschäfts für den Betreuten vorzu-

nehmen (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2004, 214, 216 = *JurionRS* 2003, 24348; Staudinger/*Engler*, BGB, 2004, § 1828 Rn. 16; MünchKomm-BGB/*Wagenitz*, 5. Aufl., § 1828 Rn. 17).

[10] Die Abwägung aller für die Entscheidung in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann – ähnlich einer Ermessensentscheidung – vom Rechtsbeschwerdegericht nur darauf hin überprüft werden, ob der Tatrichter die gesetzlichen Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten oder einen unsachgemäßen, dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch von seiner Entscheidungsbefugnis gemacht hat (vgl. Senatsbeschl. v. 30.11.2011 – XII ZB 79/11, *JurionRS* 2011, 30745 Rn. 21; Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 72 Rn. 8 m.w.N.). Letzteres ist hier allerdings der Fall.

[11] c) Die Genehmigung richtet sich nach dem sonstigen Interesse des Betreuten unter Berücksichtigung seiner Wünsche (§ 1901 Abs. 3 BGB).

[12] Hat der Betreute den Willen gefasst, endgültig nicht mehr in die frühere Wohnung zurückzukehren, bedarf es einer Aufrechterhaltung des Wohnungsrechts für diesen Zweck nicht mehr.

[13] Eine anderweitige Nutzung des Wohnungsrechts durch den Betreuten, insbesondere im Wege der Vermietung, ist ausgeschlossen.

[14] Das dingliche Wohnungsrecht ist eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB). Deshalb darf Dritten, wenn sie nicht zu den in § 1093 Abs. 2 BGB genannten Personen gehören, die Allein- oder Mitbenutzung der Wohnung nur bei Gestattung durch den Eigentümer überlassen werden (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für eine solche Gestattung bedarf es einer Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten (BGH, Urt. v. 19.1.2007 – V ZR 163/06, FamRZ 2007, 632, 634 = *JurionRS* 2007, 11013 m.w.N.). Eine solche ist nicht abgeschlossen.

[15] Vielmehr hat die frühere Lebensgefährtin dem Betreuten lediglich ein Wohnungsrecht zugewendet, das er nur persönlich ausüben darf. Dieses folgt bereits aus der in die Bewilligungserklärung v. 9.1.2007 aufgenommenen Bestimmung, wonach die Überlassung des Wohnungsrechts zur Ausübung an einen Dritten ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[16] d) Das LG hat seine Entscheidung schließlich darauf gestützt, dass dem Wohnungsrecht des Betreuten ein Vermögenswert beizumessen sei, welchen die Betreuerin nicht schenkweise, ohne eine angemessene Abfindung, weggeben dürfe. Diese Einschätzung beruht jedoch auf einem unzutreffenden Schenkungsbegriff.

[17] Gem. §§ 1908i Abs. 2 Satz 1, 1804 BGB darf der Betreuer nicht in Vertretung des Betreuten Schenkungen machen. Der Zweck dieser Vorschrift liegt in dem Schutz des Vermögens des Betreuten, aus dem nichts zu seinem Nachteil unentgeltlich weggegeben werden soll. Nach diesem Schutzzweck kann auch der Erlass einer Forderung unter den Schenkungsbegriff des § 1804 BGB fallen (OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 39, 40), ebenso der Verzicht auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht. Voraussetzung ist jedoch, dass die Rechtsposition, die der Betreuer weggibt, einen realen Vermögenswert des Betreuten darstellt. Eine Rechtsposition, die keinen Vermögenswert darstellt,

und deren Weggabe dem Betreuten keinen Nachteil zufügt, untersteht nicht dem Schutz des § 1804 BGB.

[18] Das vom Betreuten innegehaltene Wohnungsrecht stellt einen aktiven Vermögenswert insoweit dar, als es ihm persönlich die Wohnnutzung ermöglicht. Daher läge in dem Verzicht auf das Wohnungsrecht eine dem § 1804 BGB unterfallende Vermögenszuwendung, solange eine Wiederaufnahme der Wohnnutzung durch den Betreuten in Betracht kommt. Bestünde jedoch das Interesse an der Wohnnutzung endgültig nicht mehr, verlöre das Wohnungsrecht seinen Nutzwert und – da es auch durch Vermietung nicht fruchtbar gemacht werden kann – seinen Vermögenswert insgesamt. Der Verzicht auf ein wertlos gewordenenes Wohnungsrecht erfüllte nicht den Begriff der Schenkung i.S.d. § 1804 BGB.

[19] Die Rechtsposition, die der Betreute dann noch innehat, entfaltet lediglich eine Sperrwirkung. Sie hat zur Folge, dass die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nach dem Umzug des Berechtigten in das Pflegeheim von niemandem genutzt werden könnten. Der Betreute ist aus tatsächlichen Gründen gehindert, sein Recht wahrzunehmen; die Erben wären angesichts des fortbestehenden Wohnungsrechts nicht befugt, die Räume ohne Zustimmung des Betreuten selbst zu nutzen oder Dritten zu überlassen.

[20] e) Hier steht dem verbliebenen Vorteil, die Wohnnutzung im Bedarfsfall wiederaufnehmen zu können, eine laufende Kostenbelastung durch Hausgeld und Nebenkosten gegenüber. Je unwahrscheinlicher eine Rückkehr in die frühere Wohnung ist, desto mehr entspricht die Aufgabe des Wohnungsrechts dem Interesse des Betreuten, um sich der monatlichen Kostenlast zu entledigen. Der Aufklärung dieser für die Genehmigung des Rechtsgeschäfts entscheidenden Frage dient die persönliche Anhörung des Betroffenen (§ 299 Satz 1, 2 FamFG), welche noch aussteht.

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### Haftungsumfang bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung

GmbHG §§ 7 Abs. 2, 3, 8 Abs. 2, 9c, 16 Abs. 2;  
GmbHG i.d.F. bis 31.10.2008 § 16 Abs. 3

#### Leitsätze (amtlich):

- 1. Unterbleibt die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit einer wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, haften die Gesellschafter im Umfang einer Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt (Klarstellung zu BGH, Beschlüsse vom 26. November 2007 – II ZA 14/06 Rn. 4 und II ZA 15/06 Rn. 4).**

- 2. Bei fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung in Anspruch genommenen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.**
- 3. Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils haftet.**

BGH, *Urt. v. 6. 3. 2012 – II ZR 56/10*

[1] Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der U Vertriebs GmbH (Schuldnerin). Die Schuldnerin wurde am 28.12.1993 mit Sitz in N bei M unter der Firma M GmbH (im Folgenden: M GmbH) im Handelsregister eingetragen; Gegenstand des Unternehmens war der Vertrieb von medizinischen Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln sowie der Handel mit Waren aller Art. Nach dem Jahresabschluss zum 31.12.2004 verfügte die Schuldnerin Ende des Jahres 2003 über keine Aktiva. Am 21.7.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma in U Vertriebs GmbH, verlegte den Sitz der Gesellschaft nach M, änderte den Unternehmensgegenstand, berief den bisherigen Geschäftsführer ab und bestellte an dessen Stelle eine neue Geschäftsführerin. Die neue Geschäftsführerin nahm ab diesem Zeitpunkt die Geschäfte auf entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand, dem Vertrieb von schlüsselfertig herzustellenden Gebäuden als Generalübernehmerin. Die Änderungen wurden auf die am 30.7.2004 eingegangene Anmeldung am 17.9.2004 in das Handelsregister eingetragen.

[2] Die Beklagte erwarb am 30.12.2005 den einzigen Geschäftsanteil an der Schuldnerin mit einem Nennbetrag von 50.000 DM gegen Zahlung eines Betrags von 7.500 €. Am 1. und am 21.3.2006 zahlte sie auf das Stammkapital insgesamt 25.000 € ein.

[3] Mit Beschl. v. 8.2.2007 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger stellte bis zur Klageerhebung Forderungen i.H.v. 36.926,53 € zur Tabelle fest. Diesen Betrag beansprucht er unter dem Gesichtspunkt der Verlustdeckungshaftung von der Beklagten.

[4] Das LG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr in vollem Umfang stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

#### Aus den Gründen:

[5] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[6] I. Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2010, 579) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Bei der Aufnahme der operativen Tätigkeit innerhalb des durch Gesellschafterbeschl. v. 21.7.2004 erweiterten Geschäftszwecks handele es sich um eine Mantelverwendung, die dem Registergericht als wirtschaftliche Neugründung hätte offengelegt werden müssen. Die unterbliebene Offenlegung führe

grds. zu einer zeitlich unbeschränkten Gesellschafterhaftung. Ob es der Beklagten eröffnet sei, sich durch den Nachweis der vollständigen Deckung des statutarischen Stammkapitals zum Zeitpunkt der Revitalisierung der Gesellschaft zu entlasten, oder ob es ausreiche, den Gesellschafter lediglich auf die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich vorhandenen Gesellschaftsvermögen haften zu lassen, könne offenbleiben. Denn die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe sich insoweit auf den pauschalen Vortrag beschränkt, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen. Die auf die Stammeinlage im März 2006 erfolgten Einzahlungen führten nicht zu einer Haftungsbefreiung. Die wirtschaftliche Neugründung löse keine neue Einlagepflicht aus; die Erfüllung einer solchen mache der Kläger auch nicht geltend. Die Beklagte hafte als Erwerblerin der Geschäftsanteile für die Ansprüche aus der Unterbilanzhaftung.

[7] II. Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte haftet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Höhe der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 8.2.2007 zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen von insgesamt 36.926,53 €. Die Haftung der Gesellschafter einer GmbH bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung ist vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt. Die Revision hat dagegen keinen Erfolg, soweit sie geltend macht, eine Haftung der Beklagten scheide (insgesamt) schon deshalb aus, weil diese selbst nicht gegen die Verpflichtung zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung verstoßen habe. Bei dem Unterbilanzhaftungsanspruch im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung handelt es sich um eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber eines Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung (vgl. jetzt § 16 Abs. 2 GmbHG) eintreten muss.

[8] 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Aufnahme der Geschäfte mit geändertem Unternehmensgegenstand am 21.7.2004 eine wirtschaftliche Neugründung darstellt.

[9] a) Als wirtschaftliche Neugründung ist es anzusehen, wenn eine durch Eintragung in das Handelsregister als juristische Person (§§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 GmbHG) bereits entstandene GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine bewusst für eine spätere Verwendung „auf Vorrat“ gegründete Gesellschaft mit einem Unternehmen ausgestattet wird und erstmals ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt (BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 f. = *ZNotP 2003, 105*; vgl. auch BGH, Beschl. v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 331 f. = *JurionRS 1992, 14626* für die AG) oder ob der „alte Mantel“ einer im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstands tätig gewesen, dann aber unternehmenslos gewordenen GmbH wiederverwendet wird (BGH, Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322 = *ZNotP 2003, 462*). Auf die wirtschaftliche Neugründung sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden (BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ

153, 158, 161 = *ZNotP 2003, 105*; Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321 = *ZNotP 2003, 462*).

[10] b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Vorgänge im Juli 2004 als eine wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung des leer gewordenen Mantels der M GmbH beurteilt.

[11] aa) Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine als wirtschaftliche Neugründung anzusehende Mantelverwendung vor, wenn eine GmbH eine „leere Hülse“ geworden ist, also kein aktives Unternehmen mehr betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung sollen im Interesse des Geschäftsverkehrs Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass ein leer gewordener Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb seinen neuen oder alten Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung mit ihren präventiv wirkenden gläubigerschützenden Regeln einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit ggf. wieder aufzunehmen (BGH, Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324 = *ZNotP 2003, 462*; Beschl. v. 18.1.2010 – II ZR 61/09, *ZNotP 2010, 152* = ZIP 2010, 621 Rn. 6).

[12] bb) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen war der vormalige Geschäftsbetrieb der Schuldnerin eingestellt worden. Im Sommer 2004 änderten die Gesellschafter den Unternehmensgegenstand, die Firma und den Gesellschaftssitz, bestellten eine neue Geschäftsführerin und nahmen unter Verwendung des leer gewordenen Geschäftsmantels der Schuldnerin eine neue Geschäftstätigkeit entsprechend dem geänderten Unternehmensgegenstand auf. Es ist nicht erkennbar, dass dabei in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise an die vormalige Tätigkeit angeknüpft wurde.

[13] 2. Die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG auf die wirtschaftliche Neugründung führt dazu, dass die Tatsache der Wiederverwendung eines inzwischen leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offenzulegen und damit die am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtende Versicherung gem. § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden ist (BGH, Beschl. v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f. = *ZNotP 2003, 462*). Diese Offenlegung ist bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin im Juli 2004 nicht erfolgt.

[14] 3. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die entsprechende Anwendung der die Kapitalaufbringung betreffenden Gründungsvorschriften des GmbHG führe bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht grds. zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger. Unterbleibt die (ordnungsgemäße) Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter vielmehr auf den Umfang einer Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt.

