

6 | MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2008 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Die Reform des GmbH-Rechts

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Nach einem mehrere Jahre dauernden Gesetzgebungsverfahren zur Reform des GmbH-Rechts tritt dieses am ersten Tage des Folgemonats nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft. Die Reform betrifft die notarielle Praxis in vielerlei Hinsicht, insbesondere bezüglich der Gründung von Gesellschaften, der Vorteilhaftigkeit der unterschiedlichen Rechtsformen, des Kostenrechts sowie des Unternehmensverkaufs und der Kapitalmaßnahmen. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die für die notarielle Praxis wichtigsten Auswirkungen und gibt Hinweise auf Auslegungsschwierigkeiten sowie Folgerungen für die Gestaltungspraxis. Die Vertiefung von Einzelproblemen und die besonderen Probleme der Krise und Missbrauchs- bekämpfung müssen aus Platzgründen weiteren Beiträgen vorbehalten bleiben.

I. Einführung

Während die jüngste GmbH-Reform sich zunächst nur auf die Herabsetzung des Stammkapitals fokussierte, ist nunmehr eine grundlegende Reform¹ des GmbH-Rechts geschaffen worden, die sowohl zahlreiche Bereiche des Gesellschaftsrechts, insbesondere des GmbH-Rechts, ändert und modernisiert als auch ein neues Gleichgewicht zwischen Gläubigerschutz und Haftung begründet. Auch andere Rechtsformen sind von der Reform betroffen, insbesondere bezüglich der

Handelsregisteranmeldungen. Durch die Reform soll auch die *Limited* zurückgedrängt werden, indem die Attraktivität der GmbH gesteigert wird. Die Reform betrifft einerseits Aspekte formeller Art, ebenso aber auch wesentliche materiellrechtliche Grundlagen des Gesellschaftsrechts.

Der Beitrag hat seinen Redaktionsschluss Mitte Oktober. Zu diesem Zeitpunkt ist das Gesetzgebungsverfahren² bereits abgeschlossen, die Verkündung im Bundesgesetzblatt steht jedoch noch aus.³

¹ Siehe zu den Diskussionen die Auswahl neuerer Beiträge von *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953; *Behme*, BB 2008, 70; *Bittmann*, GmbHR 2007, 70; *Bohrer*, DStR 2007, 995; *Borrmann/Ulrichs*, GmbHR 2008, 119; *Breitenstein/Meyding*, BB 2007, 1475; *Büchel*, GmbHR 2007, 1065; *Burg/Westerheide*, BB 2008, 62; *Carlé*, KÖSDI 2007, 15631; *Drygala*, NZG 2007, 561; *Elsing*, ZNotP 2007, 377; *Hamann*, NZG 2007, 492; *Ehinger*, BB 2006, 2701; *Fliegner*, DB 2008, 1668; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894; *Gesell*, BB 2007, 2241; *Hägele*, GmbHR 2007, 258; *Heckschen*, ZErB 2008, 246; *ders.*, DStR 2007, 1442; *Hölzle*, GmbHR 2007, 729; *ders.*, DStR 2007, 1185; *T. Jacob*, GmbHR 2007, 796; *Kammerter/Geißelmeier*, NZI 2007, 214; *Karsten*, GmbHR 2007, 958; *Kindler*, AG 2007, 721; *Knof*, DStR 2007, 1536; *Knof/Mock*, GmbHR 2007, 852; *Krolop*, GmbHR 2007, 117; *D. Mayer*, DNotZ, 2008, 403; *Meilicke*, GmbHR 2007, 225; *S. Meyer*, BB 2008, 1742; *Mohr*, GmbH-StB 2006, 206; *Noack*, DB 2007, 1395; *Oppenhoff*, BB 2008, 1630; *Peters*, GmbHR 2008, 245; *Poertzgen*, NZI 2007, 15; *ders.*,

ZInsO 2007, 574; *ders.*, GmbHR 2007, 1258; *Preuß*, GmbHR 2007, 57; *Schmahl*, NZI 2008, 6; *H. Schmitt*, BKR 2007, 1; *K. Schmidt*, DB 2008, 1727; *ders.*, GmbHR 2007, 1; *Schmidt*, GmbHR 2007, 1072; *Schröder/Grau*, ZInsO 2007, 353; *Seibert*, GmbHR 2007, 673; *Thiessen*, DStR 2007, 202; *Ulmer*, ZIP 2008, 45; *Veil*, GmbHR 2007, 1080; *Vossius*, DB 2007, 2299; *Wachter*, GmbHR 2006, 793; *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841; *ders.*, GmbH-StB 2007, 213; *ders.*, DStR 2007, 1914; *ders.*, GmbH-StB 2007, 319; *Wedemann*, WM 2008, 1381; *Weller*, DStR 2007, 1166; *Wilhelm*, DB 2007, 1510; *Winter*, DStR 2007, 1484; *Wirsch*, GmbHR 2007, 736.

² Zu den Gesetzgebungsmaterialien siehe BT-Drucks. 16/6140 (Regierungsentwurf samt Begründung, Bundesratsstellungnahme und Erwiderung der Bundesregierung); BT-Drucks. 16/9737 (Beschluss des Rechtsausschuss).

³ Das Gesetz tritt zum folgenden Monatsersten nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft, voraussichtlich also zum 1.11.2008.

II. Neuerungen im Gründungsverfahren

1. Stammkapital und Einpersonengründung

Entgegen früheren Planungen wird das Stammkapital für die Regel-GmbH⁴ nicht reduziert, sondern verbleibt bei 25.000 €. Der Grund für diese Entscheidung beruht auf dem Wunsch, den Abstand zwischen GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) hinreichend klar zu erhalten. Das Stammkapital muss – entgegen zwischenzeitlichen Vorschlägen – nicht auf den Briefen und der sonstigen Korrespondenz der Gesellschaft aufgeführt werden.⁵

Die Kapitalaufbringungs Vorschriften werden hingegen erleichtert. Nach § 7 Abs. 2 GmbHG n. F. bedarf es stets nur noch der Aufbringung eines Viertels des Stammkapitals, mindestens jedoch 50 % des Mindeststammkapitals von 25.000 €, bevor die Handelsregisteranmeldung erfolgen darf. Die Erschwernisse für Einpersonengründungen sind daher entfallen. Ebenso wird § 19 Abs. 4 GmbHG a. F. aufgehoben; mit dieser Norm wurde bisher die Vereinigung aller Anteile an einer GmbH in der Hand eines Gesellschafters innerhalb von drei Jahren nach der Gründung sanktioniert. Das gleiche Schicksal der ersatzlosen Streichung ereilt die korrespondierende verfahrensrechtliche Bestimmung des § 144 b FGG.⁶

2. Maßnahmen zur Beschleunigung der Gründung

Ein entscheidendes Anliegen der GmbH-Reform besteht darin, das Gründungsverfahren attraktiver und schneller zu gestalten. Die Geschwindigkeit des Gründungsverfahrens ist insbesondere für die Gesellschafterhaftung von Bedeutung, da während der Phase der Vor-GmbH besondere Haftungsgefahren bestehen und der Geschäftsführer hier nach § 11 GmbHG haftet. Nach altem wie neuem Recht kann eine bis zum Eintragungstichtag eingetretene Unterbilanz zu einer Haftung der der Aufnahme der Geschäfte zustimmenden Gesellschafter führen.⁷

Als wichtigste Maßnahme gilt die Abschaffung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG. Danach kann die Eintragung einer Kapitalgesellschaft auch erfolgen, obwohl staatliche Genehmigungen noch nicht erteilt sind. Das öffentlichrechtliche Genehmigungsverfahren und das Handelsregisterverfahren werden nicht mehr über sog. Unbedenklichkeitsbescheinigungen⁸ verknüpft, sondern unabhängig voneinander ausgestaltet. Wird die staatliche Genehmigung für die genehmigungsbedürftige Tätigkeit allerdings nicht eingeholt, so kann diese der Gesellschaft öffentlichrechtlich untersagt werden. Die vorstehenden Ausführungen gelten aufgrund der Abschaffung des § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG auch für die AG.

Ferner darf das Handelsregister nur noch einen Wertaufbringungs nachweis verlangen, wenn erhebliche Zweifel an der ordnungsmäßigen Kapitalaufbringung bestehen, § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Mit den *erheblichen* Zweifeln sind *begründete* Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung im Einzelfall

gemeint. Die Registergerichte, die bisher standardmäßig die Vorlage von Einzahlungsbelegen forderten, werden insoweit ihre Praxis umstellen müssen.

Soweit die notarielle Praxis⁹ weiter so verfährt, die Handelsregisteranmeldung bereits bei der Gründung unterzeichnen zu lassen und erst nach Zugang des Einzahlungsbelegs an das Handelsregister weiterzuleiten, sollte weiterhin an diesem internen Nachweis oder einer sonstigen Bestätigung der hinreichenden Kapitalaufbringung durch den Geschäftsführer festgehalten werden.

3. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Der Gesetzgeber hat von einer Reduzierung des Stammkapitals abgesehen, weil er als Alternative zur gewöhnlichen GmbH eine neue Unterform der GmbH, die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach Maßgabe des § 5a GmbHG geschaffen hat.¹⁰ Er begründet damit entgegen manchen Reformvorschlägen keine neue Rechtsform,¹¹ sondern eine Unterform der GmbH mit anderem Rechtsformzusatz. Es handelt sich also um eine echte GmbH, die lediglich ein Stammkapital von unter 25.000 € hat und sich daher nicht GmbH, sondern Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), abgekürzt UG (haftungsbeschränkt) nennen muss. Die entscheidenden Sonderbestimmungen für die UG (haftungsbeschränkt) bestehen nach § 5a GmbHG n. F. darin, dass

- die Gründung nur durch Bargründung, nicht durch Sachgründung erfolgen kann, das Stammkapital stets vor Anmeldung zum Handelsregister *in voller Höhe* aufgebracht werden muss,
- bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Geschäftsführer an Stelle des § 49 Abs. 3 GmbHG eine Gesellschafterversammlung einberufen muss¹² und
- eine Zwangsrücklage¹³ in Höhe von einem Viertel des Jahresüberschusses, nach Verrechnung mit Verlustvorträgen und Gewinnvorträgen, in eine Zwangsrücklage eingestellt werden muss.

Diese Zwangsrücklage kann ausschließlich in bestimmten Fällen zur Verlustverrechnung und im Übrigen nur zur Durchführung einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln herangezogen werden, durch die die UG (haftungsbeschränkt) in eine reguläre GmbH transformiert wird. Dabei handelt es sich nicht um einen Vorgang nach dem Umwandlungsgesetz, da die Rechtsform identisch bleibt. Durch Aufstockung des Stammkapitals auf mindestens 25.000 € wird lediglich der Firmenzusatz „GmbH“ verdient.

Hinsichtlich des Verbotes der Sachkapitalgründung stellt sich insoweit die (mehr theoretische) Frage, ob eine verschleierte Sacheinlage in diesen Fällen ebenfalls den Rechtsfolgen des

⁴ Davon zu unterscheiden ist zukünftig die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als Unterform der GmbH.

⁵ *Seibert*, GmbHR 2007, 673, 676.

⁶ Auch im neuen FamFG, das an die Stelle des bisherigen FGG tritt, findet sich keine neue entsprechende Norm (siehe dazu *Krafka*, FGPrax 2007, 51).

⁷ Siehe BGH, GmbHR 2006, 482; GmbHR 1994, 176 = DNotZ 1994, 626; BGHZ 80, 129 = GmbHR 1981, 114; OLG Celle, GmbHR 2000, 1265.

⁸ Siehe *Gottwald*, DStR 2001, 944.

⁹ Siehe dazu *Bärwaldt*, GmbHR 2003, 524; *Kallrath*, DNotZ 2000, 533; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 8 Rdnr. 9 m. w. N.

¹⁰ Siehe dazu *Seibert*, GmbHR 2007, 673; *Veil*, GmbHR 2007, 1080; *Wälzholz*, GmbH-StB 2007, 319; *Wilhelm*, DB 2007, 1510.

¹¹ Dies forderte auch der Deutsche Juristentag, siehe *Noske*, ZRP 2006, 232, 234; DB 2006, Heft 39 (Beilage) = NJW-Dokumentation 42/2006.

¹² Siehe dazu die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/6140, S. 152 mit ablehnender Erwidderung der Bundesregierung.

¹³ Zu den Folgen eines Verstoßes siehe *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 844.

§ 19 Abs. 4 GmbHG unterliegt, was m. E. zu bejahen ist.¹⁴ Im Hinblick auf die in solchen Fällen maßgeblichen Werte erscheinen die praktischen Auswirkungen jedoch eher vernachlässigungsfähig.