[15] a) Bei der rechtlichen Gründung einer GmbH haften die Gesellschafter der vor der Eintragung bestehenden Vor-GmbH für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft der Höhe nach unbeschränkt. Nach dem vom erkennenden Senat entwickel-

ten Haftungsmodell besteht eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der GmbH andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs-(Unterbilanz-)haftung (BGH, Urt. v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 337 f. = *JurionRS 1997, 26964*). Kommt es zur Eintragung, haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus der mit ihrer Zustimmung vor der Eintragung aufgenommenen Geschäftstätigkeit für die Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital abzgl. des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung (BGH, Urt. v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 141 = *JurionRS 1981, 12131*; Urt. v. 24.10.1988 – II ZR 176/88, BGHZ 105, 300, 303 = *JurionRS 1988, 14937*; Urt. v. 29.9.1997 – II ZR 245/96, *ZNotP 1997, 109* = ZIP 1997, 2008) entsprechend ihrer Beteiligungsquote (BGH, Urt. v. 17.2.2003 – II ZR 281/00, *ZInsO 2003, 323* = ZIP 2003, 625, 627; Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 395 = *ZNotP 2007, 42*). Unterbleibt die Eintragung der GmbH, haften die Gesellschafter (der Vor-GmbH) ebenfalls unbeschränkt für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Verluste. Im Gegensatz zur Unterbilanzhaftung bedarf es keiner Auffüllung des Stammkapitals (BGH, Urt. v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 334 ff. = *JurionRS 1997, 26964*). Beide Haftungsinstrumente sind als Innenhaftung ausgestaltet. Bei der Verlustdeckungshaftung ist eine Durchbrechung des Innenhaftungsprinzips im Einzelfall anerkannt (vgl. BGH, Urt. v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 341 = *JurionRS 1997, 26964*; Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 129/04, ZIP 2005, 2257 = *JurionRS 2005, 25825*).

[16] b) Dieses Haftungsmodell für die rechtliche Gründung einer GmbH lässt sich nicht uneingeschränkt auf die Situation der wirtschaftlichen Neugründung übertragen. Anders als bei der rechtlichen Gründung einer GmbH besteht im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung bereits eine eingetragene GmbH als ein von seinen Gesellschaftern zu trennender Rechtsträger, für den grds. die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG gilt.

[17] aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die wirtschaftliche Neugründung in vollem Umfang in die mit den Gründungsvorschriften verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers einzubeziehen, die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds sicherzustellen. Das Registergericht hat daher entsprechend § 9c GmbHG in eine Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Fall von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat (§§ 7 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidender verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist die auch anlässlich einer wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162 = *ZNotP 2003, 105*; Beschl. v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 323 f. = *ZNotP 2003, 462*; Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 71/11, *ZNotP 2011, 387* = ZIP 2011, 1761 Rn. 9).

[18] Dem Umstand, dass eine wirtschaftliche Neugründung auch bei Anmeldung damit einhergehender eintragungspflichtiger Veränderungen für das Registergericht als solche nicht immer ohne Weiteres zu erkennen ist, trägt die Rechtsprechung des BGH dadurch Rechnung, dass sie die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht verlangt. Dadurch wird gewährleistet, dass die wirtschaftliche Neugründung in der gebotenen Weise offenkundig gemacht wird, und zugleich die Effektivität des unverzichtbaren registergerichtlichen Präventivschutzes vor einer gläubigergefährdenden wirtschaftlichen Verwendung der Rechtsform der GmbH verstärkt (BGH, Beschl. v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 324 f. = *ZNotP 2003, 462*; Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 71/11, *ZNotP 2011, 387* = ZIP 2011, 1761 Rn. 10).

[19] Auf der materiell-rechtlichen Haftungsebene wird das Modell der Unterbilanzhaftung im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung nach der Rechtsprechung des Senats, mit der Maßgabe zur Anwendung gebracht, dass maßgeblicher Stichtag für die Haftung der Gesellschafter die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung gegenüber dem Handelsregister ist. Eine Gewährleistung der Unversehrtheit des Stammkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus ist bei der ordnungsgemäß offengelegten wirtschaftlichen Neugründung nicht veranlasst. Anders als bei der rechtlichen Gründung, die erst mit der Eintragung vollzogen ist (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG), bedarf bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder eines leeren Gesellschaftsmantels der bereits früher als GmbH wirksam entstandene Rechtsträger zu seiner weiteren rechtlichen Existenz keiner zusätzlichen „konstitutiven“ Eintragung mehr. Außerdem ist dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung hinreichend genügt, sodass die Gesellschafter solcher Rechtsträger nunmehr tatsächlich das neue Unternehmen als werbende GmbH ohne Zeitverlust in Vollzug setzen und mit der bestimmungsgemäßen Verwendung des Stammkapitals zu dessen Betrieb beginnen können (BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 162 = *ZNotP 2003, 105*; Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327 = *ZNotP 2003, 462*; Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 71/11, *ZNotP 2011, 387* = ZIP 2011, 1761 Rn. 10).

[20] bb) Unterbleibt demgegenüber die mit der Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung, ist die Haftung der Gesellschafter auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist. Dies ist im Streitfall der 21.7.2004, als nach dem unstreitigen Sachverhalt die neu bestellte Geschäftsführerin der Schuldnerin im Rahmen des erweiterten Unternehmensgegenstands tätig wurde. Sofern in den beiden Entscheidungen des Senats v. 26.11.2007 (II ZA 14/06, ZIP 2008, 217 = *JurionRS 2007, 44799* Rn. 4 und II ZA 15/06, DSr 2008, 933 = *JurionRS 2007, 44807* Rn. 4) etwas anderes zum Ausdruck gekommen sein sollte, wird hieran nicht festgehalten.

[21] (1) Von einem Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die Gesellschafter ebenso wie in der Situation der unterbliebenen Ersteintragung der GmbH bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung unterliegen (vgl. OLG Jena, *ZInsO* 2007, 159 = ZIP 2007, 124, 125; OLG Jena, NZG 2004, 1114, 1115 = *JurionRS* 2004, 17462; *Bachmann*, NZG 2011, 441, 443 ff.; *Hüffer*, NJW 2011, 1772, 1773; *Krolop*, ZIP 2011, 305, 306; *Melchior*, EWiR 2010, 249, 250; *Wachter*, BB 2010, 1242, 1243; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rn. 13b; *Bork/Schäfer/Schäfer*, GmbHG, § 3 Rn. 19; *Henssler/Strohn/Schäfer*, GmbHG, § 3 Rn. 17; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rn. 14, 19 f.; *ders.*, FS Goette, 2011, S. 15, 22; *Spindler/Stilz/Limmer*, AktG, 2. Aufl., § 23 Rn. 45a; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 26 Rn. 36).

[22] Hiergegen werden mit unterschiedlichen Begründungs- und Lösungsansätzen durchgreifende Einwände erhoben (vgl. KG, ZIP 2010, 582, 583; *Adolff*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 49, 87 f.; *Altmeyden*, DB 2003, 2050, 2052; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1653, 1658 f.; *Habersack*, AG 2010, 845, 849 f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051, 1053; *Heidinger*, ZGR 2005, 101, 129 f.; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 181; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; *Priester*, ZHR 168 [2004], 248, 262; *Schall*, NZG 2011, 656; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 861, 862 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613; *Werner*, GmbHR 2010, 804, 807; *Wicke*, NZG 2005, 409, 411; MünchKomm-GmbHG/Wicke, § 3 Rn. 32; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl., § 3 Rn. 34; *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 3 Rn. 140; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl., Fn. 591).

[23] (2) Der die Rechtsprechung des Senats zur Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG auf die wirtschaftliche Neugründung tragende Zweck, der Umgehung einer den Kapitalaufbringungsregeln unterliegenden Gründung durch die Verwendung eines bereits existenten, unternehmenslosen Rechtsträgers entgegen zu wirken, rechtfertigt es nicht, die (Neu-)Gründer über den Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung durch die Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehender Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt, hinaus für die Aufbringung des Stammkapitals persönlich haften zu lassen. Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften ist es, die Kapitaldeckung der Gesellschaft zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung sicherzustellen. Die mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Gefahren für einen wirksamen Gläubigerschutz bestehen sowohl im Anschluss an eine Vorratsgründung als auch im Zusammenhang mit der „Wiederbelebung“ eines leeren Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen. In beiden Fällen besteht die Gefahr einer Umgehung der Gründungsvorschriften mit der Folge, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung beim Neustart, der regelmäßig mit der Anmeldung eventueller durch die wirtschaftliche Neugründung bedingter Satzungsänderungen und der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen in Erscheinung tritt, nicht gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 = *ZNotP* 2003, 105; Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02,

BGHZ 155, 318, 322 = *ZNotP* 2003, 462). Hieran haben sich sowohl die registergerichtliche Kontrolle als auch das materiellrechtliche Haftungskonzept auszurichten. Die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht kann dabei nicht mit der die rechtliche Existenz der GmbH begründenden (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und die Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 GmbHG bewirkenden Ersteintragung gleichgesetzt werden (a.A. etwa *Bachmann*, NZG 2011, 441, 445; *Bayer*, a.a.O., S. 15, 23; *Hüffer*, NJW 2011, 1772, 1773, 1777).

[24] Es besteht keine Veranlassung, die Haftung der Gesellschafter auch auf den Ausgleich von Verlusten zu erstrecken, die das Gesellschaftsvermögen nach dem Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung vermindert haben. Die spezifischen, aus der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers folgenden Gefahren für die Gesellschaftsgläubiger entsprechen nicht denjenigen, denen mit den Gründungsvorschriften im Verfahren der Gesellschaftsgründung entgegen getreten werden soll. In beiden Fällen soll zwar das Fehlen oder der Verlust des Stammkapitals der Gesellschaft vermieden werden. Im Verfahren der Ersteintragung der Gesellschaft geht es allerdings um die Risiken, die sich aus einer dem rechtlichen Entstehen der Gesellschaft vorgelagerten, über den eigentlichen Zweck der Vorgesellschaft hinausgehenden Geschäftsaufnahme für den Rechtsverkehr ergeben, nachdem das zuvor geltende Vorbelastungsverbot durch den Senat aufgegeben worden ist (BGH, Urt. v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 133 ff. = *JurionRS* 1981, 12131). Im Fall der Verwendung eines bereits bestehenden Rechtsträgers im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung ergibt sich eine potenzielle Gläubigergefährdung dagegen nicht aus etwaigen Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens aus dem Zeitraum zwischen dem Entschluss der Gesellschafter, den schon entstandenen Rechtsträger wieder oder erstmals für unternehmerische Zwecke einzusetzen und dem Abschluss der Prüfung des Registergerichts. Durch die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften mit der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht soll vielmehr verhindert werden, dass zum Zeitpunkt der (Wieder-)Aktivierung der Gesellschaft die Kapitaldeckung z.B. wegen möglicher Verluste aus der früheren Existenz des Rechtsträgers nicht gewährleistet ist (vgl. *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1133).

[25] (3) Dem kann nicht erfolgreich mit dem Argument begegnet werden, erst das durch die (Pflicht zur) Offenlegung ermöglichte (zeitnahe) staatliche Kontrollverfahren legitimiere den Betrieb eines haftungsbeschränkten Unternehmens (a.A. *Bachmann*, NZG 2011, 441, 444 f.; *Goette*, DStR 2004, 461, 464 f.). Diese Sicht berücksichtigt die strukturellen Unterschiede des der Ersteintragung vorausgehenden registergerichtlichen Prüfungsverfahrens gegenüber dem Prüfungsverfahren im Fall der wirtschaftlichen Neugründung nicht in dem gebotenen Maß. Ersteres zielt in erster Linie auf den Erwerb der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, auch wenn die Aufbringung (eines Teils) des Stammkapitals eine Voraussetzung für die diese Haftungsbeschränkung bewirkende Eintragung ist (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG). Maßgeblicher Zweck der aufgrund der Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung veranlassten registerrechtlichen Prüfung ist dagegen die Aufdeckung einer etwaigen Kapitalücke, die von den (Neu-)Gründern für die Verwendung des (bereits existenten und) haftungsbeschränkten Rechtsträgers auszugleichen ist.

Der Absicherung der Kapitaldeckung dient zum einen die Abgabe der nach § 9a GmbHG haftungsbewehrten Einzahlungsversicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und zum anderen das Nachforschungsrecht des Registergerichts gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Gegenüber dem Verfahren der Ersteintragung besteht nur ein eingeschränkter Präventivschutz (*Heinze*, GmbHR 2011, 962, 964, 967; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 202), weil die Nutzung des haftungsbeschränkten Rechtsträgers für unternehmerische Zwecke durch das Registergericht außerhalb eines Verfahrens nach § 395 Abs. 1 FamFG nicht unterbunden werden kann (vgl. OLG Frankfurt/M., GmbHR 1992, 456).

[26] Ein der Neueintragung entsprechender staatlicher Verleihungsakt, der die Verwendung des Rechtsträgers erst legitimiert, erfolgt bei der wirtschaftlichen Neugründung nicht. Richtig ist zwar, dass regelmäßig erst die pflichtgemäße Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Verbindung mit der Abgabe der Erklärung nach §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Prüfung des Registergerichts ermöglicht (OLG Jena, ZIP 2007, 124, 125; *Heinze*, GmbHR 2011, 962, 967). An den erfolgreichen Abschluss der registergerichtlichen Prüfung sind aber anders als im Verfahren der Ersteintragung bezogen auf die Unterbilanzhaftung keine Konsequenzen geknüpft, und zwar selbst dann nicht, wenn das Registergericht nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG weitere Nachforschungen anstellt und diese ergeben, dass die entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgegebenen Versicherungen fehlerhaft sind (*Heinze*, GmbHR 2011, 962, 964). Jedenfalls dann, wenn die wirtschaftliche Neugründung sich ohne Satzungsänderungen oder einen Geschäftsführerwechsel vollzieht, ist es dem Registergericht auch nicht eröffnet, die unterlassene Offenlegung nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch die Ablehnung einer Eintragung zu sanktionieren.