Auf die UG (haftungsbeschränkt) finden grundsätzlich alle Bestimmungen Anwendung, die auch für die GmbH gelten. Die UG (haftungsbeschränkt) ist daher auch umwandlungsfähig, obwohl sie im UmwG nicht namentlich erwähnt wird. Eine Kapitalherabsetzung einer GmbH von beispielsweise 50.000 € auf 1 € unter Änderung des Rechtsformzusatzes in „UG (haftungsbeschränkt)“ scheidet hingegen aus,¹⁵ da der Gesetzgeber nicht zuletzt mit der Zwangsrücklage in § 5 a Abs. 3 GmbHG n. F. zum Ausdruck gebracht hat, dass die UG (haftungsbeschränkt) stets nur ein Durchgangsstadium zur GmbH sein soll. Die UG (haftungsbeschränkt) kann jedoch Komplementärin einer KG sein.¹⁶ Nach § 19 Abs. 2 HGB muss der Rechtsformzusatz dann als „UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG“ gebildet werden.

Die UG (haftungsbeschränkt) ist zwar unter Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes nicht frei von Bedenken. Als Antwort des Gesetzgebers auf die (vermeintliche) Flut von *Limiteds* ist sie hingegen als wesentlich bessere Alternative zu begrüßen.

4. Das Musterprotokoll

Im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens zum MoMiG schlug die Bundesregierung¹⁷ vor, in bestimmten Fällen auf die Beurkundung der GmbH-Gründung zu verzichten und stattdessen eine zu beglaubigende Musterhandelsregisteranmeldung, eine Mustergesellschafterliste und ein zu beglaubigendes Mustergründungsprotokoll samt Mustersatzung vorzusehen, § 2 Abs. 1 a GmbHG-E. Von diesem Vorhaben hat der Gesetzgeber nunmehr auf Anregung des Bundesrates¹⁸ Abstand genommen und das Beglaubigungsverfahren mit drei Dokumenten durch ein einheitliches, aber zu beurkundendes Gründungsprotokoll nach zwei vorgegebenen Mustern vorgesehen. Dieses notariell zu beurkundende Gründungsprotokoll hat wesentliche Vorteile gegenüber dem reinen Beglaubigungsverfahren. Einerseits ist der Notar auch bei Verwendung des typischen Gründungsprotokolls zur uneingeschränkten Belehrung verpflichtet, § 17 BeurkG. Er kann dabei über das Wesen der GmbH und deren richtige Behandlung belehren, vor Haftungsgefahren im Gründungsstadium und danach warnen sowie auf die Wahl eines sinnvollen Unternehmensgegenstandes hinwirken.¹⁹ Regelmäßig sollte der Notar bei Gründung einer Mehrpersonen-GmbH von der Verwendung des vereinfachten Gründungsprotokolls absehen und davon abraten, da dieses dafür nicht geeignet ist, denn es fehlen wichtige Bestimmungen zur Vinkulierung, zur Vererbung, zur Durchführung von Gesellschafterversammlungen und zur Abfindung bei Ausscheiden.

Eine wesentliche Verbesserung des zu beurkundenden Musterprotokolls stellt die Unterstützung der Mandanten durch

den Notar bei der Firmenwahl²⁰ dar, da der Notar insoweit beraten und über die rechtlichen Vorgaben belehren sowie ggf. eine Vorabstimmung mit dem Handelsregister und der Industrie- und Handelskammer vornehmen kann, wobei er zu einer solchen Vorabstimmung selbstverständlich nicht verpflichtet ist.

Das vereinfachte Gründungsprotokoll kann nach § 2 Abs. 1 a GmbHG n. F. nur bei Durchführung einer Bargründung mit maximal drei Gesellschaftern verwendet werden. Jeder Gesellschafter kann nur einen einheitlichen Geschäftsanteil übernehmen. Ungeklärt ist die Frage, wie sich das Verhältnis von § 2 Abs. 1 a GmbHG n. F. zu den neuen Bestimmungen zur verdeckten Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. verhält (siehe dazu unten II. 9. b). Einerseits setzt das Gründungsprotokoll eine Bargründung voraus, andererseits legt § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. fest, dass auch in Fällen des Verstoßes gegen die Barkapitalaufbringungsverpflichtung ein ggf. nicht gedeckter Differenzwert zwischen der vereinbarten Bareinlage und dem tatsächlich eingebrachten Sachvermögen nur nach der Anrechnungsmethode geschuldet ist. M. E. muss dies auch in den Fällen der Verwendung des Musterprotokolls gelten, so dass auch in der Folge der Gründung einer GmbH mit Musterprotokoll nur die Differenzhaftung nach der Anrechnungsmethode des § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. eingreift.

Das zu beglaubigende Musterprotokoll des Regierungsentwurfes sah als Unternehmensgegenstand eine Auswahllösung vor, wonach die Gesellschafter nur zwischen drei alternativen²¹ Unternehmensgegenständen auswählen konnten, nämlich dem Handel mit Waren, der Produktion von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen. Die Zulassung dieser Unternehmensgegenstände hätte zu einer Revolution im Recht der Bestimmtheitsanforderungen an einen Unternehmensgegenstand geführt.²² Der Rechtsausschuss des Bundestages hat den Wunsch nach Liberalisierung jedoch auf ein vernünftiges Maß zurückgeführt. Danach kann und muss im Musterprotokoll nunmehr der Unternehmensgegenstand konkret angegeben werden. Die bisherigen Bestimmtheitsanforderungen²³ bleiben insoweit unverändert.

Neben der Beschränkung auf maximal drei Gründungsgesellschafter kann die Gesellschaft nur *einen* Geschäftsführer haben. Dieser ist automatisch von § 181 BGB befreit. Ist die Gesellschaft einmal gegründet, so ist es nicht untersagt, unverzüglich danach einen Gesellschafterbeschluss zu fassen und hierbei einen oder mehrere weitere Geschäftsführer zu bestellen. Mehrere Geschäftsführer sind stets gemeinschaftlich vertretungsbefugt, § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Eine abweichende Vertretungsregelung setzt eine vorherige Satzungsänderung voraus.²⁴

Änderungen dürfen an dem Musterprotokoll grundsätzlich nicht vorgenommen werden, soweit dies nicht durch Lücken im Text vorgesehen ist. Davon ist jedoch eine Ausnahme zu machen, soweit es um beurkundungsrechtliche Feststellungen im Urkundseingang wie die Feststellung zur Vorbefassung

¹⁴ So bereits *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 844; a. A. *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 901.

¹⁵ Ebenso *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1084. Ungeklärt ist, ob dieses Ziel sich auf dem Umweg der Verschmelzung einer GmbH auf eine UG (haftungsbeschränkt) erreichen lässt.

¹⁶ *Wälzholz*, GmbH-StB 2007, 319, 320.

¹⁷ Siehe BT-Drucks. 16/6140, S. 1.

¹⁸ BT-Drucks. 16/6140, S. 149 ff.

¹⁹ Siehe *Heckschen*, GmbHR 2007, 198; *Sina*, GmbHR 2001, 661; *Streuer*, GmbHR 2002, 407; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 2 Rdnr. 5 ff.

²⁰ Siehe zur Komplexität des Firmenrechts *Bokelmann*, GmbHR 1998, 57; *Kögel*, BB 1998, 1645; *ders.*, GmbHR 2002, 642; *Müther*, GmbHR 1998, 1058; *Schulte/Warneke*, GmbHR 2002, 626; *Weßling*, GmbHR 2004, 487; OLG München, GmbHR 2007, 979 = DNotZ 2007, 866.

²¹ Begründung zum RegE, BR-Drucks. 354/07, S. 62.

²² Siehe zu den Auswirkungen der vormals geplanten Reform *Karsten*, GmbHR 2007, 958, 963.

²³ BayObLG, GmbHR 2003, 414; GmbHR 1994, 705.

²⁴ Siehe *Lutter/Hommelhoff* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rdnr. 37.

nach § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG, zur Zuziehung eines Schreibzeugen, eines Dolmetschers oder Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit und dergleichen geht.

Das Musterprotokoll hat die Besonderheit, dass eine Trennung zwischen Gründungsmantel und Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist. Das Gründungsprotokoll gilt als Satzung. Ferner ist keine zusätzliche Gesellschafterliste einzureichen, wohl aber eine Handelsregisteranmeldung.

Das Musterprotokoll hat ausschließlich kostenrechtliche Vorteile, die von *Sikora/Regler/Tiedtke*²⁵ erläutert werden.

5. Beurkundung von Satzungsänderungen

Nach dem Regierungsentwurf zum MoMiG sollte bei bloßen Veränderungen an der Mustersatzung i. S. d. § 2 Abs. 1a GmbHG ein schriftliches Protokoll mit Handelsregisteranmeldung genügen. Von diesem Vorhaben hat der Gesetzgeber jedoch Abstand genommen. Die Besonderheit von Veränderungen am Musterprotokoll beschränkt sich nur noch auf eine kostenrechtliche Abschaffung²⁶ der Mindestwerte für derartige Satzungsänderungen. Satzungsänderungen bedürfen daher wie bisher nach § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung. Dies gilt auch, wenn lediglich an dem Gründungsprotokoll das Stammkapital, der Gegenstand, der Sitz oder die Firma, also die austauschbaren Regelungen des Gründungsprotokolls, geändert werden. Dies ist zu begrüßen, um die Filterfunktion des Notars zu erhalten, damit keine widersinnigen, schlecht vorbereiteten oder an formalen Mängeln leidenden Gesellschafterbeschlüsse zum Handelsregister eingereicht werden. Die notarielle Mitwirkung stellt zudem sicher, dass dem Handelsregister strukturierte Daten im XML-Format zur Verfügung gestellt werden.

6. Verschärfung der Inhabilitätsvorschriften für Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 GmbHG

Die Inhabilitätsvorschriften des § 6 Abs. 2 GmbHG regeln, wann eine Person nicht als Geschäftsführer bestellt werden darf. Diese Bestimmungen werden durch das neue GmbH-Recht wesentlich verschärft.²⁷ Einerseits wird zwar die Inhabilität auf Vorsatzstraftaten beschränkt, andererseits werden jedoch die einzelnen Tatbestände wesentlich erweitert, insbesondere auch solche nach § 82 GmbHG, § 399 AktG, auf die unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG und § 17 PublizitätsG. Besonders gravierend ist die Ausdehnung auf allgemeine Straftatbestände wie den Betrug, das Vorenthalten von Sozialversicherungsleistungen und dergleichen nach §§ 263–264 a und §§ 265 b–266 a StGB. Im letztgenannten Fall ist allerdings lediglich die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr schädlich. Erfasst sind also auch reine Untreuefälle mit einer entsprechenden Mindeststrafe. Es muss keine GmbH-spezifische Verurteilung vorliegen.

Um auch Auslandssachverhalte in Zukunft angemessen berücksichtigen zu können, werden nunmehr ebenso ausländische strafrechtliche Verurteilungen nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG als Ausschlussgrund betrachtet, sofern die ausländischen Straftaten mit den in § 6 Abs. 2 Nr. 3

GmbHG genannten Taten vergleichbar sind. Dazu zählen aber nicht ausländische gewerberechtliche Bestellungshindernisse beispielsweise nach dem englischen *Directors Disqualification Act*. Diese Abgrenzung wird in Zukunft noch Schwierigkeiten bereiten.

Falls Gesellschafter vorsätzlich oder grob fahrlässig einen nicht zum Geschäftsführeramt nach § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG geeigneten Geschäftsführer bestellen oder ihm sonst die Führung der Geschäfte überlassen, so haften diese Gesellschafter der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt. Der Gesetzgeber will damit nicht nur formell bestellte²⁸ Geschäftsführer, sondern auch sog. faktische Geschäftsführer erfassen. Mehrere Gesellschafter haften insoweit als Gesamtschuldner. Die Verwendung des Wortes „solidarisch“ erscheint insoweit unpassend.

Die Übergangsvorschrift zu den Inhabilitätsvorschriften erfasst grundsätzlich nur Neugeschäftsführer, § 3 Abs. 2 EGGmbHG. Alle Geschäftsführer, die bereits am Tage des Inkrafttretens des MoMiG zu Geschäftsführern bestellt waren, können daher weiterhin als Geschäftsführer tätig bleiben, sofern die Verurteilung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts rechtskräftig wurde. Nur bei Neubestellungen mit einem Gesellschafterbeschluss ab dem Tage des Inkrafttretens des MoMiG oder bei Neuverurteilungen greifen die neuen Inhabilitätsvorschriften des § 6 Abs. 2 GmbHG ein.

Die Belehrungskompetenz nach § 53 Abs. 2 BZRegG ist in Zukunft nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n. F. nicht mehr²⁹ auf Notare beschränkt, sondern kann auch durch andere in- und ausländische rechtskundige Personen vorgenommen werden.

7. Weitere Änderungen in der Handelsregisteranmeldung

Nach § 8 Abs. 4 GmbHG n. F. ist in der Anmeldung ferner eine inländische Geschäftsanschrift und die Art und der Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzugeben. Letzteres ist lediglich eine Klarstellung des Gesetzes ohne inhaltliche Änderung. Es genügt weiterhin bei der Handelsregisteranmeldung die Angabe der allgemeinen satzungsmäßigen sowie der konkret dem einzelnen Geschäftsführer erteilten Vertretungsbefugnis.