[27] (4) Die Annahme einer zeitlich und der Höhe nach unbeschränkten Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter ist auch nicht etwa deshalb als Sanktionsmittel bei einer Verletzung der Offenlegungspflicht geboten, weil die Gesellschafter anderenfalls die Offenlegungspflicht bei der Aktivierung des leeren Mantels gefahrlos ignorieren könnten (in diesem Sinn aber *Bachmann*, NZG 2011, 441, 443 f.; *Bayer*, a.a.O., S. 15, 22; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1132; *Krolop*, ZIP 2011, 305, 309 f.). Die unterlassene Offenlegung ist zwar wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbewehrt (vgl. *Bachmann*, NZG 2011, 441, 444; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1132; *Heinze*, GmbHR 2011, 962, 967; *Krafka*, ZGR 2003, 577, 584; *Thaeter*, DB 2003, 2112, 2113; *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl., § 3 Rn. 28; MünchKomm-GmbHG/Wicke, § 3 Rn. 38; a.A. *Schall*, NZG 2011, 656, 657). Dies rechtfertigt es aber nicht, den Gläubiger besser zu stellen, als er bei ordnungsgemäßer Offenlegung stünde (*Giedinghagen/Rulf*, EWIR 2010, 291, 292; *Habersack*, AG 2010, 845, 850; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 181; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 861, 862 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613).

[28] (5) Mit der Nichtanwendung der Grundsätze der Verlustdeckungshaftung steht kein Wechsel des Haftungsmodells im Raum. Die Gesellschafter der wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft haben im Rahmen der Unterbilanzhaftung (anteilig) den ggf. auch negativen Wert des Gesellschaftsvermögens

bis zur Höhe des zugesagten Stammkapitals auszugleichen, mithin die Kapitaldeckung zu gewährleisten. Der Übergang zu einer Differenzhaftung in dem Sinne, dass in Anlehnung an § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Haftung auf die (ggf. erneute) Zuführung des Stammkapitals begrenzt ist, ist damit nicht verbunden.

[29] 4. Ein Anspruch des Klägers scheidet entgegen der Auffassung der Revision nicht schon insgesamt daran, dass die Beklagte nicht an der wirtschaftlichen Neugründung beteiligt war, sondern sämtliche Geschäftsanteile der Schuldnerin erst nach der Aufnahme der Geschäfte zum 21.7.2004 am 30.12.2005 erworben hat. Für eine eventuelle, zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Unterbilanzhaftung des Veräußerers müsste die Beklagte gem. § 16 Abs. 3 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung eintreten.

[30] a) Auf den Streitfall findet § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. Anwendung. Die Vorschrift regelt die Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils für auf den Geschäftsanteil rückständige Leistungen und damit eine mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb verknüpfte Rechtsfolge. Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts § 3 EGGmbHG sieht insoweit keine spezielle Übergangsregelung vor untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zzt. seiner Entstehung galt, Art. 170, 229 § 5, 232 § 1 EGBGB analog (BGH, Urt. v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 = *ZInsO* 2009, 674 Rn. 19 f. – Gut Buschow), mithin hier dem im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils durch die Beklagte im Jahr 2005 geltenden Recht.

[31] b) Die Verpflichtung des Gesellschafters, eine zum Zeitpunkt einer wirtschaftlichen Neugründung bestehende Unterbilanz auszugleichen, ist ebenso wie die Ansprüche auf Erbringung der Einlage und aus Differenzhaftung bei Überbewertung einer Sacheinlage eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die der Erwerber des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. haftet.

[32] aa) Nach der Rechtsprechung des Senats haftet der Erwerber eines Geschäftsanteils, wenn der Veräußerer seine Einlageverpflichtung nicht oder nicht in voller Höhe erfüllt hat (BGH, Urt. v. 14.3.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f. = *JurionRS* 1977, 12645; Urt. v. 10.5.1982 – II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f. = *JurionRS* 1982, 12348). Der in der Person eines Gesellschafters einmal entstandene und fällig gewordene Einlageanspruch soll und kann der Gesellschaft durch einen Gesellschafterswechsel nicht mehr entzogen werden (BGH, Urt. v. 10.5.1982 – II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 50 f. = *JurionRS* 1982, 12348). Dieselben Grundsätze gelten für den Differenzhaftungsanspruch bei Überbewertung einer Sacheinlage nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (vgl. schon BGH, Urt. v. 14.3.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 196 f. = *JurionRS* 1977, 12645).

[33] bb) Für den ebenfalls im Dienste der Sicherung der realen Kapitalaufbringung in der rechtlichen Gründungsphase stehenden, den Gründungsgesellschafter aufgrund seiner Mitgliedschaft in die Pflicht nehmenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung gilt im Hinblick auf den vergleichbaren Regelungsgehalt nichts anderes. Der erkennende Senat teilt darüber hinaus die h.M. in Rechtsprechung und Literatur, dass gegen den Veräußerer begründete Ansprüche aus Unterbilanzhaftung unter dem Gesichtspunkt einer wirtschaftlichen Neugründung

rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil i.S.d. § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. darstellen (OLG Frankfurt/M., NZG 1999, 450, 451; OLG Düsseldorf, NZG 2004, 380, 381; OLG Celle, GmbHR 2005, 1496, 1497 = *JurionRS 2005, 19506*; Böken, GmbHR 2005, 1166, 1167 f.; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 245; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 203; *Wachter*, BB 2010, 1242, 1243 f.; *Wicke*, NZG 2005, 409, 414; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, a.a.O., § 16 Rn. 42; *Ulmer*, a.a.O., § 3 Rn. 159; *MünchKomm-GmbHG/Heidinger*, § 16 Rn. 166; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, a.a.O., § 3 Rn. 13, § 16 Rn. 22; *Michalski/Ebbing*, a.a.O., § 16 Rn. 137; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, GmbHG, § 16 Rn. 23; *Bork/Schäfer/Schäfer*, a.a.O., § 3 Rn. 19; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 12; a.A. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 612).

[34] (1) Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung soll gewährleisten, dass der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlaubliche Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Wert nach unversehrt zur Verfügung steht (BGH, Urt. v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 136 f. = *JurionRS 1981, 12131*). Der Unterbilanzhaftungsanspruch, der gleichermaßen für die Sach- wie für die Bargründung gilt, dient nach Aufgabe des Vorbelastungsverbots der Sicherstellung des Unversehrtheitsgrundsatzes. Er ist grds. wie der Anspruch auf Leistung fehlender Einlagen zu behandeln und unterliegt deshalb im Hinblick auf Herkunft und Regelungszweck, ebenso wie die für Sacheinlagen geltende Differenzhaftung (§ 9 GmbHG), denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld (BGH, Urt. v. 6.12.1993 – II ZR 102/93, BGHZ 124, 282, 286 = *JurionRS 1993, 14899*; Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401 = *ZNotP 2007, 42*). Diese Gemeinsamkeiten machen eine Gleichbehandlung auch im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. erforderlich.

[35] (2) Nichts anderes gilt, wenn der auf Ausgleich einer Unterbilanz gerichtete Anspruch auf einer entsprechenden Anwendung des Haftungsmodells im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung beruht. Der Einwand, § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. passe nicht in das Haftungskonzept (so OLG Schleswig, ZIP 2007, 822, 823 = *JurionRS 2006, 34753*; *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688), trägt nicht. § 16 Abs. 3 GmbHG a.F. ist keine das Gründungsstadium der Gesellschaft betreffende Vorschrift, sodass sich nicht die Frage stellt, ob ihre Anwendung im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Neugründung geboten ist (vgl. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311). Es geht vielmehr darum, ob es sich bei dem aus der entsprechenden Anwendung des Modells der Unterbilanzhaftung folgenden Anspruch um eine „auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung“ handelt. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, den Anspruch auf Ausgleich einer Unterbilanz im Rahmen einer wirtschaftlichen Neugründung anders zu behandeln als den entsprechenden, zum Zeitpunkt der Ersteintragung entstandenen Anspruch.

[36] (3) Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter infolge von Geschäften, die vor Eintragung der GmbH vorgenommen werden, ist zwar davon abhängig, dass die durch solche Geschäfte bewirkten Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens mit Zustimmung der Gesellschafter begründet worden sind (BGH, Urt. v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 139 f. = *JurionRS 1981, 12131*; Urt. v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 335 = *JurionRS 1997, 26964*). Entsprechend haften die Gesell-

schafter auch im Fall der wirtschaftlichen Neugründung nur dann, wenn sie der (Neu-)Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben (vgl. BGH, Beschl. v. 7.6.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 326 f. = *ZNotP 2003, 462*; *Bayer*, FS Goette, 2011, S. 15, 22 m.w.N.; *ders.*, GmbHR 2011, 1034, 1036). Der Umstand, dass der Anspruch aus Unterbilanzhaftung auch an ein bestimmtes Verhalten des Veräußerers anknüpft, rechtfertigt es allerdings nicht, den Erwerber von dieser Haftung auszunehmen (a.A. *Krolop*, ZIP 2011, 305, 311; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 612). Durch das Erfordernis der Zustimmung des Gesellschafters zur Aufnahme der Geschäfte wird der Unterbilanzhaftungsanspruch nicht zu einem von der Mitgliedschaft abgekoppelten Sekundäranspruch. Wegen seiner Zustimmung zur Aktivierung eines Gesellschaftsmantels (oder einer Vorratsgesellschaft) ist der Neugründungsvorgang dem Gesellschafter vielmehr (gerade) als Träger des Mitgliedschaftsrechts objektiv zuzurechnen.

[37] III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und ggf. in welchem Umfang zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Geschäfte am 21.7.2004 eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Kapital bestanden hat.

[38] Für die wiedereröffnete Berufungsverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

[39] 1. Der Kläger ist nicht aus prozessualen Gründen gehindert, seinen Klageantrag auf den Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung bezogen auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung am 21.7.2004 zu stützen. In der Behauptung und Berechnung einer Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital der Schuldnerin und dem Wert des Gesellschaftsvermögens am 21.7.2004 liegt gegenüber der Geltendmachung einer vollständigen Verlustdeckung zum 8.2.2007 keine Klageänderung durch Einführung eines neuen Klagegrunds. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Der Vortrag des Klägers gibt dabei die Richtung an, in der die Parteien endgültige Rechtsgewissheit erwarten (BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6 = *JurionRS 1991, 14436*). Die Identität des Klagegrunds wird erst aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhalts verändert wird. Dabei muss es sich um wesentliche Abweichungen handeln (BGH, Beschl. v. 11.10.2006 – KZR 45/05, NJW 2007, 83 = *JurionRS 2006, 25011* Rn. 11 m.w.N.).

[40] Ersichtlich handelt es sich bei den beiden auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellenden Anspruchsberechnungen nur um die Geltendmachung verschiedener Folgen eines einheitlichen Vorgangs der wirtschaftlichen Neugründung, mithin eines einheitlichen Lebenssachverhalts. Die Klage wird weiterhin auf die Verletzung der Kapitalaufbringungsvorschriften bei der wirtschaftlichen Neugründung der Schuldnerin gestützt und rückt mit der veränderten Berechnung zeitlich sogar näher an den Kern des zur Entscheidung gestellten haftungsbegründenden Tatsachenkomplexes heran.

[41] 2. Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unterbilanzhaftungsansprüchen trifft grds. die Gesellschaft und

damit im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen den Insolvenzverwalter, wobei insbesondere Letzterer im Einzelfall wegen einer den Gesellschafter treffenden sekundären Darlegungslast Erleichterungen für sich in Anspruch nehmen kann (BGH, Urt. v. 29.9.1997 – II ZR 245/96, *ZNotP 1997, 109* = ZIP 1997, 2008, 2009; Urt. v. 17.2.2003 – II ZR 281/00, *ZInsO 2003, 323* = ZIP 2003, 625, 627).

[42] Diese Beweislastverteilung ist bei unterlassener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung nicht sach- und interessengerecht. Der Begrenztheit der Erkennbarkeit wirtschaftlicher Neugründungen trägt der erkennende Senat dadurch Rechnung, dass er deren Offenlegung gegenüber dem Registergericht verlangt. Unterbleibt die gebotene Offenlegung, wird es den Gesellschaftern ermöglicht, mit einer inaktiven haftungsbeschränkten Gesellschaft, deren Vermögen das statutarische Stammkapital nicht deckt, von einer registergerichtlichen Kontrolle unbehelligt, (wieder) am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Ungeachtet dessen, dass die Offenlegung in den Aufgabenbereich des Geschäftsführers fällt, haben die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, die haftungsrechtlichen Folgen fehlender Offenlegung zu verantworten. Die Umgehung des der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals an dem sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs orientiert dienenden registergerichtlichen Präventivschutzes rechtfertigt eine Beweislastumkehr. In den Fällen fehlender Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung tragen die Gesellschafter daher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens besteht (vgl. *Altmeppen*, DB 2003, 2050, 2052; *Hermanns*, ZNotP 2010, 242, 244 f.; *Herresthal/Servatius*, ZIP 2012, 197, 203; *Peetz*, GmbHR 2011, 178, 184; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 862 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611, 613; *Wicke*, NZG 2005, 409, 411 f.; *Ulmer*, a.a.O., § 3 Rn. 166; enger *Podewils*, GmbHR 2010, 684, 688; i.E. auch *Habersack*, AG 2010, 845, 850).