Die Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift hat nicht nur für Kapitalgesellschaften wie GmbH oder AG Auswirkungen, sondern gilt für alle im HGB geregelten Handelsregisteranmeldungen,³⁰ vgl. §§ 13, 13 d, 13 e, 13 g, 29, 31, 106 Abs. 2 Nr. 2 und 107 HGB. Dementsprechend sind auch Änderungen der inländischen Geschäftsanschrift anmelde- und eintragungspflichtig. Ziel dieser Vorschrift ist es, Zustellungen und den Zugang von Willenserklärungen zu erleichtern. Für Altgesellschaften wird die bisherige Anschrift

²⁵ MittBayNot 2008, 437, 438 (in diesem Heft).

²⁶ *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 441 (in diesem Heft).

²⁷ Siehe auch *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449, 450; *Bittmann*, GmbHR 2007, 70, 76.

²⁸ Die Bestellung ist allerdings bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen des § 6 Abs. 2 GmbHG nichtig, so dass auch bei einem formellen Bestellsakt keine wirksame Bestellung zum Geschäftsführer vorliegt. Gleiches gilt bei einer späteren Verurteilung. Dadurch endet das Amt automatisch, vgl. BGH, NJW 1991, 2566; *H. Schneider* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 6 Rdnr. 31; *Hommelhoff/Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rdnr. 17.

²⁹ Umstritten, wie hier *Winter/Veil* in Scholz, GmbHG, § 8 Rdnr. 26 m. w. N.; siehe auch die Nachweise bei *Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 8 Rdnr. 14.

³⁰ Siehe dazu *Wachter*, GmbHR 2006, 793.

eingetragen, wenn keine andere bis 31.10.2009 mitgeteilt wird.

Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n. F. kann zusätzlich eine weitere Person zum Handelsregister angemeldet und samt Anschrift eingetragen werden, die für Willenserklärungen und Zustellungen an die Gesellschaft empfangsberechtigt ist. Eine solche Empfangsberechtigung gilt Dritten gegenüber als fortbestehend, bis sie im Handelsregister gelöscht und die Löschung bekannt gemacht worden ist, soweit der Dritte nicht bösgläubig ist, § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. In der Praxis wird dies voraussichtlich keine große Rolle spielen.

8. Übernahme des Stammkapitals, Teilbarkeitsvorschriften und Gesellschafterliste

Jeder Gesellschafter kann bei der Gründung oder Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile gleichzeitig übernehmen,³¹ § 5 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n. F. Eine Teilbarkeit durch 50 € ist nicht mehr vorgeschrieben; die Stammeinlage jedes Gesellschafters muss nur noch auf volle Euro lauten, also glatt durch eins teilbar sein. Sie muss nicht mehr die Mindesthöhe von 100 € erreichen, § 5 Abs. 2 GmbHG.³² Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt werden, § 5 Abs. 3 GmbHG n. F.

Formulierungsvorschlag Gründungsmantel:

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 €
– in Worten: fünfundzwanzigtausend Euro.

Von dem Stammkapital übernehmen:

Herr ... 3000 Geschäftsanteile zu 6 € mit den
Nummern 1 bis 3000

und

Frau ... 7000 Geschäftsanteile zu 1 € mit den
Nummern 3001 bis 10000.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbH n. F. ist als Folge dieser Liberalisierung auch die Stückelung der Geschäftsanteile mit Zahl und Nennbetrag in der Satzung als Mindestinhalt anzugeben.

Formulierungsvorschlag Satzung:

1. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 €.

2. Von diesem Stammkapital übernehmen:

Herr ..., geb. ..., wohnhaft ... 4000 Geschäftsanteile mit
einem Nennwert von je 1 € und 1 Geschäftsanteil mit einem
Nennwert von 1.000 €,

also insgesamt 5.000 €,

Frau ..., geb. ..., wohnhaft ... 20 Geschäftsanteile mit
einem Nennwert von je 100 €,

Also insgesamt 20.000 €.

Aus der neuen Teilbarkeit folgt auch die Neufassung des § 47 Abs. 2 GmbHG, wonach 1 € eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt. Alte Satzungsregelungen auf der Grundlage des bisherigen Rechts bleiben gleichwohl bestehen und be-

dürfen einer formellen Satzungsänderung. Erfolgt diese nicht, bleiben die bisherigen satzungsmäßigen Stimmrechtserfordernisse bestehen.

Terminologisch übernimmt ein Gesellschafter nunmehr einen „Geschäftsanteil“ und keine Stammeinlage mehr, vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG n. F. Die Einlagepflicht für den Geschäftsanteil folgt aus § 14 GmbHG. Diese begriffliche Neuorientierung hält der Gesetzgeber konsequent durch. Dieser Terminologie sollte sich daher auch der Notar bedienen.

Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n. F. muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Aus dieser neuen Vorschrift wird teilweise hergeleitet,³³ dass eine Einziehung von Geschäftsanteilen nur unter gleichzeitiger Aufstockung des Nominalbetrages oder Neubildung eines Geschäftsanteils erfolgen kann. Da die Praxis sowieso stets so verfahren ist, wenn sich eine Einziehung nicht vermeiden ließ, bringt diese Auffassung keine entscheidende Änderung mit sich.

Die Teilung von Geschäftsanteilen bedarf nicht mehr der Zustimmung der Gesellschaft nach § 17 GmbHG, da diese Vorschrift ersatzlos aufgehoben wird.³⁴ Soweit Satzungen noch die Regelung beinhalten, dass § 17 GmbHG unberührt bleibe, führt dies m. E. nicht zur satzungsmäßigen Aufrechterhaltung des § 17 GmbHG.³⁵ Dieser Satz sollte bei der nächsten Satzungsüberarbeitung gestrichen werden, ebenso wie andere Regelungen mit Bezug zu dieser Norm.³⁶ Gleichzeitig stellt sich für die Gestaltungspraxis die Frage, inwieweit ein Teilungsverbot oder Zustimmungserfordernisse entsprechend dem bisherigen § 17 GmbHG durch die Satzung neu eingeführt werden sollen.³⁷ Eine solche Satzungsänderung bedarf m. E. der Zustimmung aller Gesellschafter entsprechend § 53 Abs. 3 GmbHG.³⁸

Nach § 8 Abs. 1 GmbHG sind in der Gesellschafterliste künftig die Geschäftsanteile durchgehend zu nummerieren. Diese Nummerierung soll die eindeutige Bezeichnung des jeweiligen Geschäftsanteiles im Falle seiner Übertragung erleichtern,³⁹ denn für den Fall der nicht hinreichenden Bezeichnung des jeweils zu veräußernden Geschäftsanteils ist die Geschäftsanteilsabtretung unwirksam.⁴⁰ Die erstmalig zu erstellende Gesellschafterliste ist weiterhin vom Geschäftsführer zu unterzeichnen, nicht vom Notar.⁴¹

³³ Siehe *Apfelbaum*, notar 2008, 160 unter C. III.

³⁴ Siehe *Müller*, GmbHR 2006, 953, 954.

³⁵ Ebenso *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 250.

³⁶ Beispielsweise Regelungen, mit denen die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft von § 17 GmbHG befreit wird, § 17 Abs. 3 GmbHG a. F.

³⁷ Siehe *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 250.

³⁸ Siehe dazu RGZ 121, 241 f. (für eine AG); *Lutter/Hommelhoff* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 53 Rdnr. 18; *Zimmermann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 53 Rdnr. 26, 48; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 18; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 15 Rdnr. 43; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 53 Rdnr. 40; im Ergebnis ebenso *Hoffmann* in *Michalski*, GmbHG, 2002, § 53 Rdnr. 126.

³⁹ Siehe zum Bestimmtheitsgrundsatz *Bormann*, GmbHR 2006, 1021, 1023.

⁴⁰ *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG, § 15 Rdnr. 89; KG, GmbHR 1997, 603, 605; OLG Brandenburg, GmbHR 1998, 935 (LS).

⁴¹ Siehe für spätere Änderungen aber unten III. 2.

³¹ Dies gilt aber nicht bei Verwendung des Musterprotokolls nach § 2 Abs. 1 a GmbHG.

³² Siehe BT-Drucks. 16/9737, S. 8.

Formulierungsvorschlag Gesellschafterliste:

Gesellschafter	Sitz/Wohnsitz	Anteile mit Nummer
Hans Franz geb. am ...	Franzstr. 15 87629 Füssen	Anteile zu je 1 € mit der Nr. 1–3 000
Franz GmbH	Füssen	Anteile zu je 2 € mit der Nr. 3 001–14 000
		Summe: 25.000 €
Unterschrift Geschäftsführer		

Da die Gesellschafterliste aus Gründen des nachfolgend zu behandelnden gutgläubigen Erwerbs in Zukunft wesentlich größere Bedeutung bekommt, sollte bei Dauermandanten aus Anlass des nächsten geschäftlichen Kontaktes angeregt werden, die Richtigkeit der bisherigen Gesellschafterliste zu überprüfen und die Gesellschafterliste hinsichtlich jeden Geschäftsanteils mit einer Nummer zu versehen. Bei mehreren identischen Geschäftsanteilen sollten die einzelnen Geschäftsanteile bei der Nummerierung gleichzeitig dem konkreten Erwerbsvorgang zugeordnet werden, damit beispielsweise aus steuerlichen Gründen später feststeht, welcher Geschäftsanteil mit welcher Nummer welche Anschaffungskosten trägt.

9. Aufrechnung und Verrechnung von Stammeinlageeinzahlungsansprüchen

a) Aufrechnung

Die Aufrechnung bzw. Verrechnung mit Einlageverpflichtungen auf die Stammeinlage ist grundsätzlich weiterhin in § 19 Abs. 2 GmbHG geregelt. Gegen den Anspruch der Gesellschaft ist die Aufrechnung nach dem bisherigen Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG unzulässig. Dieses allgemeine Verbot wird dahingehend modifiziert, dass die Aufrechnung nur mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vereinbart worden ist, zulässig ist. Dies ist der Fall der formell in der Satzung festgelegten Sachübernahme.

Die Grundsätze der bisher bereits zulässigen Aufrechnung durch die Gesellschaft oder der *einvernehmlichen Verrechnung* bei einer fälligen, liquiden und vollwertigen Gegenforderung des Gesellschafters⁴² gegen die GmbH bleiben hingegen unberührt und werden nicht von § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n. F. berührt. Dies gilt jedoch nur, sofern es sich um Neuverbindlichkeiten handelt und dies nicht von vornherein so geplant war.

b) Verdeckte Sacheinlage

Die Fälle der verdeckten Sacheinlage führten bisher zu gravierenden Sanktionen. Gesellschafter waren im Falle der Insolvenz bei noch nicht eingetretener Verjährung⁴³ der Stammeinlageverpflichtung zur nochmaligen vollständigen Aufbringung des Stammkapitals verpflichtet, obwohl die Bereicherungsansprüche gegen die Gesellschaft in der Regel

wertlos waren.⁴⁴ Den Geschäftsführer traf ggf. eine Haftung nach § 9 a GmbHG.⁴⁵ Tatbestandlich liegt eine verschleierte Sacheinlage vor, wenn vor Gründung oder in engem zeitlichem Zusammenhang mit der formellen Bargründung geplant oder sonst verabredet worden war, dass die Barmittel im Wege eines Kaufvertrages oder sonstigen Austauschvertrages alsbald gegen Wirtschaftsgüter oder Dienstleistungen ausgetauscht werden, die die Gesellschaft vom Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person erwerben sollte und so die Barmittel an den Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person zurückflossen.⁴⁶

Die verdeckte Sacheinlage wird in § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. neu geregelt. Sie wird im Gesetz nunmehr legal definiert als Geldeinlage eines Gesellschafters, die bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist.

Die Rechtsfolgen wurden durch den Rechtsausschuss⁴⁷ auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt. Danach befreit eine verdeckte Sacheinlage den Gesellschafter entgegen den Planungen der Bundesregierung nicht von seiner Einlageverpflichtung. Diese bleibt also grundsätzlich bestehen. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH⁴⁸ sind Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung jedoch nicht unwirksam. Anstelle der von der Bundesregierung ursprünglich geplanten Erfüllungswirkung i. S. d. § 364 BGB hat der Bundestag auf Anregung des Rechtsausschusses nunmehr auf eine sog. Anrechnungslösung umgestellt. Danach wird auf die fortbestehende Bargeldeinlagepflicht des Gesellschafters der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt der Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt jedoch frühestens mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Mit dieser Umstellung wird das rechtliche Ergebnis gegenüber dem Regierungsentwurf *wesentlich* verändert: Dem Registerrichter wird ermöglicht, in Fällen der Kenntnis von der verdeckten Sacheinlage die Eintragung abzulehnen. Auf diese Art und Weise wird die Anrechnungswirkung verhindert. In den Fällen der aufgegebenen Eintragungsbasis oder der endgültig gescheiterten Eintragung tritt damit wie bisher das Haftungsregime der sog. Vor-GmbH ein.⁴⁹ Damit kann eine unbeschränkte persönliche, gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter, die der Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zugestimmt haben, auch weiterhin eintreten.

Ferner ist die Versicherung des Geschäftsführers falsch, wenn bereits eine Rückzahlung des Bargeldes verabredet war. Dies hat sowohl strafrechtliche (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG⁵⁰) als

⁴² Siehe *Schneider/Westermann* in Scholz, GmbHG, § 19 Rdnr. 61.

⁴³ *Langner*, GmbHR 2006, 477, 481; OLG Hamburg, GmbHR 2005, 1490, 1492; *Böken*, GmbHR 2005, 1166, 1171; BGH, GmbHR 2003, 231, 233 = DNotZ 2003, 223; *Mansel/Budzikiewicz*, NJW 2005, 321.

⁴⁴ Besserung brachte insoweit der BGH mit der Feststellung, dass auch der dingliche Übereignungsvertrag nichtig sei, siehe GmbHR 2003, 1051 m. Anm. *Bormann* = DNotZ 2004, 206; ferner BGH, GmbHR 2007, 433; GmbHR 2006, 477.

⁴⁵ OLG Celle, NZG 2000, 1178.

⁴⁶ BGH, GmbHR 1996, 283; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 141; *Henze*, ZHR 154 (1990), 105, 114.

⁴⁷ Siehe BT-Drucks. 16/9737, S. 16 samt Erläuterungen.

⁴⁸ BGH, GmbHR 2003, 1051 = DNotZ 2004, 206.

⁴⁹ BGH, GmbHR 1996, 279; GmbHR 1997, 405.

⁵⁰ *Lutter/Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 82 Rdnr. 10. Siehe auch *Tiedemann* in Scholz, GmbHG, § 82 Rdnr. 71 ff. m. w. N. und zur Reform *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449, 451.

auch haftungsrechtliche Sanktionen für ihn zur Folge.⁵¹ Die Notare werden daher in den ersten Jahren gegen die Fehlvorstellung zu kämpfen und eindringlich zu belehren haben, dass die verdeckte Sacheinlage entgegen den Planungen vom Gesetzgeber nicht vollständig legitimiert wurde.

Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter, der bei entsprechenden Planungen die Werthaltigkeit dokumentieren sollte.

Schließlich sollte bedacht werden, dass eine Buchwertfortführung, also die Überführung von Wirtschaftsgütern mit stillen Reserven in eine Kapitalgesellschaft, stets nur nach Maßgabe des § 20 UmwStG möglich ist und nur gelingt, wenn es sich um eine offene Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung handelt, bei der neue Geschäftsanteile für die Einbringung eines Betriebes, Teilbetriebes oder mehrheitsvermittelnder Kapitalgesellschaftsanteile gewährt werden. In allen Fällen der angestrebten Buchwertfortführung nach § 20 UmwStG muss daher die offene Sacheinlage beschränkt werden. Das Steuerrecht verfolgt hier strengere Ziele als das Gesellschaftsrecht.

Nach § 3 EGGmbHG finden die Vorschriften des § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. auf alle Fälle Anwendung, für die noch keine rechtskräftige Gerichtsentscheidung und noch kein wirksamer Vergleich abgeschlossen wurde. Ob der Vergleich außergerichtlich oder gerichtlich war, spielt insoweit keine Rolle. Damit versieht der Gesetzgeber das neue Recht der verdeckten Sacheinlage hinsichtlich der Rechtsfolgen mit einer Rückwirkung. Verträge, die bisher als nichtig betrachtet werden mussten, gelten nunmehr als wirksam. Sachen, die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes noch im Eigentum des Gesellschafters standen, stehen nunmehr im Eigentum der Gesellschaft.⁵² Es ist wohl von einem gesetzlich angeordneten Eigentumserwerb der Gesellschaft aufgrund rückwirkender Gesetzesänderung auszugehen. M. E. ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses rückwirkenden Eingriffs in zivilrechtliche Rechtspositionen, die teilweise eine enteignungsähnliche Wirkung haben können, zweifelhaft.⁵³

c) Die Fälle des Hin- und Herzählens

Beispiel:

Ein Gesellschafter hat seine GmbH im Gründungsstadium mit einem Stammkapital von 25.000 € ausgestattet und das Stammkapital sofort in voller Höhe eingezahlt. Kurze Zeit nach der Eintragung in das Handelsregister gewährt er sich selbst oder seiner Ehefrau oder sonstigen nahestehenden Personen ein Darlehen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH ist einerseits der Darlehensvertrag unwirksam. Ferner ist das Stammkapital nicht wirksam aufgebracht. Nach Annahme des BGH⁵⁴ handelt es sich insoweit nicht um eine Frage der Stammkapitalerhaltung i. S. d. §§ 30, 31 GmbHG, sondern der Kapitalaufbringung. Diese sei von vornherein nicht erfolgt. Hinsichtlich der Rechtsfolgen ließ der BGH jedoch Milde walten, indem er

mit der Tilgung des Darlehens die Stammeinlage als erfüllt betrachtet. Anders als bei der verdeckten Sacheinlage führten die Fälle des Hin- und Herzählens also regelmäßig nicht zu einer doppelten Kapitalaufbringung. Ein vergleichbares Problem stellte sich für sämtliche Fälle der Gründung einer GmbH & Co. KG, bei der das Stammkapital der GmbH unverzüglich nach Gründung darlehensweise an die KG weitergereicht wurde.⁵⁵

Diese kritische Situation liberalisiert der Gesetzgeber nunmehr in § 19 Abs. 5 GmbHG n. F.; wengleich auf Anregung des Rechtsausschusses nur in beschränktem Maße. Nach § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. tritt eine Befreiung von Einlageverpflichtungen nunmehr unter folgenden Voraussetzungen ein:

- Die Leistung muss durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt sein,
- der Rückgewähranspruch muss jederzeit fällig sein oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft jederzeit fällig werden können, und
- es muss vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden sein, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht.

Die Grundsätze des § 19 Abs. 5 GmbHG kommen jedoch nur in Betracht, wenn keine verdeckte Sacheinlage i. S. d. § 19 Abs. 4 GmbHG vorliegt. Weiterhin soll die Befreiungswirkung nur dann eintreten, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist. Der Gesetzgeber hält also entgegen der Anregung des Bundesrats⁵⁶ an dem Alles-oder-nichts-Prinzip⁵⁷ fest. Für den Geschäftsführer kann dies ein besonderes Haftungsrisiko bedeuten (§ 43 GmbHG).

Nach § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG muss eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung in der Anmeldung nach § 8 GmbHG angegeben werden. Wie detailliert dies erforderlich ist, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Eine Vorlagepflicht der Vereinbarung selbst oder der Nachweis der Werthaltigkeit der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches ist vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Bei teleologischer Auslegung spricht jedoch einiges dafür, auch dieses zu verlangen. Die Sanktion für die Nichtanmeldung zum Handelsregister ist im Gesetz nicht ausdrücklich normiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nur unter den in § 19 Abs. 5 GmbHG normierten Voraussetzungen insgesamt eine wirksame Aufbringung des Stammkapitals anordnet.

Formulierungsvorschlag Ergänzung der Anmeldung:

Der Geschäftsführer und der Gesellschafter ... haben vereinbart, dass die GmbH dem Gesellschafter in Höhe von ... € ein Darlehen zu ... % Zinsen p. a. ab dem ... gewährt wird, das am ... zur Auszahlung an den Gesellschafter gelangen soll. Die abgeschlossene Vereinbarung ist dieser Anmeldung beigefügt. Der Geschäftsführer versichert, dass der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig und jederzeit fällig ist bzw. durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft jederzeit fällig werden kann.

⁵¹ Siehe BT-Drucks. 16/9737, S. 97. Unzutreffend insoweit noch versehentlich *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 845.

⁵² Diese Rechtsfolge wird teilweise bezweifelt, vgl. *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 901.

⁵³ Ebenso *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 900 f.

⁵⁴ DStR 2006, 382 = DNotZ 2006, 536; GmbHR 2004, 896 = MittBayNot 2004, 373; DNotZ 2004, 720 = GmbHR 2004, 302 m. Anm. *Bähr/Hoos*; GmbHR 2001, 1114; *L. Fuhrmann*, NZG 2004, 552; *Heidinger*, NotBZ 2004, 463; *Jehn*, StbG 2004, 473; *Langner/Mentgen*, GmbHR 2004, 1121; *Schäfer*, GmbHR 2005, 133; *J. Vetter*, BB 2004, 1509; *Wienands/Teufel*, GmbHR 2004, 1301.

⁵⁵ BGH, GmbHR 2008, 203 = MittBayNot 2008, 139; siehe dazu *Theiselmann*, GmbHR 2008, 521. Diese Rechtsprechung vermochte nicht zu überzeugen.

⁵⁶ Siehe BT-Drucks. 16/6140, S. 158 f. Diese Unterscheidung gegenüber dem Recht der verdeckten Sacheinlage ist wenig überzeugend.

⁵⁷ *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449, 452 (noch zum Entwurfsstadium).

Bereits im Regierungsentwurf zu den Fällen des Hin- und Herzählens war nur von Vereinbarungen *vor* der Einlage die Rede. Die Rechtslehre war insoweit davon ausgegangen, dass entsprechend den bisherigen Fällen selbstverständlich auch eine *nach* der Einlage getroffene Vereinbarung die gleichen Wirkungen herbeiführe. Nachdem nunmehr der Gesetzgeber ausdrücklich die Aufdeckung der Vereinbarung verlangt, kann nur noch eine *vor* der Einlage getroffene Vereinbarung eine solche i. S. d. § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. sein. Wird also drei Wochen *nach* Gründung einer GmbH eine entsprechende Abrede getroffen und das Stammkapital darlehensweise an einen Gesellschafter weitergegeben, so ist das Stammkapital wohl nicht wirksam aufgebracht. Dies ist erst mit der Darlehensstilgung der Fall, soweit diese der Stammkapitalaufbringung durch Auslegung zugeordnet werden kann.⁵⁸ Für den Geschäftsführer der GmbH sind diese Fälle weiterhin mit dem Risiko verbunden, dass in der Insolvenz der GmbH auch der darlehensempfangende Gesellschafter insolvent ist und bei diesem der Darlehensanspruch nicht mehr realisierbar ist. In diesem Fall haftet der Geschäftsführer nach § 43 GmbHG für entsprechende Schäden. Demgegenüber vertritt *Bormann*,⁵⁹ dass die Fälle der nachträglichen Vereinbarung unter § 30 GmbHG fallen.⁶⁰

Auch § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. soll mit Rückwirkung für alle Altfälle in Kraft treten. Diese Rückwirkungsregelung des § 3 EGGmbHG geht jedoch ins Leere, wenn der Wortlaut des § 19 Abs. 5 GmbHG strikt eingehalten werden sollte. Denn bisher war eine entsprechende Abrede nie gegenüber dem Handelsregister anzumelden oder anzuzeigen. Der Gesetzgeber wollte ursprünglich vielmehr sämtliche Fälle der Hin- und Herzählung auf Darlehensgrundlage, die nach altem Recht erfasst wurden, den neuen Regeln unterstellen, sofern ein vollwertig gedeckter Rückgewähranspruch besteht. Insoweit ist § 19 Abs. 5 GmbHG für die Rückwirkungsfälle einschränkend auszulegen, dass es für diese Zeiten auf die neu geregelten formalen Anforderungen nicht ankommen kann, da zu dieser Zeit die entsprechenden Anzeigepflichten noch nicht bestanden haben.

Schließlich greifen die strengeren Anforderungen des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. nur ein, wenn es sich nicht um einen vorrangig geregelten Fall der verdeckten Sacheinlage i. S. d. § 19 Abs. 4 GmbHG handelt. In sämtlichen Fällen des Hin- und Herzählens, wenn das Stammkapital sogleich wieder darlehensweise ausgezahlt werden soll, ließe sich dieser Sachverhalt auch als verdeckte Sacheinlage einer Darlehensforderung interpretieren. Dies ist jedoch ersichtlich vom Gesetzgeber so nicht gewollt.

⁵⁸ Siehe BGH, GmbHR 2006, 982 = MittBayNot 2006, 520 (hinreichend bestimmte Zuordnung); BGH, ZIP 2005, 2203 = GmbHR 2006, 43 m. Anm. *Werner* = DNotZ 2006, 218; BGH, GmbHR 2006, 306 = DNotZ 2006, 536. Abgelehnt in OLG Hamburg, NZG 2007, 393 = RNotZ 2007, 47; zu einem Problemfall der hinreichend bestimmten Tilgungsanordnung OLG München, GmbHR 2006, 935. Siehe auch *Ettinger/Reiff*, GmbHR 2005, 324, 325.