[43] Das Berufungsgericht durfte die Behauptung der Beklagten, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen, ungeachtet der von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen schon deswegen nicht als unsubstanziert behandeln, weil der Kläger seinen Anspruch bislang nicht im Hinblick auf eine zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende Unterbilanz, sondern ausschließlich mit Forderungen begründet hat, die nach dem Zeitpunkt des Erwerbs durch die Beklagte entstanden sind. Es liegt daher zunächst am Kläger, sein Klagebegehren neu auszurichten.

[44] 3. Ein etwa bestehender Unterbilanzhaftungsanspruch könnte durch die Einzahlung der Beklagten i.H.v. 25.000 € im März 2005 in diesem Umfang erfüllt worden sein.

[45] a) Der in der Jahresbilanz zu aktivierende Anspruch aus Unterbilanzhaftung geht zwar – gleichgültig, ob diese bilanztechnische Aktivierung stattgefunden hat oder nicht – ebenso wenig wie der echte Einlageanspruch oder der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG automatisch „durch Zweckerreichung“ unter, wenn die Gesellschaft nach dem Stichtag aus anderen Gründen über ein die Stammkapitalziffer deckendes Vermögen verfügt (BGH, Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 400 f. = *ZNotP 2007, 42*). So dient der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG der Wiederaufbringung des

durch die verbotene Auszahlung verletzten Stammkapitals der Gesellschaft und ist deshalb funktional mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft zu vergleichen, für dessen Bestand es wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung keine Rolle spielt, ob das Stammkapital der Gesellschaft möglicherweise bereits auf andere Weise gedeckt ist (BGH, Urt. v. 29.5.2000 – II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 340 f. = *JurionRS 2000, 19611*; Urt. v. 18.6.2007 – II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 = *JurionRS 2007, 36394* Rn. 16).

[46] Eine derartige Betrachtungsweise gilt erst recht für die vergleichbare Situation bei der Unterbilanzhaftung, wenn die im Zeitpunkt des Stichtages bestehende Unterbilanz später durch Wiederauffüllung des Haftungsfonds auf andere Weise beseitigt worden ist. Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung ist nach der Senatsrechtsprechung grds. wie ein Anspruch auf Leistung fehlender Bareinlagen zu behandeln und unterliegt deshalb denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld. Nach dem insoweit entsprechend geltenden Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ist damit auch bei der Unterbilanzhaftung nicht anders bei der für Sacheinlagen geltenden Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) ein automatisches Erlöschen des Anspruchs durch faktische Zweckerreichung infolge einer anderweitigen Auffüllung des Haftungsfonds ausgeschlossen (BGH, Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 401 = *ZNotP 2007, 42*).

[47] b) Allerdings könnten die Einzahlungen von insgesamt 25.000 € in das Gesellschaftsvermögen im März 2005 bei entsprechender Tilgungsbestimmung geeignet gewesen sein, einen seit dem 21.7.2004 etwa bestehenden Anspruch auf Ausgleich der Unterbilanz gem. § 362 BGB ganz oder teilweise zu erfüllen. Ob die Beklagte bei den entsprechenden Zahlungen eine einen etwa bestehenden Anspruch aus Unterbilanzhaftung umfassende Tilgungszweckbestimmung (vgl. BGH, Urt. v. 14.3.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 198 = *JurionRS 1977, 12645*; Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 402 = *ZNotP 2007, 42*; Beschl. v. 15.10.2007 – II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 = *JurionRS 2007, 49038* Rn. 6) abgegeben hat, hängt von den Gesamtumständen ab, die zu den Zahlungen geführt haben, und bedarf weiterer Aufklärung. Hierbei werden auch die in der Revisionsbegründung vorgetragene Umstände sowie eventueller ergänzender Vortrag der Parteien zu würdigen sein. Bei der Auslegung der Erklärungen der Beklagten im Zusammenhang mit den Einzahlungen wird zu berücksichtigen sein, dass auch der Anspruch auf Unterbilanzhaftung der Aufbringung des statutarischen Stammkapitals dient.

[48] Sollte sich eine entsprechende Tilgungszweckbestimmung (im Wege der Auslegung) nicht feststellen lassen, können die Zahlungen gleichwohl (teilweise) zum Erlöschen eines etwaigen Unterbilanzhaftungsanspruchs geführt haben, wenn sie sich dieser Verbindlichkeit eindeutig objektiv zuordnen lassen. Insoweit gilt nichts anderes als bei einer fortbestehenden Einlageverpflichtung sowie beim Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, 117 f. = *ZNotP 2006, 71*; Urt. v. 9.1.2006 – II ZR 72/05, BGHZ 165, 352, 356 f. = *JurionRS 2006, 10342*; Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 = *JurionRS 2006, 12262* Rn. 24 – Cash-Pool; Beschl. v. 15.10.2007 – II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 = *JurionRS 2007, 49038* Rn. 6; Urt. v. 26.1.2009 – II ZR 217/07, BGHZ 179, 285 = *ZNotP 2009, 202* Rn. 10 f.).

## Notarrecht

### Bedürfnisprüfung bei freigewordener Notarstelle

BNotO § 4 Satz 1

#### Leitsatz (amtlich):

**Zur Bedürfnisprüfung der Landesjustizverwaltung bei der Entscheidung über die Ausschreibung und Wiederbesetzung einer freigewordenen Notarstelle.**

BGH, Urt. v. 5. 3. 2012 – NotZ (Brfg) 5/11

[1] Der Kläger ist seit 1991 Notar in E. Er wendet sich mit seiner Klage gegen die beabsichtigte Wiederbesetzung einer freigewordenen Notarstelle im AG-Bezirk E.

[2] Nach einem „Erlass“ des Thüringer Justizministeriums v. 18.8.1994 war vorgesehen, dass eine Mittelzahl von 1.500 (bereinigten) Geschäftsvorfällen als ausreichend anzusehen sei für eine gute Alimentierung eines Notars einerseits und eine einwandfreie Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen andererseits.

[3] Beginnend ab 1998 entwickelten sich die Beurkundungszahlen in Thüringen rückläufig. Das Urkundsaufkommen im AG-Bezirk E ging von 16.680 Urkunden im Jahr 1998 auf ca. 10.000 in der Zeit von 2002 – 2008 zurück. Aufgrund dieser Entwicklung hielt der Beklagte nicht mehr an dem „Erlass“ v. 18.8.1994 fest, sondern nahm eine Einzelbetrachtung vor, ob eine frei gewordene Notarstelle eingezogen oder wieder besetzt werden sollte. Nach Anhörung der Notarkammer und der örtlichen Notare entschied sich der Beklagte dafür, die in E zum 31.8.2009 frei gewordene Stelle des Notars M auszuschreiben und mit dem Beigeladenen zu 1 wieder zu besetzen.

[4] Hiergegen wendet sich der Kläger und meint, die Ausschreibung und Besetzung der freigewordenen Notarstelle widerspreche § 4 BNotO. Er macht geltend, dass die Notariatsstruktur in E ungesund sei, weil die Masse der Urkunden nur geringe Urkundswerte hätten, während der wesentliche Umsatz mit ganz wenigen Urkunden erwirtschaftet werde. Dies bedinge, dass die Auftraggeber dieser für das Einkommen jeden Notars sehr wesentlichen Urkunden eine solche wirtschaftlich starke Stellung besäßen, sodass die Unabhängigkeit der Notare in E beeinträchtigt sei.

[5] Die Situation in E sei mindestens so angespannt wie die Lage der Notare in C in den Jahren 1999/2000, welche Gegenstand des Beschlusses des BGH v. 16.7.2001 (NotZ 7/01, ZNotP 2001, 440 = DNotZ 2002, 70) gewesen sei. Der Beklagte setze sich auch in Widerspruch zu seiner eigenen Verwaltungspraxis. Seit 1999 seien – abgesehen von einzelnen Ausnahmen – keine neuen Notarstellen besetzt, sondern die freigewordenen seien eingezogen worden. Insbesondere die Situation bzgl. der hier streitgegenständlichen Notarstelle sei vergleichbar mit derjenigen der Notarstelle „S.“ in J, die trotz des entgegenstehenden Votums der Ländernotarkasse und der Notarkammer eingezogen worden sei.

[6] Während des laufenden Verfahrens wurde 2010 im AG-Bezirk E die Notarstelle „Dr. L.“ eingezogen und im AG-Bezirk J die weiter frei gewordene Stelle „T.“ ausgeschrieben. Der Beigeladene zu 1 wurde auch dort wie bei der hier im Verfahren

streitgegenständlichen Notarstelle für die Besetzung ausgewählt. Im dortigen Verfahren kann derzeit eine Ernennung des Beigeladenen zu 1 nicht erfolgen, weil die Auswahlentscheidung von Mitbewerbern zur gerichtlichen Überprüfung gestellt wurde.

[7] Unter Berücksichtigung der eingezogenen Notarstelle „Dr. L.“ in E ergab sich für 2010 unter Zugrundelegung einer geschätzten Kostenquote von rd. 70 % ein monatlicher Durchschnittsgewinn vor Steuern von mindestens 9.450 €. Der Kläger hatte selbst im Jahr 2008 eine bereinigte Urkundenzahl von 957,4. Er erzielte aus diesem Urkundenaufkommen einen steuerlichen Gewinn von 76.500 €.

[8] Das OLG hat den Beklagten, nachdem bereits zuvor einem Antrag auf einstweilige Anordnung stattgegeben worden war, verurteilt, die am 17.12.2009 ausgeschriebene Stelle für einen Notar in E (frühere Stelle „M.“) nicht erneut zu besetzen.

[9] Hiergegen richten sich die vom Senat zugelassenen Berufungen des Beklagten und des Beigeladenen zu 1.

#### Aus den Gründen:

[10] Die Berufungen haben Erfolg.

[11] I. Das OLG hat ausgeführt, dass der Beklagte zulässigerweise von seinem ursprünglichen „Erlass“ Abstand nehmen und zu einer einzelfallbezogenen Prüfung übergehen dürfen. Dann müsse sich der Beklagte aber auch an diese neuen Prüfungsmaßstäbe halten, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei. Es könne allerdings im Gegensatz zur Auffassung des Klägers nicht davon ausgegangen werden, dass unter Zugrundelegung des durchschnittlich erwirtschafteten Gebührenaufkommens der Notare in E eine Gefährdung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der dortigen Notare zu besorgen sei.

[12] Die Situation in J, wo eine Notarstelle eingezogen worden sei, weise keine wesentlichen Umstände tatsächlicher Art auf, die eine unterschiedliche Handhabung der Frage der Einziehung der Notarstelle in E rechtfertigten. Die äußeren Rahmenbedingungen hinsichtlich der Notariate in beiden Städten wichen nicht signifikant voneinander ab. Die Entscheidung des Beklagten zur Wiederbesetzung in E beruhe jedenfalls teilweise auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage. Zwar habe der Beklagte seinen Abwägungen die tatsächliche Ungewissheit in Bezug auf das mutmaßliche Ausscheiden der Notarin M mit Amtssitz in E erkannt und ausgeführt, diesem Umstand sei deshalb kein entscheidendes Gewicht beizumessen. Andererseits habe er mehrfach diesen Grund als Argumentationsbaustein benutzt. Käme diesem Umstand keinerlei Relevanz zu, hätte sich jegliche Argumentation hierzu erübrigt. Dem von dem Beklagten angeführten Gesichtspunkt der Altersstruktur und der Aufrechterhaltung des Notarassessorensystems komme keine entscheidende Bedeutung zu. Jedenfalls könne ihm nicht in einem Land, in dem es das „Nur-Notariat“ gebe, der von der Beklagten zugemessene Stellenwert zukommen.

[13] II. Die Berufungen des Beklagten und des Beigeladenen zu 1 sind begründet. Der Kläger kann von dem Beklagten nicht beanspruchen, dass er die Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle in E unterlässt. Die in Aussicht genommene Nachbesetzung mit dem Beigeladenen zu 1 verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

[14] 1. Der Beklagte ist kraft seiner Organisationsgewalt befugt, die Zahl der Notarstellen nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu bestimmen. Ihm steht insoweit ein weites Organisations-

ermessen zu (vgl. BVerfG, DNotZ 2002, 889, 890 = *JurionRS* 2002, 22757). Bei der Ausübung dieses Organisationsermessens hat die Landesjustizverwaltung nach § 4 BNotO subjektive Rechte von Amtsinhabern insoweit zu wahren, als jedem Notar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu gewährleisten ist (vgl. Senatsbeschl. v. 23.7.2007 – NotZ 42/07, BGHZ 173, 297 = *ZNotP* 2007, 394 Rn. 24). Bei der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO steht dem Beklagten ein Beurteilungsermessen zu, dass die Gerichte lediglich darauf überprüfen dürfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (§ 111d Satz 2 BNotO i.V.m. §§ 125 Abs. 1, 114 VwGO). Jedoch wird dieses Ermessen durch die von § 4 BNotO vorgegebenen Regelungsziele (Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und der Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs) sachlich begrenzt. Entsprechend dieser Vorgabe muss die Justizverwaltung dafür sorgen, dass die den Notaren gestellten Aufgaben möglichst gut erfüllt werden können. Dies setzt voraus, dass ihnen eine Berufsausübung ermöglicht wird, die dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Seine Aufgabe kann der Notar nur erfüllen, wenn ihm ein solches Maß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit gewährleistet ist, dass er sich nötigenfalls wirtschaftlichem Druck widersetzen kann (Senatsbeschl. v. 11.7.2005 – NotZ 1/05, DNotZ 2005, 947, 948 = *JurionRS* 2005, 18989). Es dürfen deshalb nicht so viele Notarstellen geschaffen werden, wie gerade noch lebensfähig sind. Für eine bestehende, aber frei gewordene Stelle bedeutet dies, dass ihre Wiederbesetzung den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege nicht entspricht, wenn dadurch in einem AG-Bezirk so viele Notarstellen besetzt wären, wie gerade noch oder nicht mehr lebensfähig wären.

[15] Darüber hinaus muss die Justizverwaltung, wenn sie sich bei der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO durch eine Richtlinie oder ständige Übung gebunden hat, die entsprechenden Prüfungsmaßstäbe grds. beachten, um eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der von ihren Maßnahmen betroffenen Notare zu vermeiden (vgl. Senatsbeschl. v. 11.7.2005, a.a.O.; und v. 22.3.2004 – NotZ 25/03, *ZNotP* 2004, 326 = NJW-RR 2004, 861).

[16] 2. Gemessen an diesen Maßstäben ist die Entscheidung des Beklagten, die frei gewordene Notarstelle nach Ausschreibung v. 17.12.2009 mit dem Beigeladenen zu 1 zu besetzen, nicht zu beanstanden. Der Kläger ist hierdurch nicht in seinen Rechten verletzt. Ein Ermessensfehler liegt nicht vor.

[17] a) Den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege ist die Entscheidung des Beklagten gerecht geworden. Durch die Wiederbesetzung der Notarstelle werden nicht so viele Notarstellen im AG-Bezirk besetzt, wie gerade noch oder nicht mehr lebensfähig wären. Auszugehen ist dabei davon, dass diese untere Grenze sich auf Durchschnittszahlen im jeweiligen AG-Bezirk, von der hier die Bedürfnisprüfung ausgehen muss, bezieht (Senatsbeschl. v. 22.3.2004, a.a.O.).

[18] Das durchschnittliche im AG-Bezirk E erwirtschaftete Gebührenaufkommen der Notare lag im Jahr 2009 bei etwa 265.000 €. Unter Hinzurechnung von nicht meldepflichtigen Geschäftsvorgängen ergibt sich unter Berücksichtigung einer realistisch geschätzten Kostenquote von 70 % ein jährliches

Durchschnittseinkommen von 91.494 € und dementsprechend ein monatlicher Gewinn vor Steuern von mindestens 7.625 €. Im Jahr 2010 betrug dieser Betrag sogar unter Berücksichtigung der eingezogenen Notarstelle mindestens 9.450 €. Zutreffend geht deshalb das OLG davon aus, dass von einer Gefährdung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Notare im AG-Bezirk E nicht ausgegangen werden kann. Der Kläger ist deshalb in dieser Hinsicht in seinen subjektiven Rechten nicht verletzt. Er selbst liegt mit seinem steuerlichen Gewinn deutlich außerhalb des Bereichs, in dem eine Beeinträchtigung seiner Unabhängigkeit als Notar zu besorgen wäre. Demgemäß ist auch der weitere Vortrag des Klägers in diesem Zusammenhang nicht durchgreifend, dass die Unabhängigkeit der Notare in E dadurch beeinträchtigt werde, dass es wenige Urkunden mit erheblichen Werten gebe, was die Notare wirtschaftlich von den Auftraggebern dieser Urkunden abhängig mache. Zudem ist inzwischen durch den Wegfall der Notarstelle „Dr. L.“ wie dargelegt die ohnehin nicht bedenkliche Situation entspannt worden.

[19] Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, es habe neben im Parallelverfahren vor dem Senat (NotZ [Brfg] 4/11) klagenden Notar, der nur 2002 und 2010 keine Einkommensergänzung erhalten habe, zwei weitere Notare in 2003 und bis 2005 gegeben, die Einkommensergänzungen bezogen hätten. Ein weiterer Notar sei in Vermögensverfall geraten. In den letzteren Fällen handelt es sich um Vorgänge, die teilweise deutlich vor der Ausschreibung der hier streitigen Notarstelle liegen und deswegen bei der Frage der Wiederbesetzung der frei gewordenen Notarstelle nicht maßgeblich sein können. Auch die vom Kläger als problematisch angeführten Notariate A, M und K in E indizieren nicht, dass die wirtschaftliche Unabhängigkeit der E Notare in Gefahr gewesen ist. Einkommensergänzung erhielt 2010 keiner von ihnen, ebenso wenig der Kläger im Parallelverfahren. Aus der Gesamtschau der Situation – insbesondere angesichts des oben dargestellten jährlichen Durchschnittseinkommens – kann eine strukturell zu hohe Anzahl von Notaren im AG-Bezirk E nicht festgestellt werden.

[20] Unbegründet ist deswegen auch die Rüge des Klägers, die Situation in E sei vergleichbar mit derjenigen, die der Senatsentscheidung v. 16.7.2001 (NotZ 7/01, *ZNotP* 2001, 440 = NJW 2001, 3548) betreffend die Stellensituation in C zugrunde gelegen hat. Entscheidend war damals, dass drei Notare in dem in den Blick zu nehmenden AG-Bezirk Einkommensergänzungen erhielten und die Justizverwaltung sich nicht an den von ihr selbst vorgegebenen Urkundenrichtwert gehalten hatte. Beide Gesichtspunkte liegen im vorliegenden Fall anders.

[21] b) Der Kläger kann die Unterlassung der Nachbesetzung auch nicht deshalb verlangen, weil der Beklagte bei seiner Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO von einer Richtlinie oder ständigen Übung abgewichen wäre und der Kläger als von den Maßnahmen des Beklagten betroffener Notar eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung erdulden müsste.

[22] aa) Zutreffend geht insoweit das OLG davon aus, dass der Beklagte aufgrund der veränderten Verhältnisse im Freistaat Thüringen ab 1999 einen hinreichenden Grund dafür hatte, von der ursprünglichen Ermessensausübung nach dem „Erlass“ von 1994 abzuweichen. Das damals für erforderlich gehaltene bereinigte Aufkommen von 1.500 Geschäftsvorfällen pro Notar konnte angesichts des nachhaltigen Zurückgehens des gesamten Urkundenaufkommens nicht als Maßstab aufrechterhalten werden. Dieses ist im Landesdurchschnitt auf knapp über 1.000 bereinigte Urkundenvorgänge zurückgegangen und seit Jahren

auf diesem Niveau stabil. Ein Festhalten an den alten Zahlen würde bedeuten, dass neben den bislang seit mehr als 10 Jahren bereits eingezogenen Notarstellen auf absehbare Zeit keine frei werdende Notarstelle im Freistaat Thüringen mehr besetzt werden könnte. Es liegt deshalb ein hinreichender sachlicher Grund vor, von der ursprünglichen Verwaltungspraxis abzuweichen und in eine Einzelfallbetrachtung einzutreten.

[23] bb) Die hier erfolgte Einzelfallentscheidung der Beklagten war fehlerfrei.

[24] (1) Ohne Erfolg rügt der Kläger einen Ermessensfehler des Beklagten, soweit dieser bei der Besetzungsentscheidung davon ausgehe, dass die frei gewordene Notarstelle lebensfähig sei. Der Beigeladene zu 1 könne die Sozietät mit dem bisherigen Notar Z nicht fortführen, da dieser zu alt und deswegen eine Genehmigungsfähigkeit dieser Sozietät nicht gegeben sei.

[25] Im Freistaat Thüringen gibt es keine Rechtsnorm, die einen Zusammenschluss der Notare verbietet, wenn ein Partner bereits über 60 Jahre alt ist. Vielmehr soll nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 der Thüringer Notarverordnung (GVBl. 2011, S. 79), die Genehmigung für eine Sozietät erteilt werden, wenn die Fortführung der gemeinsamen Berufsausübung mit dem Amtsnachfolger des Sozius ermöglicht wird. Zwingende Gründe, die Fortführung der Sozietät mit dem zur Ernennung vorgesehenen Beigeladenen zu 1 zu versagen, liegen deshalb nicht vor. Anderes lässt sich auch nicht aus der von dem Kläger herangezogenen Senatsentscheidung v. 11.7.2005 (NotZ 5/05, NJW-RR 2005, 1722 ff. = *JurionRS 2005, 19124*) herleiten. Die damalige Situation ist mit der vorliegenden nicht vergleichbar.

[26] (2) Ein den Kläger in seinen subjektiven Rechten verletzender Ermessensfehler bei der Besetzungsentscheidung durch den Beklagten ist auch nicht im Hinblick auf die frei gewordene und eingezogene Stelle „S.“ in J gegeben. In J wie in E sind zwei Notarstellen freigeworden; jeweils eine ist eingezogen und eine ausgeschrieben worden. Der Rechtsauffassung des Klägers, die auch das OLG geteilt hat, wegen des Einzugs der Notarstelle „S.“ in J müsse auch die hier streitgegenständliche eingezogen werden, fehlt damit die Grundlage.

[27] (3) Ermessensfehlerfrei hat der Beklagte auch die Altersstruktur der Thüringer Notare im Rahmen seiner Ermessenserwägung berücksichtigt. Dieses Abwägungskriterium ist in § 4 BNotO ausdrücklich genannt und in der Rechtsprechung des Senats sowie auch des BVerfG anerkannt (vgl. Senatsbeschl. v. 14.6.2003 – NotZ 47/02, *ZNotP 2003, 470* = NJW-RR 2004, 1067, 1068; BVerfG, DNotZ 2002, 891, 893 = *JurionRS 2002, 16981*). Bei der Besetzungsentscheidung hat der Beklagte auch zu Recht die Aufrechterhaltung des Notarassessorensystems als abzuwägenden Belang in seine Erwägung eingestellt. Die Notarassessoren stehen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staat (§ 7 Abs. 4 Satz 1 BNotO). Das Gesetz sieht die Ernennung zum Notar und die Einweisung in eine Notarstelle nach Ablauf von 3 Jahren (vgl. § 7 Abs. 1, 6 Nr. 1, Abs. 7 Satz 1 und 2 Nr. 3 BNotO) als Regel an. Zu einem funktionierenden Notariat gehört auch ein geordnetes Notarassessorensystem. Die gem. § 4 Satz 2 BNotO zu berücksichtigende geordnete Altersstruktur des Notarberufs wird insbesondere durch die Bestellung von Notarassessoren zu Notaren gewahrt, da dies i.d.R. zu einer Absenkung des Durchschnittsalters der Notare führt. Dies kann aber nur dann gewährleistet werden,

wenn auch die Notarassessoren nicht überaltern. Neue und junge Notarassessoren können regelmäßig nur bestellt werden, wenn ältere durch Bestellung zum Notar die Assessorenzeit beendet haben. Des Weiteren kommt den Notarassessoren bei der Übernahme von Vertretungen gem. § 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO und Notariatsverwaltungen gem. § 56 Abs. 5 BNotO besondere Bedeutung zu. Dies dient der Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen i.S.d. § 4 Satz 2 BNotO (vgl. Senatsbeschl. v. 14.6.2003 – NotZ 47/02, NJW-RR 2004, 1067, 1068 = *JurionRS 2003, 23489*).

[28] (4) Das OLG hat die Nachbesetzungsentscheidung für rechtsfehlerhaft gehalten, weil sie jedenfalls teilweise auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage beruhe. Der Beklagte habe in seine Abwägung das mutmaßliche Ausscheiden der Notarin M mit einbezogen, was sich daraus ergebe, dass diese ungewisse und künftige Tatsache mehrfach als Argumentationsbaustein benutzt worden sei. Käme diesem Umstand keinerlei Relevanz zu, hätte sich jede Argumentation erübrigt. Dem ist nicht zu folgen. Nach § 111d Satz 2 BNotO i.V.m. §§ 125 Abs. 1 Satz 1, 114 Satz 2 VwGO können Ermessenserwägungen auch noch im gerichtlichen Verfahren ergänzt werden. Der Beklagte hat, wie das OLG unter Bezugnahme auf dessen „Entscheidung über die Wiederbesetzung“ selbst angeführt hat, darauf hingewiesen, dass er dem mutmaßlichen Ausscheiden der Notarin M kein entscheidendes Gewicht für seine Ausschreibung und Wiederbesetzungsentscheidung beigemessen habe. Von dieser Grundlage aus ist deshalb die Entscheidung des Beklagten zur Wiederbesetzung der Notarstelle zu bewerten. Die Beanstandung des OLG, die Ermessenserwägungen des Beklagten beruhten teilweise auf tatsächlich ungesicherter Grundlage, geht daher fehl.