⁵⁹ *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 902. Dagegen ist aber einzuwenden, dass die §§ 30 ff. GmbHG wirksam aufgebracht Stammkapital voraussetzen. Dies hat der BGH jedoch abgelehnt, wenn in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Einzahlung eine Rückzahlung erfolgte, vgl. GmbHR 2006, 982 = MittBayNot 2006, 520; ZIP 2005, 2203 = GmbHR 2006, 43 m. Anm. *Werner* = DNotZ 2006, 218; GmbHR 2006, 306 = DNotZ 2006, 536.

⁶⁰ Problematisch ist dies vor allem für Altfälle, da insoweit für die Liberalisierung der §§ 30, 31 GmbHG keine rückwirkende Übergangsregelung vorgesehen ist.

d) Überbewertete Sacheinlage

Die Ablehnung der Eintragung einer GmbH in das Handelsregister wegen Überbewertung von Sacheinlagen findet nach § 9 c Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. in Zukunft nur noch statt, wenn die Überbewertung nicht unwesentlich ist. Eine konkrete Ober- oder Untergrenze hat der Gesetzgeber nicht festgelegt. M. E. sollte die Grenze bei ca. zehn Prozent des Wertes der Einlage liegen.

10. Der Sitz der GmbH, § 4 a GmbHG n. F.

Beispiel (Satzungs- und Verwaltungssitz):

Der X-Konzern hat seine Konzernzentrale und Hauptniederlassung in Berlin. Für die ausländischen Produktionsstätten und die ausländischen Vertriebsgesellschaften wird überlegt, in welcher Rechtsform diese in Zukunft geführt werden sollen.

Die Bestimmung des § 4 a GmbHG wird dahingehend geändert, dass einerseits festgelegt wird, dass der Satzungssitz im Inland belegen sein muss. Andererseits wird § 4 a Abs. 2 GmbHG vollständig aufgehoben.⁶¹ Damit ist nicht mehr vorgegeben, an welchem Ort im Inland sich der Satzungssitz befinden muss. Hiermit will der Gesetzgeber⁶² inländischen Gesellschaften ausdrücklich ermöglichen, auch den Verwaltungssitz ins Ausland zu verlagern, ohne dass hierdurch eine Auflösung der Gesellschaft bedingt wird. Eine Regelung über die Verlagerung des Satzungssitzes ist hiermit nicht verbunden;⁶³ dieser muss grundsätzlich in Deutschland verbleiben. Es ist jedoch nicht mehr erforderlich, dass sich der Satzungssitz am Ort der Verwaltung oder Geschäftsführung befindet. Der Satzungssitz kann vielmehr frei gewählt werden.

Deutsche Kapitalgesellschaften haben damit die Möglichkeit, im Ausland tätige Tochtergesellschaften in Deutschland zu gründen und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich im Ausland durchzuführen. Dies kann zu einer Vereinfachung für international tätige deutsche Gesellschaften führen, da auf diese Weise die zentrale Rechtsabteilung in Deutschland sich z. B. nicht mit den Gesellschaftsrechten zahlreicher ausländischer Länder befassen muss. Der Export der deutschen Rechtsform GmbH soll vorbereitet werden.⁶⁴ Aus der Neuregelung in § 4 a GmbHG bzw. § 5 Abs. 2 AktG wird nunmehr hergeleitet, dass der Gesetzgeber insgesamt die Sitztheorie aufgeben will.⁶⁵

Aus der Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes wird für die Praxis teilweise gefordert, den Verwaltungssitz zukünftig in der Satzung festzulegen, um für Minderheitsgesellschafter das Risiko zu vermeiden, aufgrund einer Mehrheitsentscheidung plötzlich mit einem Verwaltungssitz im Ausland konfrontiert zu werden.⁶⁶

⁶¹ Siehe auch *Peters*, GmbHR 2008, 245; *Preuß*, GmbHR 2007, 57; *Franz/Laeger*, BB 2008, 678; *Behme*, BB 2008, 70. Zu den Folgen für die Satzungsgestaltung siehe *Heckschen*, GmbHR 2007, 198, 201; *ders.*, DStR 2007, 1442, 1447.

⁶² BT-Drucks. 16/6140, S. 68 ff.

⁶³ Dazu OLG München, NZG 2007, 915. Der Gesetzgeber will jedoch nach dem Diskussionsentwurf zur Normierung des internationalen Gesellschaftsrechts auch die identitätswahrende Satzungsitzverlegung zulassen, siehe dazu *Peters*, GmbHR 2008, 245; *Franz/Laeger*, BB 2008, 678; *Schneider*, BB 2008, 566; *Rotheimer*, NZG 2008, 181.

⁶⁴ Vgl. *Preuß*, GmbHR 2007, 57.

⁶⁵ So *Knof/Mock*, GmbHR 2007, 852, 856.

⁶⁶ So *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1447.

11. Formulierungsvorschlag Handelsregisteranmeldung

An das

Amtsgericht ...

Neuanmeldung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Firma ...

mit dem Sitz in ...

Die unterzeichnenden Geschäftsführer der neu gegründeten GmbH mit der Firma ... mit dem Sitz in ...

und einem Stammkapital von 25.000 € überreichen in der Anlage

- eine beglaubigte Abschrift des Gesellschaftsvertrages vom heutigen Tage URNr. ... des beglaubigenden Notars, die auch den Beschluss über die Geschäftsführerbestellung enthält;
- die Liste der Gesellschafter.

Die Geschäftsführer der Gesellschaft versichern – jeder für sich –,

- dass die Einlage des Gesellschafters ... auf das Stammkapital in Höhe von 3.000 € durch Bareinlage in Höhe der Hälfte des Betrages der übernommenen Geschäftsanteile, also insgesamt 1.500 €, eingezahlt wurde;
- dass die Einlage des Gesellschafters ... auf das Stammkapital in Höhe von 22.000 € durch Bareinlage in Höhe der Hälfte des Betrages der übernommenen Geschäftsanteile, also insgesamt 11.000 €, eingezahlt wurde;
- dass das Anfangskapital der Gesellschaft außer mit den in § ... des Gesellschaftsvertrages genannten Kosten nicht vorbelastet ist;
- dass sich die eingezahlten Beträge und das eingebrachte Vermögen zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführung befinden und nicht an die Gesellschafter zurückgewährt wurden;
- dass der/die Geschäftsführer nicht wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten
 - des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),
 - §§ 283–283 d StGB (Insolvenzstraftaten),
 - der falschen Angaben nach § 82 GmbHG oder § 399 AktG,
 - der unrichtigen Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG oder § 17 PublizitätsG,
 - nach den §§ 263–264 a oder den §§ 265 b–266 a StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,
 - und dass ihnen weder durch gerichtliches Urteil noch durch die vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufes, eines Berufszweiges, eines Gewerbes oder eines Gewerbebezuges ganz oder teilweise untersagt wurde, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,
- und auch keine vergleichbaren strafrechtlichen Entscheidungen ausländischer Behörden oder Gerichte gegen den jeweiligen Geschäftsführer vorliegen und

- dass die Geschäftsführer über die uneingeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht durch den Notar⁶⁷ belehrt wurden.

Die Geschäftsführer melden die vorbezeichnete Gesellschaft und ihre Bestellung als Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister an.

Die allgemeine Vertretungsregelung lautet:

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sofern nur ein Geschäftsführer bestellt ist, wird die Gesellschaft von diesem allein vertreten. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

Die konkrete Vertretungsregelung lautet:

Den unterzeichneten Geschäftsführern wurde stets Einzelvertretungsbefugnis erteilt. Sie sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Die Geschäftsräume der Gesellschaft befinden sich in ... (inländische Geschäftsanschrift i. S. d. § 8 Abs. 4 GmbHG).

III. Neuerungen bei Teilbarkeit und Verkauf von GmbH-Anteilen

1. Die Unterteilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen

Aus Kreisen der gesellschaftsrechtlichen Praxis wurde berichtet, dass bei allen bereits existenten GmbHs unverzüglich nach Inkrafttreten des MoMiG ein Gesellschafterbeschluss gefasst werden solle, wonach sämtliche Geschäftsanteile wie bei der Aktiengesellschaft in Geschäftsanteile mit Einer-Teilbarkeit umgewandelt werden sollen. Die Unterteilung kann tatsächlich auch ohne Satzungsgrundlage durch einfachen Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit stattfinden, § 46 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Da § 46 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG dispositiv ist,⁶⁸ kann in der Satzung auch bestimmt werden, dass die Teilung durch einseitige Erklärung ohne Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgen kann. Dabei ist ein genaues Augenmerk darauf zu richten, dass bei der Teilung mehrerer Geschäftsanteile eines Gesellschafters und der darauf folgenden Nummernvergabe eindeutig identifiziert wird, welche Nummern welchem bisherigen Geschäftsanteil entsprechen.⁶⁹ Dies ist insbesondere bei Geschäftsanteilen, die unterschiedliche Rechte und Pflichten vermitteln wichtig, gleiches gilt bei Geschäftsanteilen mit unterschiedlichen steuerlichen Anschaffungskosten.

Gleichzeitig normiert § 46 Nr. 4 GmbHG n. F., dass die Gesellschafterversammlung sowohl für die Teilung als auch für die Zusammenlegung⁷⁰ zuständig ist. Ob es daneben einer weiteren Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf, ist offen, im Gesetz nicht weiter normiert, sollte m. E. aber bejaht werden.⁷¹ Damit ist auch implizit der Streit entschieden,

⁶⁷ Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n. F. ist auch eine Belehrung durch andere rechtskundige Personen möglich, was aber nur bei Abwesenheit oder Auslandssachverhalten von Bedeutung ist.

⁶⁸ Siehe *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 46 Rdnr. 31.

⁶⁹ *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895.

⁷⁰ Siehe zu den bisherigen Streitigkeiten über die Voraussetzungen einer Zusammenlegung *Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG, § 15 Rdnr. 45 f.; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 15 Rdnr. 43. Diese Anforderungen bleiben m. E. unverändert bestehen.

⁷¹ Ebenso h. M., vgl. *Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG, § 15 Rdnr. 46.

dass es für eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen keiner Satzungsänderung bedarf.⁷² Eine bloß einseitige Erklärung ist in Zukunft grundsätzlich nicht mehr genügend, es sei denn, die Satzung ändert diese dispositive Entscheidungszuständigkeit ab und weist sie dem jeweiligen Gesellschafter allein zu.

Sollten in Zukunft nicht erforderliche Zersplitterungen von bisher einheitlichen Geschäftsanteilen durchgeführt werden, so sollte wiederum bereits aus Gründen der steuerlichen Unterscheidbarkeit bei unterschiedlichen Geschäftsanteilen mit unterschiedlichen Anschaffungskosten genau definiert werden, welche Geschäftsanteilsnummern aus welchen ursprünglichen Geschäftsanteilen hervorgehen. Einer notariellen Beurkundung bedürfen diese Beschlüsse nicht.

2. Bedeutung der Gesellschafterliste und Mitwirkung des Notars

a) Zeitpunkt des Erwerbs eines Geschäftsanteils, § 16 Abs. 1 GmbHG

Beispiel:

Der Gesellschafter G 1 ist an einer größeren Kapitalgesellschaft beteiligt. G 1 verkauft seinen Geschäftsanteil von nominal 3.000 € zum Preis von 5 Mio. € an G 2. Eine Woche nach der Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung findet die erste Gesellschafterversammlung statt. Alle Bedingungen für den dinglichen Geschäftsanteilsübergang sind zwischenzeitlich eingetreten. Kann G 2 bereits an der Gesellschafterversammlung teilnehmen, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Nach § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Falle einer Veränderung in der Person eines Gesellschafters oder des Umfangs der Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste i. S. d. § 40 GmbHG eingetragen ist. An die Stelle der Anzeige des Erwerbs des Geschäftsanteils nach § 16 GmbHG a. F. tritt also nunmehr die Eintragung in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. könnte unmittelbar nach dem Erwerb eines Geschäftsanteils keine neue Gesellschafterversammlung durch die neuen Gesellschafter abgehalten werden, da die Handelsregistraufnahme in der Regel erst später nachfolgt. Das Erfordernis der Eintragung in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste gilt im Gegensatz zum bisherigen Recht auch in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, also auch in Todes- und Umwandlungsfällen.⁷³ Um hier keine Lücke entstehen zu lassen hat der Gesetzgeber eine Rückwirkungsfiktion in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG geschaffen.⁷⁴ Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt danach als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Aufgrund dessen können auch in Zukunft unmittelbar nach einem Geschäftsanteils-erwerb Gesellschafterversammlungen unter Beteiligung des neuen Gesellschafters durchgeführt werden. Um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, kann dem Käufer eine Stimmrechtsvollmacht erteilt werden.

⁷² So aber *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 15 Rdnr. 43.

⁷³ *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894; *Vossius*, DB 2007, 2299; *Heckschen*, ZERB 2008, 246, 250; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404.

⁷⁴ Siehe *Heckschen*, ZERB 2008, 246, 250.

Entsprechend § 67 Abs. 2 AktG begründet § 16 GmbHG die *unwiderlegbare* Vermutung, Gesellschafter zu sein, wenn ein Gesellschafter in die Gesellschafterliste aufgenommen wurde. Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Geschäftsanteilsabtretung fehlgeschlagen ist und noch der ursprüngliche Veräußerer Gesellschafter verblieben ist. Für die Dauer der unwiderlegbaren Vermutung ist daher der in der Gesellschafterliste Eingetragene berechtigt, alle mitgliedschaftlichen Rechte auszuüben, insbesondere eine Dividende zu beziehen, das Stimmrecht und eventuelle Minderheitenrechte auszuüben, Geschäftsbeschlüsse anzufechten oder ein Spruchverfahren nach § 1 SpruchG einzuleiten.⁷⁵ Dementsprechend hat er für die Dauer seiner Eintragung auch sämtliche Pflichten eines Gesellschafters zu erfüllen.

Diese unwiderlegbare Vermutung der Gesellschafterstellung besteht nur im Verhältnis zur Gesellschaft selbst, nicht aber zugunsten und zulasten Dritter. Der Listeneintrag ist nicht dingliche Abtretungsvoraussetzung hinsichtlich des Übergangs des Geschäftsanteils.⁷⁶

b) Haftung nach § 16 Abs. 2 GmbHG

Nach § 16 Abs. 2 GmbHG haftet der Erwerber für rückständige Einlageverpflichtungen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Erwerbs im Verhältnis zur Gesellschaft neben dem Veräußerer. Der bisherige Begriff der „rückständigen Leistungen“ wurde so durch die Haftung für „Einlageverpflichtungen“ ersetzt. Ob nach neuem Recht noch eine Haftung für rückständige Verlustdeckungshaftung, die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG oder eine Haftung für Nachschüsse und Nebenleistungspflichten besteht, wird daher mit gutem Grund bezweifelt.⁷⁷

c) Zuständigkeit für Gesellschafterliste und Voraussetzungen der Änderung, § 40 GmbHG

Nach § 40 Abs. 1 GmbHG n. F. haben die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung⁷⁸ eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen. Hinsichtlich der Bezeichnung der Gesellschafter verbleibt es bei deren Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort samt der Angabe der Nennbeträge und der laufenden Nummern. Bei juristischen Personen sind Firma, Sitz und nach Möglichkeit Geschäftsanschrift (Letzteres nicht zwingend) anzugeben.⁷⁹ Problematisch bleibt die Aufführung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.⁸⁰ Insoweit sind allerdings keine Neuerungen eingetreten.

Wie im Aktienregister⁸¹ nach § 67 Abs. 3 AktG erfolgt die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer auf Mitteilung

⁷⁵ Siehe *Hüffer*, AktG, 8. Auflage 2008, § 67 Rdnr. 14.

⁷⁶ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404.

⁷⁷ Siehe *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 894; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405.

⁷⁸ Also auch bei Einziehung, Unterteilung, Zusammenlegung und dergleichen.

⁷⁹ Siehe zum bisherigen Recht *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 40 Rdnr. 3.

⁸⁰ Für Eintragung aller GbR-Gesellschafter OLG Hamm, NJW-RR 1996, 482 = BB 1996, 921 = DB 1996, 321 = GmbHR 1996, 363 = MDR 1996, 374; *Paefgen* in *Großkommentar GmbH*, 2006, § 40 Rdnr. 14.

⁸¹ Siehe *Hüffer*, AktG, § 67 Rdnr. 17 ff.; *Bezzemberger* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2008, § 67 Rdnr. 17 ff.

und Nachweis, § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. Den Nachweis für die Veränderung der Gesellschafterstellung hat der Gesellschafter zu erbringen. Insoweit kann auf die bereits üblichen Kommentierungen zum Aktienregister verwiesen werden.⁸² Für Todesfälle regt *Heckschen*⁸³ an, eine dem § 35 GBO entsprechende Vorschrift in die Satzung aufzunehmen, um Klarheit über die erforderlichen Nachweise zu schaffen.

Die Verantwortung des Notars für die Erstellung der Gesellschafterliste wird wesentlich gestärkt. Soweit nämlich ein Notar an Veränderungen in der Person der Gesellschafter oder im Umfang der Beteiligung eines Gesellschafters mitgewirkt hat, so hat dieser vorrangig vor § 40 Abs. 1 GmbHG unverzüglich nach dem Wirksamwerden und ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle des Geschäftsführers zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

Unklar ist, wie weit der Begriff der Mitwirkung eines Notars zu fassen ist.⁸⁴ Für die Fertigung des Entwurfs eines Notars für einen privatschriftlichen Beschluss über die Einziehung wird dies wohl zu bejahen sein (strittig). Ebenso kann es Fälle der Beurkundung von Angebot und Annahme mit Beteiligung unterschiedlicher Notare geben. Die bloße Beglaubigung eines Fremdentwurfs (z. B. Genehmigung eines Unternehmenskaufs) genügt insoweit jedoch nicht,⁸⁵ während bei Angebot und Annahme beide Notare die Pflicht trifft.⁸⁶ Auch mittelbare Anteilsübergänge wie die Beurkundung einer Verschmelzung, bei der die übertragende GmbH Anteile an einer anderen GmbH hält, genügen für § 40 Abs. 2 GmbHG. Die Fertigung eines Testamentes oder Erbvertrages ist hingegen keine hinreichende Mitwirkung, wohl aber die Beurkundung einer Vermächtniserfüllung oder Erbauseinandersetzung.⁸⁷

Der Notar hat die Liste mit folgender Bescheinigung zu versehen und an Handelsregister *und* Gesellschaft zu übersenden:

Formulierungsvorschlag:

Der Notar bescheinigt hiermit zur vorstehenden Gesellschafterliste, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat. Die bisherigen Eintragungen stimmen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste überein.

Der Notar darf die Liste erst nach dem Wirksamwerden des Anteilsübergangs absenden.⁸⁸ Er sollte Anteilsübertragungen daher so gestalten, dass eventuelle Bedingungen für den Anteilsübergang (z. B. Kaufpreiszahlung) erst eintreten, wenn sie ihm mitgeteilt wurden. Hilfsweise sollten zumindest Mitteilungspflichten an den Notar über das Wirksamwerden der Abtretung vereinbart werden.

⁸² Siehe *Hüffer*, AktG, § 67 Rdnr. 18.

⁸³ ZErB 2008, 246, 251.

⁸⁴ Siehe *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408 ff.; *Apfelbaum*, notar 2008, 160 unter F. I.

⁸⁵ Ebenso *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303.

⁸⁶ A. A. *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304, der nur den die Annahme beurkundenden Notar als verpflichtet ansieht, da erst damit der Vertrag zustande komme.

⁸⁷ Hinsichtlich weiterer Details siehe *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Heckschen*, ZErB 208, 246, 251; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403 ff.

⁸⁸ Siehe auch *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895 f.

Erstellt der Notar die Gesellschafterliste nicht unverzüglich und reicht sie dem Handelsregister ein, so drohen hieraus materielle und steuerliche Schäden. Beschlussfassungen, an denen der erwerbende Gesellschafter bereits mitgewirkt hat, können anfechtbar oder gar nichtig sein. Hieraus kann insbesondere bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern das steuerliche Risiko einer verdeckten Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 KStG folgen. Der Notar sollte daher zukünftig die Erstellung der Gesellschafterliste mit großer Sorgfalt und zeitlicher Dringlichkeit bearbeiten. Empfehlenswert ist insoweit eine Organisation, wonach möglichst bereits bei Beurkundung alle erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stehen. Es kann sich anbieten, die unverändert gebliebenen Eintragungen beispielsweise in normaler Schriftart, die veränderten hingegen in kursiver Schreibweise aufzuführen. Rechtlich zwingend ist dies freilich nicht.

Sollte die im Handelsregister eingetragene Gesellschafterliste falsch sein, so genügt es für den Notar zur Sicherung der Wirkung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vorerst eine Gesellschafterliste nach Maßgabe des § 40 GmbHG mit entsprechender Bescheinigung einzureichen. Soweit die bisherigen Eintragungen unzutreffend waren, können diese nachträglich noch korrigiert werden.

In jedem Fall hat der Notar die Liste mit größter Sorgfalt zu erstellen, da er mit seiner Bescheinigung nicht nur die Haftung für den Eintritt der Wirksamkeit der Veränderung des Gesellschafterbestandes übernimmt, sondern auch ausweist, dass die neue Gesellschafterliste im Übrigen mit dem bisherigen Bestand übereinstimmt. Fallen dem Notar Falscheinträge auf, so kann er nicht einfach die bisherige Gesellschafterliste berichtigen, da er dann die Bescheinigung nicht mehr abgeben kann. Vielmehr ist er gehalten, vorab die Gesellschaft zur Berichtigung von Falscheinträgen durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu veranlassen, um anschließend eine entsprechende Bescheinigung abgeben zu können.

Die Rechtslehre geht davon aus, dass die Verpflichtung nach § 40 GmbHG nur deutsche Notare trifft, nicht aber ausländische.⁸⁹ Diese Auslegung ist m. E. jedoch zweifelhaft.⁹⁰ Beurkundet ein ausländischer Notar die Abtretung deutscher GmbH-Geschäftsanteile, wendet er deutsches Recht an. Er muss dann auch die daran anknüpfenden Verpflichtungen erfüllen.

Der bisherige § 40 Abs. 2 GmbHG wird nunmehr § 40 Abs. 3 GmbHG. Geschäftsführer, die die nach § 40 Abs. 1 GmbHG obliegende Pflicht zur Einreichung einer korrekten Gesellschafterliste verletzen, haften gegenüber denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner. Den Notar trifft eine Haftung für eine unzutreffende Gesellschafterliste nicht nach § 40 Abs. 3 GmbHG, sondern nach § 19 BNotO.⁹¹

Problematisch sind sich kreuzende Gesellschafterlisten, wenn gleichzeitig Veränderungen, z. B. Abtretungen bei zwei oder mehr Notaren stattfinden, die beide ihre Veränderungen attestieren und nur die zuletzt eingereichte, aber notwendigerweise unvollständige Liste im Handelsregister eingestellt bleibt.⁹² Insoweit trifft den Geschäftsführer eine Überwachungspflicht, da er von allen Einreichungen informiert wird.

⁸⁹ *Ziemons*, BB 2006, Beilage 7, S. 9, 10; *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 688; *Breitenstein/Meyding*, BB 2006, 1457, 1460. Siehe auch *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896.

⁹⁰ Wie hier i. E. *Rau*, DStR 2006, 1892, 1894.

⁹¹ *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 252.

⁹² Siehe dazu *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412 f.

3. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

Einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen kannte das Gesetz bislang nicht; auch nicht nach § 160 Abs. 3 BGB. Insofern beschreibt der Gesetzgeber nunmehr Neuland, das allerdings heftig umstritten war.⁹³ Der erforderliche Gutglaubenstatbestand, auf den der Rechtsverkehr sich in Zukunft verlassen können soll, ist eine drei Jahre widerspruchsfrei im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste.⁹⁴ Alte Gesellschafterlisten sollten daher mit größter Sorgfalt überprüft werden.

Der gutgläubige Erwerb ist in § 16 Abs. 3 GmbHG normiert. Danach kann ein Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Der gutgläubige Erwerb wird lediglich für den Fall ausgeschlossen,

- dass die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre⁹⁵ unrichtig⁹⁶ und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen war oder
- dass dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder
- der Liste ein Widerspruch zugeordnet war.

Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Folge des gutgläubigen Erwerbs ist, dass der Geschäftsanteil vom tatsächlich Berechtigten auf den gutgläubigen Erwerber übergeht. Der Rechtsverlust des tatsächlich Berechtigten wird – wie üblich – durch einen Bereicherungsanspruch nach § 816 BGB kompensiert. Auch der gutgläubige Erwerb von Rechten an Geschäftsanteilen, wie beispielsweise Nießbrauchsrechten oder Pfandrechten ist vom GmbHG vorgesehen.⁹⁷ Einen gutgläubigen „Wegerwerb“, also lastenfreien Erwerb von belasteten Geschäftsanteilen, kennt das Gesetz hingegen nicht.⁹⁸

Ein gutgläubiger Erwerb setzt auch im Rahmen des § 16 Abs. 3 GmbHG ein Verkehrsgeschäft voraus.⁹⁹ Im Übrigen ist der Umfang des gutgläubigen Erwerbs teilweise noch ungeklärt. So stellt sich einerseits die Frage, ob auch nichtexistente Geschäftsanteile gutgläubig erworben werden können.¹⁰⁰ Ob eine bestimmte Stückelung von Geschäftsanteilen gutgläubig erworben werden kann, ist ebenso umstritten. M. E. ist dies ab-

zulehnen,¹⁰¹ da die Gesellschafterliste nur die Inhaberschaft selbst, nicht aber die zutreffende Stückelung schützen soll. Gleiches gilt hinsichtlich des guten Glaubens an das Nichtbestehen einer satzungsmäßigen Vinkulierungsklausel.¹⁰² Hieraus werden sich jedoch Abgrenzungsprobleme ergeben.