[29] Die Ermessensentscheidung des Beklagten verletzt deshalb nicht den Kläger in seinen Rechten.

[30] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 111d Abs. 1 Satz 1 BNotO, §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO.

### Keine Erfüllung der örtlichen Wartezeit durch die Zweigstelle

BNotO a.F. § 6 Abs. 2 Nr. 2

#### Leitsatz (amtlich):

**Ein Bewerber um ein Anwaltsnotariat, der in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich nur eine Zweigstelle unterhält, die eigentlichen Grundlagen seiner Existenz aber am Hauptsitz seiner in einem anderen Amtsgerichtsbezirk gelegenen Kanzlei erwirtschaftet, erfüllt nicht das Erfordernis der örtlichen Wartezeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F.**

*BGH, Urt. v. 5. 3. 2012 – NotZ (Brfg) 14/11*

[1] Im AG-Bezirk B ist eine im JMBL. Hessen v. 1.7.2010 ausgeschriebene Notarstelle zu besetzen, auf die sich der Kläger sowie die Beigeladene beworben haben. Der Kläger ist seit 1987 als Rechtsanwalt zugelassen und übte seine Tätigkeit zunächst v. Oktober 1987 bis zum 31.12.1990 in O (AG-Bezirk B) aus, bevor er in den AG-Bezirk G wechselte. Nach Aufhebung des Zweigstellenverbots meldete er zum 6.8.2007 bei der Rechtsanwaltskammer Frankfurt/M. unter Beibehaltung seiner Kanzlei in G eine Kanzlei in O an.

[2] Mit Bescheid v. 28.2.2011 hat der Beklagte dem Kläger mitgeteilt, seiner Bewerbung könne nicht entsprochen werden, weil er im AG-Bezirk B lediglich eine Zweigniederlassung in O betreibe und somit nicht die Wartezeit des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. erfülle; es sei deshalb beabsichtigt, die Beigeladene zu berücksichtigen.

[3] Die hierauf vom Kläger erhobene Klage, den Bescheid des Beklagten aufzuheben und diesen zu verpflichten, die ausgeschriebene Notarstelle mit ihm zu besetzen, hilfsweise ihn neu zu bescheiden, hat das OLG abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom OLG zugelassenen Berufung.

#### Aus den Gründen:

[4] Die Berufung des Klägers ist zulässig (§ 111d Satz 1 BNotO), hat aber in der Sache keinen Erfolg.

[5] 1. Zutreffend ist der Beklagte davon ausgegangen, dass das Regelerfordernis der örtlichen Wartezeit der Auswahl unter den geeigneten Bewerbungen vorgelagert ist (Senat, Beschl. v. 21.2.2011 – NotZ [Brg] 6/10, *JurionRS 2011, 11581* m.w.N.). Diese örtliche Wartezeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. erfüllt der Kläger bereits nicht.

[6] a) Gem. § 120 Abs. 1 BNotO findet auf das im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zur Änderung der BNotO v. 2.4.2009 (BGBl. I, S. 696) am 1.5.2011 noch nicht abgeschlossene Besetzungsverfahren § 6 BNotO in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung Anwendung. Danach soll i.d.R. als Anwaltsnotar nur bestellt werden, wer bei Ablauf der Bewerbungsfrist seit mindestens 3 Jahren ohne Unterbrechung in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich hauptberuflich als Anwalt tätig ist. Ausschlaggebend ist dabei nicht, wo ein Bewerber formell zugelassen ist, sondern wo er tatsächlich seine hauptberufliche Tätigkeit ausübt. Diese örtliche Wartezeit tritt neben die allgemeine Wartezeit des § 6 Abs. 2 Nr. 1 BNotO. Sie setzt voraus, dass der Rechtsanwalt während einer bestimmten, der angestrebten Notarbestellung unmittelbar vorangehenden Zeit durchgängig bei dem AG tätig war, das für den künftigen Amtsbereich zuständig ist. Der Amtsbereich entspricht dabei dem Bezirk des AG, in dem der Notar seinen Amtssitz hat (§ 10a BNotO). Zum einen soll der zukünftige Notar mit den Besonderheiten der örtlichen Verhältnisse vertraut sein, zum anderen muss ein Bewerber auch die erforderlichen wirtschaftlichen Grundlagen für die angestrebte Notariatspraxis gelegt haben, um seine persönliche Unabhängigkeit zu gewährleisten. Im Anwaltsnotariat wird das Notaramt nur im Nebenberuf ausgeübt. Es ist deshalb nicht zulässig, wenn die wirtschaftlichen Grundlagen des aufzubauenden Notariats in der Anwaltstätigkeit des Bewerbers liegen, die laufenden Mittel, die den künftigen Notariatsbetrieb sicherstellen sollen, aus dem Gebührenaufkommen zu entnehmen, das außerhalb des Amtsbereichs erwirtschaftet wird. Darüber hinaus soll die örtliche Wartezeit eine gleichmäßige Behandlung aller Bewerber gewährleisten und verhindern, dass Bewerber, die die allgemeine Wartezeit zurückgelegt haben, sich für die Bestellung zum Notar den ihnen hierfür am günstigsten erscheinenden Ort ohne Rücksicht auf dort bereits ansässige Rechtsanwälte aussuchen können (Senatsbeschl. v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, *JurionRS 2006, 20309* und – teilweise – abgdr. in DNotZ 2007, 75, 76, sowie v. 22.3.2010 – NotZ 10/09, ZNotP 2010, 232 ff. und v. 21.2.2011 – NotZ [Brg] 6/10, *JurionRS 2011, 11581*).

[7] b) Der Kläger unterhält zwar seit dem 6.8.2007 unter Beibehaltung seiner Kanzlei in G eine Zweigstelle in O. Diese hat er nach den insoweit auch durch das Berufungsvorbringen im Kern nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen des OLG mit einem möglichst geringen Aufwand und Kostenrisiko seit dem Jahre 2007 aufgebaut. Vorhanden sind Räumlichkeiten zum Empfang und zur Besprechung mit Mandanten sowie moderne Kommunikationsmittel. Für die Zweigstelle existiert eine eigene Telefonnummer, eingehende Anrufe werden automatisch in die Kanzlei nach G weitergeleitet, wo sich die Mitarbeiter aufhalten, wo Aktenführung und Buchhaltung erfolgen und wo die Schreibarbeiten ausschließlich erledigt werden. Demzufolge führt der Kläger seine Kanzleigeschäfte nahezu ausschließlich an seinem Kanzleisitz in G, wo sich i.Ü. die wirtschaftlichen Grundlagen seiner Tätigkeit befinden. Auch wenn die Zweigstelle von Anfang an „schwarze Zahlen geschrieben“ hat, also einen gewissen, vom Kläger nicht konkret dargelegten Gewinn erzielt hat, ändert das nichts daran, dass der Kläger nicht hauptberuflich bzw. schwerpunktmäßig in O tätig war, sondern vielmehr – was er selbst nicht in Abrede stellt – die eigentlichen Grundlagen der Existenz in G erwirtschaftet hat.

[8] c) Soweit der Kläger meint, der Gesetzgeber habe es nach Aufhebung des Zweigstellenverbots lediglich versäumt, § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. entsprechend anzupassen, verkennt er, dass der Gesetzgeber durch die inhaltlich kaum geänderte Neufassung des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO durch Gesetz zur Änderung der BNotO v. 2.4.2009 (BGBl. I, S. 696) zum Ausdruck gebracht hat, an dem Erfordernis der örtlichen Wartezeit mit dem bisher verstandenen Inhalt festhalten zu wollen (vgl. Eylmann/Vaasen/*Schmitz-Valckenberg*, BNotO, 3. Aufl., § 6 Rn. 32; Schippel/Bracker/*Görk*, BNotO, 9. Aufl., § 6 Rn. 33). Es war nicht Sinn und Zweck des Wegfalls des Zweigstellenverbots, einem Rechtsanwalt allein durch den Betrieb von mehreren Kanzleien an verschiedenen Orten ohne Berücksichtigung eines Tätigkeitsschwerpunkts erweiterte Optionen für eine Notarstelle zu verschaffen.

[9] d) Schließlich ist das pauschale Vorbringen des Klägers, § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. sei mit „EU-Normen“ nicht vereinbar, nicht nachvollziehbar. Weder wird dargetan, gegen welche „EU-Norm“ § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. verstoßen soll, noch ist ersichtlich, inwiefern das vom Kläger angeführte Urteil des EuGH v. 24.5.2011 (C-54/08, *ZNotP 2011, 301* = NJW 2011, 2941 ff.) betreffend den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare Bedeutung für die Vorschriften über die Wartezeiten haben könnte.

[10] e) Da der Kläger nach alledem die örtliche Wartezeit des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO a.F. nicht erfüllt und eine Ausnahme von diesem Regelerfordernis erkennbar nicht in Betracht kommt (dazu vgl. Senatsbeschl. v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75, 77 = *JurionRS 2006, 20309* und v. 17.11.2008 – NotZ 10/08, *ZNotP 2009, 29* = NJW-RR 2009, 350, 352), ist dessen Bewerbung zu Recht nicht in das Auswahlverfahren gem. § 6 Abs. 3 BNotO einbezogen worden.

[11] 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren nicht für erstattungsfähig zu erklären, weil diese sich nicht durch einen eigenen Sachantrag an dem Kostenrisiko beteiligt hat.

## Grundbucheinsichten ohne Berechtigung

BNotO § 14 Abs. 1, 3

### Leitsatz (nicht amtlich):

**Amtspflichtverletzung durch Grundbucheinsichten für Makler ohne vorherige Prüfung, ob die Makler eine Vollmacht des Eigentümers haben.**

BGH, Beschl. v. 5. 3. 2012 – NotSt (Brfg) 3/11

[1] Ein Zulassungsgrund (§ 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 64 Abs. 2 BDG, § 124 Abs. 2 VwGO) ist nicht gegeben:

[2] 1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) bestehen nicht. Zutreffend sieht das OLG einen den Verweis rechtfertigenden Verstoß gegen § 14 Abs. 1 und 3 BNotO darin, dass der Notar – ohne selbst mit Beurkundungen befasst gewesen zu sein – auf blo-

ße Anforderung durch verschiedene Makler in sechs Fällen im automatisierten uneingeschränkten Abrufverfahren nach § 133 Abs. 2 GBO Grundbuchauszüge eingeholt hat, ohne vorab zu prüfen, ob die Makler von den jeweiligen Eigentümern entsprechend bevollmächtigt waren.

[3] 2. Auch der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung gem. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegt nicht vor. Für die vom Kläger geltend gemachte Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 BNotO gibt es keine Anhaltspunkte. Die grundsätzliche Frage, ob ein Notar – sofern eine Beauftragung durch den Eigentümer vorliegt und er eine solche – anders als hier – überprüft hat, stets auch im uneingeschränkten automatisierten Abrufverfahren tätig werden darf (vgl. *Völzmann*, DNotZ 2011, 164 ff.), war hier nicht entscheidungserheblich.

[4] 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO, §§ 3, 77 Abs. 1 BDG, § 154 Abs. 2 VwGO; die Wertfestsetzung ist gem. § 111g Abs. 1 Satz 1 BNotO i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG erfolgt.

## ZNotP-Kostenecke

### Entscheidungen zum Kostenrecht

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

#### Liste der Gesellschafter; Anfrage bei der IHK zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit

1. Der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, erhält nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO.
2. Holt der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, vor der Anmeldung zum Handelsregister auftragsgemäß eine Stellungnahme der zuständigen IHK zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit ein, so fällt hierfür eine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO an.

BGH, Beschl. v. 14. 2. 2012 – II ZB 18/10

#### Sachverhalt:

Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete am 22.9.2005 einen Gesellschaftsvertrag, durch den die Kostenschuldnerin als GmbH gegründet wurde, sowie einen Beschluss zur Geschäftsführerbestellung. Außerdem fertigte der Notar im Auftrag der Kostenschuldnerin eine Liste der Gesellschafter und holte eine Stellungnahme der zuständigen IHK zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit ein. In seiner Kostenberechnung vom selben Tag forderte der Notar – neben einer 20/10 Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und einer 20/10 Gebühr nach § 47 KostO für die Beurkundung von Beschlüssen von Gesellschaftsorganen – für das Fertigen der Gesellschafterliste und die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme unter Hinweis auf § 147 Abs. 2 KostO jeweils eine 5/10 Gebühr aus einem Wert von 3.750 € (15 % des

vollen Geschäftswerts) i.H.v. 17 € nebst MWSt. Der Präsident des LG wies den Notar an, die Berechtigung dieses Kostenansatzes gerichtlich überprüfen zu lassen.

#### Entscheidung:

Das LG hat die Kostenberechnung um die für das Fertigen der Gesellschafterliste angesetzte Gebühr gekürzt und die Weisungsbeschwerde i.Ü. als unbegründet zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde wendet sich der Notar aus eigenem Recht gegen die vorgenommene Kürzung. I.Ü. verfolgt er die Weisungsbeschwerde auf weitere Anweisung des Präsidenten des LG weiter. Das OLG (OLG Frankfurt/M., ZIP 2010, 2446 = JurionRS 2010, 27332) beabsichtigt, der weiteren Weisungsbeschwerde stattzugeben und die weitere Beschwerde i.Ü. zurückzuweisen. Es sieht sich hieran durch die Entscheidungen anderer OLG gehindert, die dem Notar für das Erstellen der Gesellschafterliste bzw. die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zugebilligt haben. Deshalb hat das OLG die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Das vorliegende OLG ist der Ansicht, auf der Grundlage des bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008 (MoMiG) am 1.11.2008 geltenden Rechts stehe einem Notar, der die Gesellschaftsgründung beurkundet habe, für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu. Die Erstellung der Gesellschafterliste stelle ein Nebengeschäft dar (§§ 35, 147 Abs. 3 KostO), da sie die Vollziehung der Anmeldung und damit, im Hinblick auf § 11 Abs. 1 GmbHG, auch das Geschäft der Gesellschaftsgründung fördere. Gleiches gelte für die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme, weil der Notar den von ihm zu bewirkenden Rechtserfolg fördere, wenn er etwaigen Bedenken der IHK schon vor der Anmeldung zum Handelsregister Rechnung trage.

Demgegenüber vertreten das OLG Stuttgart (JurBüro 1984, 1078), das OLG Saarbrücken (MittRhNotK 1984, 222) und das OLG Celle (JurBüro 1994, 41) die Auffassung, die Fertigung der Gesellschafterliste löse eine Betreuungsgebühr aus; sie sei kein

Nebengeschäft, weil sie nicht zum Pflichtenkreis des Notars gehöre, der die Handelsregisteranmeldung beurkundet habe. Das OLG Oldenburg (JurBüro 1982, 1714) hat dem bei der Gründung und Anmeldung einer GmbH tätigen Notar für die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine Betreuungsgebühr zugebilligt. Diese Divergenzen rechtfertigen die Vorlage.

#### Entscheidung des BGH:

1. Für die Erstellung der Gesellschafterliste ist keine Betreuungsgebühr angefallen.

a) Bei der Gründung einer GmbH mit mehreren Gesellschaftern entstehen regelmäßig je eine 20/10 Notargebühr für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags nach §§ 141, 32, 36 Abs. 2 KostO sowie für die Beurkundung von Beschlüssen von Geschäftsorganen (Geschäftsführerbestellung) nach §§ 141, 32, 47 Satz 1 KostO. Wird auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet, fällt außerdem eine 5/10 Gebühr nach §§ 141, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO an, sofern § 44 Abs. 1 KostO keine Anwendung finden sollte. Ob dem Notar darüber hinaus für das Fertigen der nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG für die Handelsregistereintragung erforderlichen Gesellschafterliste eine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO zusteht, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten.

aa) Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum sehen – nach der hier maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – im Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar ein gebührenpflichtiges selbstständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG Stuttgart, JurBüro 1984, 1078; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1984, 222; OLG Celle, JurBüro 1994, 41; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 147 Rn. 49; *Bengel/Tiedtke*, in: *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 147 Rn. 113; *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 89 und 101; *Kanzleiter*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort GmbH, Anm. 4.5; *Mümmeler*, JurBüro 1989, 770; *Reimann*, DNotZ 1987, 642 ff.; *Tiedtke*, ZNotP 2002, 121, 124; Bayerische Notarkammer, MittBayNot 1977, 141). Eine an sich von den Geschäftsführern zu erbringende Tätigkeit (§ 78 GmbHG), die deshalb nicht zum Pflichtenkreis des beurkundenden Notars gehöre, sondern von ihm nur aufgrund eines besonderen Auftrags, den er auch ablehnen könne, ausgeführt werde, und die für die Abwicklung und den Vollzug der Beurkundung selbst nicht notwendig sei, stelle kein Nebengeschäft dar. Teilweise wird auch auf die Verantwortlichkeit des Notars für den Inhalt der von ihm entworfenen Erklärungen und das daraus folgende Haftungsrisiko abgestellt (*Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 441; vgl. *Bund*, JurBüro 2005, 234; *Kanzleiter*, a.a.O., § 142 Nr. 48).

bb) Demgegenüber betrachten ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, Rpfleger 1977, 228 ff.; OLG Frankfurt/M., JurBüro 1987, 590; ebenso für den Fall, dass der Notar neben der Handelsregisteranmeldung auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet hat OLG Hamm, NZG 2002, 486 = ZNotP 2002, 123; OLG Frankfurt/M., NZG 2007, 919 = ZNotP 2008, 38) und ein Teil des Schrifttums (*Rohs*, in: *Rohs/Wedewer*, KostO, 2011, § 41a Rn. 11, § 147 Rn. 27) das Fertigen der Gesellschafterliste durch den Notar als Nebengeschäft und lehnen den Anfall einer Betreuungsgebühr ab. Die Gesellschafterliste müsse zwar nicht zwingend durch den Notar gefertigt werden,

sie sei aber als notwendige Anlage zur Handelsregisteranmeldung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) unerlässlich für den Rechtserfolg des Vorgangs, für den der Notar beauftragt sei. § 35 KostO stelle als kostenrechtliche Vorschrift nur auf das Verhältnis einer Tätigkeit des Notars zum Hauptgeschäft ab, nicht darauf, ob der Notar dienstrechtlich zur Übernahme dieser Tätigkeit verpflichtet sei (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2005, 231 ff. = ZNotP 2005, 478).

b) Der Senat folgt im Ergebnis der zuletzt genannten Auffassung.

Erstellt der Notar, der die Gründung einer zum Handelsregister anzumeldenden GmbH beurkundet hat, auch die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so fällt hierfür – nach der vorliegend maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – keine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO an. Bei der Erstellung der Gesellschafterliste handelt es sich um eine Vollzugstätigkeit zum Beurkundungsgeschäft, für die der Notar neben der Beurkundungsgebühr grds. nur dann eine weitere Gebühr erhält, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 146 Abs. 3 KostO erfüllt sind. Kommt eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 3 KostO, wie vorliegend, nicht in Betracht, weil es nicht um die nähere Begründung eines Antrags oder eine Beschwerde geht, ist im Regelfall ein Nebengeschäft (§ 35 KostO) anzunehmen, für das keine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt (§ 147 Abs. 3 KostO).

aa) Der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO kommt als Auffangregelung nur zur Anwendung, wenn die KostO für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – V ZB 87/05, WM 2006, 1974 = ZNotP 2006, 397 Rn. 8; Beschl. v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 363 Rn. 5). Eine derartige, die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung ist für Vollzugstätigkeiten zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr bekommt, in § 146 Abs. 3 KostO enthalten.

Während in § 146 Abs. 1 und 2 KostO die Gebühren für den Vollzug der dort genannten Grundstücksgeschäfte mit Sperrwirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO im Grundsatz abschließend geregelt sind, betrifft § 146 Abs. 3 KostO die Gebühren für Vollzugstätigkeiten „in anderen Fällen; in denen der Notar bereits eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr verdient“. Zu den damit angesprochenen Geschäften zählen u.a. Registersachen (BGH, Beschl. v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 363 Rn. 12; *Rohs*, a.a.O., § 146 Rn. 49; *Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 146 Rn. 36).

Auch § 146 Abs. 3 KostO entfaltet, ebenso wie die beiden ersten Absätze dieser Vorschrift, grds. eine Ausschlusswirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO (vgl. *Rohs*, a.a.O., § 146 Rn. 4; *Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 146 Rn. 4). § 146 KostO ist für Tätigkeiten, die der Notar erbringt, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, im Verhältnis zu der allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte in § 35 KostO, auf die § 147 Abs. 3 KostO Bezug nimmt, die speziellere Norm. Demzufolge sind Vollzugstätigkeiten zu den in § 146 KostO erfassten Urkundsgeschäften nur unter den dort aufgeführten Voraussetzungen gesondert zu vergüten. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fällt für eine entsprechende Vollzugstätigkeit grds. auch keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an.

Für die Annahme einer solchen grundsätzlichen Sperrwirkung sprechen neben dem Wortlaut des § 146 KostO, der auf eine umfassende Regelung der für Vollzugstätigkeiten anfallenden Gebühren auch in Abgrenzung zu der Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO hindeutet, die Überlegungen, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgebend waren. Seinerzeit wurden Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, grds. als gebührenfreie Nebengeschäfte i.S.d. § 27 KostO a.F. (§ 35 KostO n.F.) angesehen; nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden. Der Gesetzgeber wollte diese Regelung im Grundsatz beibehalten und lediglich für die typischerweise besonders aufwändigen und verantwortlichen Tätigkeiten zum Vollzug von Grundstücksgeschäften eine weitere Ausnahme schaffen.

bb) Erstellt der Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung der Gründung einer GmbH und im Hinblick auf deren Anmeldung zum Handelsregister die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so handelt es sich – nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG – um eine Tätigkeit zum Vollzug der Gründungsbeurkundung.

Der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs ist kostenrechtlich und für alle Absätze der Vorschrift einheitlich zu verstehen. Dem Vollzug des Geschäfts dienen alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschl. v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 397 Rn. 8 ff. zum Vollzug von Grundstücksgeschäften).

Die Erstellung der Gesellschafterliste dient im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung. Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in Befolgung des § 7 Abs. 1 GmbHG angestrebt wird, zielt auf die Errichtung einer GmbH als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrags die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendigen Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat – im vorliegenden Fall ist dies nicht festgestellt –, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend.

Die Annahme einer Vollzugstätigkeit scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Notar die Gesellschafterliste nicht aufgrund amtlicher Verpflichtung, sondern im Auftrag der Kostenschuldnerin erstellt hat. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundsgeschäfts dient, ist nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidend (BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – V ZB 87/05, WM 2006, 1974 = ZNotP 2006, 397 Rn. 20 m.w.N.).

cc) Die grds. bestehende Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Fertigung der Gesellschafterliste als Nebengeschäft gebührenfrei bleibt (§ 147 Abs. 3 KostO).

Allerdings ist eine Ausnahme von der Sperrwirkung in Betracht zu ziehen, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können, als

die in § 146 KostO geregelten Fälle (vgl. BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – V ZB 87/05, WM 2006, 1974 = ZNotP 2006, 397 Rn. 12). In der vorliegenden Konstellation bestehen indes keine Umstände, die eine solche Ausnahme nahelegen. Auf der Grundlage des hier maßgebenden alten Rechts handelt es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste nicht um eine Notartätigkeit, die den Vollzugstätigkeiten für Grundbuchgeschäften des § 146 Abs. 1 und 2 KostO oder den besonders begründeten Anträgen und Beschwerden bei sonstigen Geschäften i.S.d. § 146 Abs. 3 KostO nach Aufwand und Verantwortung typischerweise gleichzusetzen wäre.

Eine andere Beurteilung ist für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG in Erwägung zu ziehen, da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n.F.). Für die hier zu treffende Entscheidung kommt es auf diese Frage aber nicht an.

2. Für die Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsstellungnahme der IHK ist eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angefallen.

a) Die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte nicht in Vollzug der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, sodass die Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO hier nicht eingreift.

Dem Vollzug des Geschäfts dienen – wie ausgeführt – alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführungen zu ermöglichen. Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Sie ist keine für die (mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags angestrebte) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister notwendige Maßnahme. Vielmehr obliegt es dem Registergericht, zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen in zweifelhaften Fällen, das Gutachten der IHK einzuholen (§ 23 Satz 1 der Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters – Handelsregisterverordnung in der bis zum 31.12.2006 gültigen Fassung). Hat bereits der Notar – unabhängig von möglichen Zweifeln des Registergerichts an der firmenrechtlichen Zulässigkeit – eine Unbedenklichkeitsstellungnahme der IHK eingeholt, so mag dies zu einer Beschleunigung des Eintragungsverfahrens beitragen. Damit handelt es sich um eine unterstützende Maßnahme des Notars, von der der Vollzug des Geschäfts aber nicht abhängt.

b) Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte im Auftrag der Kostenschuldnerin, für diese Tätigkeit ist eine anderweitige Gebühr nicht bestimmt (§ 147 Abs. 2 KostO).

c) Gem. § 147 Abs. 3 KostO erhält der Notar die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit allerdings nur, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen zustehende Gebühr abgegolten wird. Ob die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme im Zusammenhang mit der Beurkundung einer GmbH-Gründung als gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt, ist umstritten.

aa) Eine Meinung hält die Einholung der Stellungnahme durch den Notar für ein gebührenpflichtiges selbstständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG Oldenburg, JurBüro 1982,

1714; *Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 147 Rn. 129; *Lappe*, a.a.O., Anm. zu § 147 KostO Nr. 82; *Filzek*, a.a.O., § 147 Rn. 49). Immer dann, wenn die Tätigkeit des Notars über reine Vorbereitungs- oder Vollzugstätigkeiten hinausgeht und sich nicht an das Gericht oder am Hauptgeschäft Beteiligten richtet, sondern an einem Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten, handelt es sich um eine nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergütende Geschäftsbesorgung des Notars und nicht um ein bloßes Nebengeschäft i.S.d. § 35 KostO.

bb) Die Gegenauffassung bejaht ein gebührenfreies Nebengeschäft (OLG Frankfurt/M., JurBüro 1987, 590; *Rohs*, a.a.O., § 147 Rn. 12, 26). Auch eine über den Pflichtenkreis des Notars hinausgehende Tätigkeit könne das Amtsgeschäft vorbereiten oder fördern.

cc) Der Senat teilt im Ergebnis die erstgenannte Ansicht. Der Ausschlussatbestand des § 147 Abs. 3 KostO ist hier nicht erfüllt, weil die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme kein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt.