Bei den typischen großen Unternehmensverkäufen vergeht in der Regel einige Zeit zwischen der Vereinbarung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes und dem sog. *closing*. Gleiches kann bei Geschäftsanteilverkäufen mit aufschiebend bedingten Verfügungen über den Geschäftsanteil der Fall sein. Hier entstehen Gefahren dadurch, dass zwischenzeitlich der Verkäufer noch über seinen Geschäftsanteil verfügen kann. Würde dieser unmittelbar vor dem sog. *closing* seinen Geschäftsanteil an einen Dritten veräußern, so würde dieser den Geschäftsanteil erwerben. Dies war bereits bisher so. Neu ist jedoch, dass ein Verkäufer noch nach Abtretung des Geschäftsanteils diesen nochmals an einen gutgläubigen Dritten verkaufen und darüber verfügen kann, sofern noch keine neue Gesellschafterliste eingereicht wurde. Um dies zu vermeiden, kann mit Abschluss des Vertrages entweder bereits eine neue Gesellschafterliste samt Rückverpfändung des Geschäftsanteils an den Verkäufer für eventuelle Schadensersatzansprüche eingereicht¹⁰³ oder ein Widerspruch zur Gesellschafterliste angemeldet werden, um jeden gutgläubigen Erwerb auszuschließen. Dies sollte m. E. jedoch erst nach Erwerb¹⁰⁴ durch den Käufer erfolgen, da andernfalls ein gutgläubiger Erwerb des Käufers ebenso ausgeschlossen werden könnte, was gerade nicht gewollt ist.

Die Anforderungen an das Formerfordernis der Bewilligung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste sind ungeklärt. M. E. bedarf dieser der Form des § 12 Abs. 1 HGB¹⁰⁵ und ist dem Handelsregister in elektronischer Form zuzuleiten.

Kritik an den Bestimmungen zum gutgläubigen Erwerb ist sowohl von der Rechtspraxis als auch vom Bundesrat geäußert worden, da die Gesellschafterliste bisher von beliebigen Personen eingereicht werden konnte und aus den üblichen Geschäftsführerunterschriften kaum zu ermitteln war, ob die Gesellschafterliste tatsächlich von diesen oder von dritten Personen stammte. Durch die verstärkte Einbeziehung des Notars wird sichergestellt, dass die Gesellschafterliste in Zukunft eine erhöhte Richtigkeitsgewähr hat.

IV. Genehmigtes Kapital, § 55 a GmbHG n. F.

Auf Anregung des Bundesrates¹⁰⁶ wird nunmehr in § 55 a GmbHG ein genehmigtes Kapital ähnlich der Aktiengesellschaft¹⁰⁷ auch für die GmbH vorgesehen.¹⁰⁸ Das genehmigte Kapital kann entweder bei der Gründung oder bei einer späteren Satzungsänderung geschaffen werden. Es ist begrenzt auf

⁹³ Zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen *Bohrer*, DStR 2007, 995; *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565; *Hamann*, NZG 2007, 492; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806; *Heckschen*, ZErB 2008, 246; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403; *Rau*, DStR 2006, 1892; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841; *Vossius*, DB 2007, 2299.

⁹⁴ Zur Übergangsregelung siehe *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 423 (ab Inkrafttreten gegründete Gesellschaften sofort; Altgesellschaften: Schutzzeit von sechs bzw. 36 Monaten, je nachdem, ob die Unrichtigkeit zurechenbar ist oder nicht, § 3 EGGmbHG).

⁹⁵ Zur Fristberechnung siehe *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 420 f.

⁹⁶ Bei einer Unrichtigkeit von mehr als drei Jahren kommt es auf die Veranlassung hingegen nicht an.

⁹⁷ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 419.

⁹⁸ *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 252; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418. Siehe auch *Vossius*, DB 2007, 2299.

⁹⁹ BGH, NJW 2007, 3204; siehe auch *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 252.

¹⁰⁰ Dies wird von der h. M. zu Recht abgelehnt, vgl. *Hamann*, NZG 2007, 492, 494; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 63; *Noack*, DB 2006, 1475, 1478; *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 252; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418. Siehe auch *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300.

¹⁰¹ Ebenso *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418.

¹⁰² *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418.

¹⁰³ Zulässig erst nach dinglichem Wirksamwerden der Abtretung!

¹⁰⁴ Maßgeblich ist m. E. der Zeitpunkt des *dinglichen* Erwerbs, regelmäßig also der Zeitpunkt der Einigung; bei einer bedingten Verfügung, deren Bedingung die Beteiligten nicht selbst in der Hand haben, kommt es jedoch auf den Zeitpunkt der Einigung, nicht auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts an, siehe differenzierend *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 899; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 932 Rdnr. 14 m. w. N.

¹⁰⁵ Dagegen spricht, dass es sich nicht um eine „Anmeldung zur Eintragung“ im eigentlichen Sinne handelt.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 16/6140, S. 164.

¹⁰⁷ Siehe z. B. *Bayer/Hoffmann/Günzel*, AG 2007, 135; *Bayer/Hoffmann*, AG 2007, 56; *Drinkuth*, AG 2006, 142; OLG Schleswig, AG 2005, 48; LG Kempten, AG 2006, 168.

¹⁰⁸ Siehe bereits *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 846.

die Dauer von fünf Jahren ab der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Dabei muss im Gesellschaftsvertrag ein bestimmter Nennbetrag für das genehmigte Kapital vorgesehen werden. So können neue Geschäftsanteile gegen Einlagen zum Zwecke der Kapitalerhöhung geschaffen werden. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen. Im Falle der Satzungsänderung läuft die Fünfjahresfrist ab dem Zeitpunkt der Eintragung des genehmigten Kapitals in das Handelsregister. Eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen gemäß § 56 GmbHG darf beim genehmigten Kapital nur erfolgen, wenn die Ermächtigung dies vorsieht, § 55 a Abs. 3 GmbHG n. F. Die Ausübung des genehmigten Kapitals selbst löst keine weitere notariell zu beurkundende Änderung des Gesellschaftsvertrages aus, sie bedarf jedoch der Anmeldung zum Handelsregister.

Durch die Schaffung des genehmigten Kapitals werden sich im Bereich des GmbH-Rechts in Zukunft ebenso Probleme wie im Aktienrecht ergeben,¹⁰⁹ z. B. ob eine sachliche Recht-

fertigung für Schaffung und Ausnutzung des genehmigten Kapitals erforderlich ist, insbesondere wenn das Bezugsrecht¹¹⁰ von GmbH-Gesellschaftern ausgeschlossen werden soll.

V. Zusammenfassung

Auch wenn die Liberalisierung des GmbH-Rechts durchaus kritisch betrachtet werden kann, so verdient die GmbH-Reform m. E. gleichwohl Lob. Dies beruht vor allem in der Erkenntnis, dass der *race to the bottom* durch die europäische Liberalisierung nicht mit besonders konservativen, gläubigerschützenden deutschen Regeln aufzuhalten ist. Die Unternehmer und Unternehmensgründer würden auf ausländische Rechtsformen ausweichen. Um dies zu vermeiden, ist der Gesetzgeber mit viel Augenmaß den richtigen Schritt gegangen, einerseits eine hohe Qualität im deutschen Gesellschaftsrecht zu gewährleisten und andererseits nicht zwingend erforderliche Schutzmechanismen und Formalitäten abzuschaffen.

¹⁰⁹ Siehe beispielsweise BGH, NJW-RR 2008, 289 m. w. N.

¹¹⁰ Siehe zum Bezugsrecht BGH, GmbHR 2005, 925 = DNotZ 2005, 862; a. A. Roth/Altmeyen, GmbHG, § 55 Rdnr. 20.

Die Auswirkungen des MoMiG auf die Notarkosten

Von Notar a. D. Dr. Markus Sikora, Notar a. D. Dr. Rainer Regler und Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹ bringt zahlreiche Neuerungen für die notarielle Praxis.² Der folgende Beitrag beschränkt sich auf die Auswirkungen des Gesetzes auf die Notarkosten. Das MoMiG hat die Beurkundungspflicht einer GmbH-Gründung – auch im Fall der neu geschaffenen Unternehmersgesellschaft – unberührt gelassen.³ Soweit hierzu das gesetzliche Musterprotokoll verwendet wird, führt dies jedoch zu einer kostenrechtlichen Privilegierung. Erreicht wird dies dadurch, dass die neu in die Kostenordnung aufgenommenen Mindestwerte für Gesellschaftsgründungen und Erstanmeldungen von Kapitalgesellschaften (§§ 39 Abs. 4, 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO) und auch der schon bisher in § 41 Abs. 4 Nr. 1 KostO geregelte Mindestwert in bestimmten Fällen nicht anzuwenden sind. Das mit dem MoMiG verbundene Ziel des Gesetzgebers, Unternehmensgründungen zu erleichtern und die Attraktivität der GmbH im Vergleich zu ausländischen Rechtsformen – insbesondere zur englischen Limited – zu erhöhen,⁴ wurde somit kostenrechtlich flankiert. Auch die Aufwertung der nunmehr in den Fällen des § 40 Abs. 2 GmbHG notariell bescheinigten Gesellschafterliste als Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen wirft kostenrechtliche Fragen auf. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die durch das MoMiG veranlassten kostenrechtlichen Änderungen und führt neu entstandene Streitfragen einer Lösung zu.⁵ Die Darstellung orientiert sich an Sachverhalten aus der notariellen Praxis und schließt mit Berechnungsbeispielen ab.

A. Änderung der Kostenordnung

Durch das MoMiG wurde mit Art. 15 die Kostenordnung wie folgt geändert:⁶

- ¹ Das Gesetz wurde bislang noch nicht im BGBI verkündet.
- ² Vgl. Wälzholz, MittBayNot 2008, 425 (in diesem Heft).
- ³ Hierdurch soll ein Minimum an Beratung gewährleistet sein, vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 93.
- ⁴ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/6140, S. 1.
- ⁵ Der Beitrag behandelt nicht die Kosten der elektronischen Einreichung an das Registergericht, siehe hierzu z. B. Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 17. Aufl. 2008, § 41 a Rdnr. 125; Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 383 ff.; Tiedtke/Sikora, MittBayNot 2006, 397; Otto, JurBüro 2007, 120. Eine ggf. zusätzlich anfallende Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben den hier angesprochenen Sachverhalten wird ebenfalls nicht erörtert.
- ⁶ Einfügungen sind kursiv dargestellt.

I. § 39 Abs. 4 KostO

In § 39 Abs. 4 KostO wurde ein Mindestwert von 25.000 € eingeführt. Er lautet wie folgt:

„Bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen sowie von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz ist der Wert *mindestens auf 25.000 Euro und höchstens auf 5.000.000 Euro*, in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 7, auch wenn mehrere Anmeldungen in derselben Verhandlung beurkundet werden, auf höchstens 500.000 Euro anzunehmen.“

II. § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO

Auch in § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO wurde ein Mindestwert von 25.000 € eingeführt wird. Er lautet demgemäß wie folgt:

„(1) Bei den folgenden Anmeldungen zum Handelsregister ist Geschäftswert der in das Handelsregister einzutragende Geld-

betrag, bei Änderung bereits eingetragener Geldbeträge der Unterschiedsbetrag:

1. erste Anmeldung einer Kapitalgesellschaft; ein in der Satzung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bestimmtes genehmigtes Kapital ist dem Grundkapital hinzuzurechnen; *der Wert beträgt mindestens 25.000 Euro*;⁶

III. Einfügung eines neuen § 41 d KostO

Schließlich wurde nach § 41 c KostO folgender § 41 d eingefügt:

„§ 41 d – Verwendung von Musterprotokollen

Die in § 39 Abs. 4, § 41 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1, auch in Verbindung mit § 41 c Abs. 1, bestimmten Mindestwerte gelten nicht für die Gründung einer Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 1 a des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und, wenn von dem in der Anlage zu dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestimmten Musterprotokoll nicht abgewichen wird, für Änderungen des Gesellschaftsvertrages.“

B. GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

I. Die Gründung einer GmbH nach dem MoMiG

Die Gründung einer GmbH erfordert nach wie vor ein Mindeststammkapital von 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Neben dem herkömmlichen Verfahren sieht § 2 Abs. 1 a GmbHG nunmehr eine Gründung im vereinfachten Verfahren unter Verwendung eines gesetzlichen Musterprotokolls vor, wenn die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und nur einen Geschäftsführer hat sowie keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Umgekehrt scheidet jedoch das vereinfachte Gründungsverfahren aus, sobald die Beteiligten abweichende oder ergänzende Regelungen – etwa in Bezug auf die Abtretbarkeit oder Vererblichkeit der Anteile – treffen. Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste (§ 2 Abs. 1 a Satz 4 GmbHG). Im Übrigen finden darauf die Vorschriften des GmbHG über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung (§ 2 Abs. 1 a Satz 5 GmbHG). Das Musterprotokoll fasst somit die Gründungserklärungen, den Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsführerbestellung sowie die Gesellschafterliste in einer einheitlichen Urkunde zusammen.