Unter einem Nebengeschäft werden herkömmlich alle Notartätigkeiten verstanden, die im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minderwichtige Tätigkeiten erscheinen und mit dem Hauptgeschäft derart in Zusammenhang stehen, dass sie nicht als selbstständiges Geschäft in Erscheinung treten, sondern nur dazu dienen, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (KGJ 53, 323, 324; OLG München, DNotZ 1937, 504, 505; OLG München, DNotZ 1939, 354; KG, DNotZ 1941, 71, 72; OLG München, DNotZ 1944, 71; OLG Düsseldorf, DNotZ 1957, 333; OLG Karlsruhe, DNotZ 1957, 331 ff.; OLG Frankfurt/M., DNotZ 1962, 256, 258; BayObLG, DNotZ 1996, 396, 397; s. auch OLG Hamm, NGZ 2002, 486; *Rohs*, a.a.O., § 147 Rn. 26; kritisch *Bengel*, DNotZ 1996, 361; *Lappe*, in: *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a.a.O., § 35 Rn. 4).

Allerdings ist ein Nebengeschäft nach § 35 KostO nicht schon immer dann anzunehmen, wenn eine vom Notar übernommene weitere Tätigkeit dem mit der Beurkundung letztlich beabsichtigten Rechtserfolg (irgendwie) dient. Nimmt der Notar eine eigenständige Betreuungstätigkeit wahr, ohne hierzu verpflichtet zu sein, im Auftrag der Parteien neben der Beurkundung und dem Vollzug übernommen hat, ist diese nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten, auch wenn sie den Beteiligten eine Hilfestellung bietet und so dem letztlich beabsichtigten Rechtserfolg dient (vgl. BGH, Beschl. v. 12.5.2005 – V ZB 40/05, BGHZ 163, 77, 80 = ZNotP 2005, 354; Beschl. v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 363 Rn. 13).

Nach diesem Maßstab ist die Einholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht als Nebengeschäft zu werten. Der Notar entfaltet insoweit eine Tätigkeit, zu der er nicht schon von Amts wegen verpflichtet ist, die sich durch die Einschaltung eines am Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten vom Hauptgeschäft hinreichend abhebt und von der der Erfolg des Geschäfts auch nicht abhängt.

#### Anmerkung:

Der BGH hat mit diesem Beschluss gleich zu zwei Fragen entschieden, nämlich

- zur kostenrechtlichen Einordnung der Erstellung einer Gesellschafterliste, die mit der Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft beim Handelsregister einzureichen ist, und

- zur Frage, ob eine gebührenpflichtige Betreuungstätigkeit vorliegt, wenn der Notar im Auftrag der Beteiligten bei der IHK die Unbedenklichkeit der firmenrechtlichen Gestaltung klärt.

#### 1. Zur Gesellschafterliste für den Gesetzesstand vor dem 1.11.2008:

a) Ob die vom Notar erstellte Gesellschafterliste bei Anmeldung der neu errichteten Gesellschaft, wenn er die Gesellschaftsgründung beurkundet hat, gebührenpflichtig ist oder ob ein gebührenfreies Nebengeschäft vorliegt, war umstritten. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur war die Meinung geteilt (s. hierzu die Ausführungen des BGH in der Beschlussbegründung Rn. 10 ff.). Der BGH meint nun, es entstehe für das Fertigen der Gesellschafterliste keine zusätzliche Gebühr, wenn der Notar die Registeranmeldung entweder beurkundet oder im Auftrag der Beteiligten den Entwurf gefertigt hat, beschränkt seine Auffassung aber ausdrücklich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG, also auf den Gesetzesstand vor dem 1.11.2008.

b) Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste um eine Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO zur beurkundeten Gesellschaftsgründung handelt. § 146 Abs. 1 KostO ist allerdings schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei der Errichtung einer GmbH nicht um ein Grundstücksgeschäft im Sinne dieser Vorschrift handelt. Der BGH hätte aber dann zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, wenn das Stammkapital nicht in Geld, sondern durch Einbringung eines Grundstücks erbracht und die Erfüllung, nämlich die Auffassung mitbeurkundet worden wäre. Die Übertragung eines Grundstücks in Erfüllung einer Einlagepflicht aus Anlass der Errichtung einer Gesellschaft ist Grundstücksveräußerung i.S.v. § 146 Abs. 1 Satz 1, 1. HS KostO. Festzuhalten ist daher, dass eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO nur ausnahmsweise in Betracht kommen kann. Für die Einordnung als Vollzugstätigkeit sei es unerheblich, ob die Gesellschafterliste aufgrund amtlicher Verpflichtung oder im Auftrag der Kostenschuldner erstellt wird. Maßgebend ist allein der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft, das vom Notar zu vollziehen ist (so BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – V ZB 87/05, WM 2006, 1974 = DNotZ 2006, 954 = ZNotP 2006, 397 = MittBayNot 2007, 71 = RNotZ 2006, 621 = JurBüro 2006, 600 = Rpfleger 2006, 676).

c) Vollzugstätigkeiten können nur nach § 146 KostO beurteilt werden. Ist § 146 KostO nicht einschlägig, kann für die Vollzugstätigkeit wegen der Sperrwirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO nicht als gebührenpflichtiges Betreuungsgeschäft eingeordnet werden. Das ist inzwischen h.M. der Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 = ZNotP 2007, 363; ZNotP 2007, 397 = MittBayNot 2007, 71 = RNotZ 2007, 556 = JurBüro 2007, 537 = Rpfleger 2007, 627), welcher die Literatur einhellig gefolgt ist (vgl. z.B. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 146 Rn. 36; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 146 Rn. 149).

d) Eine Ausschlusswirkung zu § 147 Abs. 2 KostO entfaltet auch § 146 Abs. 3 KostO. Alle Vollzugstätigkeiten werden damit nach § 146 KostO als die speziellere Norm beurteilt. Was seinem Wesen nach Vollzugstätigkeit ist, kann damit nicht dem § 147 Abs. 2 KostO als Auffangnorm unterfallen. Eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 3 KostO entsteht nur dann (ohne Rücksicht auf die Art des Rechtsgeschäfts), wenn ein Antrag oder eine Beschwerde näher rechtlich oder tatsächlich zu begründen ist. Das sei bei Erstellung der Gesellschafterliste nicht der Fall.

e) Als Vollzugstätigkeiten gem. § 146 KostO seien alle Tätigkeiten zu verstehen, die zum Vollzug der beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen notwendig sind. Bei der Erstellung der Gesellschafterliste läge eine solche Vollzugstätigkeit vor, da sie auch im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung dient. Abzugrenzen sind Tätigkeiten, die erst das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts betreffen, wie z.B. die Einholung der Genehmigungserklärung eines unmittelbar Beteiligten. Erst mit Vorlage der Genehmigung kommt das Rechtsgeschäft zustande, für welches Vollzugstätigkeiten entfaltet werden können (OLG Köln, RNotZ 2003, 528; LG Düsseldorf, RNotZ 2009, 675; *Lappe*, DNotZ 1990, 326; a.A. OLG Hamm, JurBüro 1987, 418).

## 2. Zur Gesellschafterliste für den Gesetzesstand nach dem 1.11.2008:

a) Der BGH stellt in Rn. 24 seiner Beschlussbegründung ausdrücklich fest, dass eine Ausnahme von der Sperrwirkung in Betracht zu ziehen ist, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle. Für die Erstellung einer Gesellschafterliste lägen – für die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – keine derartigen Umstände vor. Allerdings lässt der BGH ausdrücklich offen, wie die Listenerstellung für die Zeit nach Inkrafttreten des MoMiG einzuordnen ist. Da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n.F.), sei für eine andere Beurteilung in Erwägung zu ziehen.

Die Entscheidung des BGH ist – wie an mehreren Stellen ausdrücklich betont wird – auf die Rechtslage vor dem 1.11.2008 zu beschränken. Der Hinweis des BGH auf eine mögliche andere Betrachtungsweise deutet darauf hin, dass die Sperrwirkung der §§ 146 und 147 Abs. 2 KostO für die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG nicht greift. Deshalb dürfte es zumindest der Rechtsprechung des BGH nicht entgegenstehen, das Erstellen der Gesellschafterliste (gleich ob beim Gründungsvorgang oder bei nachfolgenden Kapitalmaßnahmen) als betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO (5/10 Gebühr aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert von 10 – 20 % aus dem Stammkapital oder dem Erhöhungsbetrag bei Kapitalerhöhung) zu bewerten (s. hierzu die Hinweise in Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rn. 1257).

b) Mit dem Beschluss des BGH zur Listenerstellung besteht nunmehr Klarheit für die Rechtslage vor dem 1.11.2008. Eine bis dahin erstellte Liste ist als Vollzugstätigkeit zur Beurkundung der GmbH-Errichtung gebührenfreies Nebengeschäft gem. § 35 KostO, da § 146 KostO nicht anwendbar ist und § 147 Abs. 2 KostO wegen Sperrwirkung für Vollzugstätigkeiten

ausgeschlossen ist. Neu ist bei dieser Betrachtungsweise, dass erstmals nicht nur das Anfordern und die Entgegennahme von Vollzugsunterlagen und die Weitergabe an das Gericht als Vollzugstätigkeit qualifiziert wird, sondern nunmehr auch das Erstellen, also der Entwurf einer zum Vollzug notwendigen Erklärung. Bislang war unstrittig, dass § 146 KostO ausgeschlossen ist, wenn der Notar mit dem Entwurf einer Erklärung beauftragt war. Der Entwurf ist – je nach Inhalt des entworfenen Schriftstücks – nach § 145 Abs. 1 KostO oder nach § 147 Abs. 2 KostO zu bewerten; das zusätzliche Anfordern ist damit abgegolten, sodass ein Nebeneinander der §§ 145 Abs. 1 und 146 Abs. 1 oder 147 Abs. 2 KostO nicht in Betracht kommen kann (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 2006, 93 = JurionRS 2005, 17803). Deshalb überrascht das Ausweiten des Vollzugsbegriffs auf Entwurfsleistungen, denn die Erstellung einer Gesellschafterliste wurde seither weder als Vollzugs- noch als Betreuungstätigkeit angesehen, sondern als „Entwurfstätigkeit“. Die Praxis hatte sich daher vom BGH Hinweise erhofft, ob für das Entwerfen der Gesellschafterliste § 145 Abs. 1 KostO oder § 147 Abs. 2 KostO (wie bisher angenommen) maßgebend ist. Insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Verweisungsurkunde (DNotZ 2006, 382 = ZNotP 2006, 117 = MittBayNot 2006, 351 = RNotZ 2006, 344 = JurBüro 2006, 376 = NotBZ 2006, 141) war unklar geworden, ob der Entwurf der Gesellschafterliste nicht doch § 145 Abs. 1 KostO zuzuordnen ist. Diese Frage blieb letztlich offen. Die eigentliche „Vollzugstätigkeit“, nämlich das Beschaffen der Gesellschafterliste durch Anfordern bei der Gesellschaft oder den Gründern, wurde von den Notaren schon in der Vergangenheit nicht als Vollzugs- oder Betreuungstätigkeit gesehen.

## 3. Zur Anfrage bei der IHK:

Auch nach Auffassung des BGH liegt eine betreuende Tätigkeit vor, wenn der Notar im Auftrag der Beteiligten eine Unbedenklichkeitsstellungnahme zur Firmengestaltung bei der IHK einholt (so schon bisher OLG Oldenburg, JurBüro 1982, 1714; OLG Düsseldorf, ZNotP 2009, 206; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2009, 595, 605; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 147 Rn. 129; Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rn. 1260). Hierbei handelt es sich nicht um eine Vollzugstätigkeit i.S.v. § 146 Abs. 1 KostO; es liegt – so nunmehr auch der BGH – keine für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister notwendige Maßnahme vor. Vielmehr obliegt es dem Registergericht, zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen in Zweifelsfällen ein Gutachten bei der IHK einzuholen (§ 23 Satz 1 HRegV). Wird diese Aufgabe auf den Notar übertragen, entsteht eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem angemessenen Schätzwert nach § 30 Abs. 1 KostO (10 – 30 % aus dem Wert des Gesellschaftsvertrags).

## ZNotP-Fragezeichen

1. b) Die Regelung über den Nutzungsübergang bedeutet nach st. Rspr. noch keine Abtretung, da ebenso gut die Verteilung der Mietzinsansprüche im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer gemeint sein kann (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1234 und BGH, NJW-RR 2004, 656 = JurionRS 2003, 23184).
2. a) Nach § 1093 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Dienstbarkeiten zugunsten einer rechtsfähigen Personengesellschaft, die etwa ein Abwasserleitungsrecht zum Inhalt haben, übertragbar.