1. Notarkosten bei einer Gründung ohne Musterprotokoll

Für die Beurkundung der Gründung einer GmbH außerhalb des vereinfachten Verfahrens, also ohne Verwendung des Musterprotokolls, verbleibt es kostenrechtlich bei der bisherigen Rechtslage. Wird die GmbH durch eine Person gegründet und wird das Stammkapital durch Barleistungen erbracht, entsteht für die Gründungserklärungen unverändert eine ^{10/10}-Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO. Bei Mitbeurkundung vertraglicher Vereinbarungen (z. B. Einbringungsvertrag) sind Gründung und Einbringungsvereinbarungen zwar gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 KostO, jedoch fällt die höhere ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an. Bei Gründung einer GmbH durch mehrere Personen ist stets eine ^{20/10}-Vertragsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zu erheben. Der Geschäftswert bestimmt sich in allen Fällen nach § 39 Abs. 1 KostO und beträgt gemäß § 39 Abs. 4 KostO höchstens 5 Mio. €. Die neu in § 39 Abs. 4 KostO eingefügte

Mindestwertvorschrift von 25.000 € wirkt sich nicht aus, weil durch das MoMiG das Mindeststammkapital nicht abgesenkt wurde.⁷

2. Notarkosten bei einer Gründung mit Musterprotokoll

Da der Gesetzgeber bei der GmbH von einer Absenkung des Mindeststammkapitals abgesehen hat, gelten auch bei Verwendung des Musterprotokolls dieselben Grundsätze für den Gründungsvorgang wie bei einer Gründung im herkömmlichen Verfahren. Kostenrechtliche Vorzüge ergeben sich in anderen Bereichen, wie z. B. bei der Bestellung des ersten Geschäftsführers,⁸ der Gesellschafterliste⁹ sowie unter bestimmten Voraussetzungen bei Änderungen der Satzung.¹⁰ Wird die GmbH unter Verwendung des Musterprotokolls gegründet, fällt bei der sog. Einmann-Gründung eine ^{10/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und bei einer Gründung mit zwei oder drei Gesellschaftern eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO aus dem Stammkapital von 25.000 € an. Wegen § 41 d KostO kommt zwar nicht der Mindestwert nach § 39 Abs. 4 KostO zum Tragen, wohl aber ist § 5 Abs. 1 GmbHG mit dem dort für die GmbH festgesetzten Mindeststammkapital von 25.000 € maßgebend.

II. Die Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Als Variante der GmbH wurde durch das MoMiG die Unternehmergesellschaft – UG – (haftungsbeschränkt) geschaffen, durch die die Gründung einer Kapitalgesellschaft mit einem Stammkapital von weniger als 25.000 € ermöglicht wird (§ 5 a Abs. 1 GmbHG). Die Gründung mittels Musterprotokoll ist unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 a GmbHG zulässig. Anders als bei der Gründung einer GmbH ist zu erwarten, dass im Bereich der UG das vereinfachte Gründungsverfahren die Regel sein wird, weil sich nur so die durch das MoMiG erhofften Vereinfachungs- und Vergünstigungseffekte erzielen lassen. Der neu durch § 39 Abs. 4 KostO geschaffene Mindestwert von 25.000 € gilt nach § 41 d KostO nicht für die Gründung einer Gesellschaft im vereinfachten Verfahren aufgrund des Musterprotokolls. Dies bedeutet, dass gemäß § 39 Abs. 1, 4 i. V. m. § 41 d KostO als Geschäftswert der Nominalbetrag des Stammkapitals anzunehmen ist.¹¹ Bei Gründung durch eine Person entsteht bei einem Stammkapital von 1 € eine ^{10/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO i. H. v. 10 €, bei Gründung durch zwei oder drei Personen eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO i. H. v. 20 €. Jede Abweichung vom Musterprotokoll, etwa durch Aufnahme einer Vinkulierungsklausel, führt dazu, dass keine Gründung im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1 a GmbHG mehr vorliegt. Dies führt zwangsläufig zum Wegfall der kostenrechtlichen Privilegierung nach § 41 d KostO, so dass in diesem Fall Geschäftswert – auch bei Annahme eines Stammkapitals von 1 € – der Mindestwert gemäß § 39 Abs. 4 KostO 25.000 € ist.

⁷ Der Regierungsentwurf beinhaltete indes eine Absenkung auf 10.000 €, vgl. *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208.

⁸ Siehe hierzu nachfolgend B. III.

⁹ Siehe hierzu nachfolgend B. V.

¹⁰ Siehe hierzu nachfolgend B. VI.

¹¹ Auch wenn praktische Erfahrungen noch fehlen, dürfte regelmäßig lediglich das Mindeststammkapital von 1 € gewählt werden.

III. Bestellung des ersten Geschäftsführers

Die Geschäftsführer werden gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag oder nach Maßgabe des dritten Abschnitts des GmbHG, also durch Gesellschafterbeschluss, bestellt. Im Rahmen des Gründungsvorgangs dürfte die Bestellung des ersten Geschäftsführers durch Beschluss vor allem dann sachgerecht sein, wenn die Satzung nur allgemein die Möglichkeit einer Befreiung von § 181 BGB oder die Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis vorsieht. Bestellt die Gründerversammlung außerhalb der Satzung den Geschäftsführer, liegt ein Beschluss und keine Vereinbarung vor. Eine früher bisweilen angenommene rechtsgeschäftliche Bestellung, also eine neben dem Gründungsvorgang einhergehende rechtsgeschäftliche Gründervereinbarung, wird in der neueren Rechtsprechung und in der Literatur nahezu einhellig abgelehnt.¹²

1. Gründung einer GmbH oder UG ohne Musterprotokoll

Die Einhaltung der förmlichen Beschlussvoraussetzungen (§§ 48 ff. GmbHG) empfiehlt sich zwar.¹³ Sie ist kostenrechtlich für die Frage, ob ein Beschluss vorliegt oder nicht, aber nicht entscheidend. Ein Beschluss liegt auch dann vor, wenn dieser nicht förmlich als solcher bezeichnet ist, da sich die Gründer dort, wo ein Beschluss notwendig ist, nur in Beschlussform äußern können (sog. Gründerversammlung).¹⁴ Die herrschende Meinung¹⁵ sieht auch in der Bestellung des ersten Geschäftsführers durch Beschluss im Hinblick auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Bestellung keine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar nach § 16 KostO.¹⁶ Der Geschäftswert eines Beschlusses über die Geschäftsführerbestellung ist nach § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bestimmen. Er beträgt 1 % des Stammkapitals, mindestens 25.000 € und höchstens 500.000 €. Werden mehrere Geschäftsführer durch Beschluss bestellt oder aberufen, liegt gemäß § 41 c Abs. 3 Satz 3 KostO ein einheitlicher Beschluss ohne bestimmten Geldwert vor.¹⁷ Wird der Beschluss nicht beurkundet, sondern vom Notar nur entworfen, fällt nach nunmehriger Auffassung eine 20/10-Gebühr nach § 145 Abs. 1 i. V. m. § 47 KostO an.¹⁸

¹² Z. B. KG, DNotZ 1984, 116; ZNotP 2006, 235 m. Anm. Tiedtke = MittBayNot 2006, 445; OLG Zweibrücken, JurBüro 1988, 1046; OLG Oldenburg, JurBrüo 1989, 825; OLG Frankfurt am Main, JurBüro 1991, 1218; ZNotP 2008, 38; Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 41 c Rdnr. 20; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 980, 984; Haferland/Schmidt/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 408; a. A. Rohs/Wedewer, KostO, § 39 Rdnr. 20; Waldner, Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl., Rdnr. 230–233 b.

¹³ So auch Wilke in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 5 Rdnr. 183.

¹⁴ OLG Frankfurt am Main, ZNotP 2008, 38; Ulmer/Haber-sack/Winter, GmbHG, 2006, § 48 Rdnr. 66; Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 48 Rdnr. 42; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 980, 984 m. w. N.

¹⁵ KG, DNotZ 1984, 116; ZNotP 2006, 235 m. Anm. Tiedtke = MittBayNot 2006, 445; OLG Zweibrücken, JurBüro 1988, 1046; OLG Oldenburg, JurBrüo 1989, 825; OLG Frankfurt am Main, JurBüro 1991, 1218; ZNotP 2008, 38; Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 41 c Rdnr. 20; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 980, 984; Haferland/Schmidt/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 408.

¹⁶ Die Beschlussvariante vermeidet Auslegungsprobleme gegenüber der Bestellung des Geschäftsführers in der Satzung.

¹⁷ Anders verhält es sich jedoch bei der Registeranmeldung, bei der die Zahl der Anmeldungen nach Veränderungen maßgebend ist.

¹⁸ LG Dresden, NotBZ 2007, 300 m. zust. Anm. Otto; Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 145 Rdnr. 8, 9; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 405.

Wird der erste Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag bestellt, ist die dogmatische Einordnung streitig. Überwiegend wird in der Literatur¹⁹ vertreten, dass es sich nicht um echte Bestandteile des Gesellschaftsvertrages handelt, sondern nur um unechte, also schuldrechtliche, außerhalb der Satzung getroffene Abreden der Gründer. Derartige Vereinbarungen seien zwar als Ausdruck der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig, könnten indes im Unterschied zu den satzungsgemäßen mitgliedschaftlichen Vereinbarungen weder Rechte der Gesellschafter gegen die Gesellschaft begründen noch künftige Gesellschafter allein aufgrund des Erwerbs der Mitgliedschaft binden.²⁰ Namentlich soll dies für die Bestellung des ersten Geschäftsführers oder die Angabe der Person der Gesellschafter als sog. formelle Satzungsbestandteile gelten.²¹

Problematisch erscheint dieses Verständnis dann, wenn die Gründervereinbarung über die reine Bestellung der Geschäftsführer hinausgeht und z. B. dem Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt wird. Hinzu kommt, dass bei Aufnahme der Geschäftsführerbestellung in die Satzung zweifelhaft sein kann, ob damit ein Sonderrecht auf Geschäftsführung begründet wird.²² In jedem Fall ist es sachgerecht zu fordern, dass sog. unechte Bestandteile einer Satzung klar und eindeutig von echten Bestandteilen abgegrenzt werden, um etwaige Zweifel zu vermeiden. Spätere Bestellungen und Abberufungen richten sich nach dem dritten Abschnitt des GmbHG und erfordern einen Beschluss mit einfacher Mehrheit, wenn die erste Geschäftsführerbestellung als unechter Bestandteil in der Satzung enthalten ist.²³ Wäre sie echter Bestandteil, müsste ein satzungsändernder Beschluss mit ¾-Mehrheit nach § 53 GmbHG erfolgen. Kostenrechtlich liegt bei der Bestellung des Geschäftsführers in der Satzung Gegenstandsgleichheit gemäß § 44 Abs. 1 KostO vor. Die Bestellung des Geschäftsführers löst neben den Kosten für die Gründung keine weiteren Gebühren aus.

2. Gründung einer GmbH oder UG mittels Musterprotokoll

Das Musterprotokoll enthält in Ziffer 4 die Bestellung des ersten Geschäftsführers sowie eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die Gründung mittels Musterprotokoll lässt sich nicht eindeutig in die bisherige Dogmatik echter und unechter Satzungsbestandteile einordnen. Der Gesetzgeber hat mit dem Musterprotokoll ein bisher dem deutschen Recht unbekanntes, vereinfachtes und einheitliches Gründungsverfahren besonderen Zuschnitts geschaffen, das in einer Urkunde Gründungsvorgang, Satzung, Gesellschafterliste und Geschäftsführerbestellung zusammenfasst. Während § 2 Abs. 1 a Satz 4 GmbHG kraft gesetzlicher Fiktion das Musterprotokoll zur Gesellschafterliste erklärt, ordnet Satz 5 lediglich an, dass die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung finden. Hieraus ergibt sich, dass jeweils nur Teile des Musterprotokolls dem

¹⁹ Ulmer in Ulmer, GmbHG-Großkommentar, 2005, § 3 Rdnr. 36 ff. und § 6 Rdnr. 24 ff., Priester in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, 1996, § 21 Rdnr. 2; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 109.

²⁰ So mit Recht Ulmer in Ulmer, GmbHG-Großkommentar, § 3 Rdnr. 36.

²¹ Ulmer in Ulmer, GmbHG-Großkommentar, § 3 Rdnr. 38 mit Hinweis auf § 2 Rdnr. 9.

²² Scholz/Emmerich, GmbHG, § 3 Rdnr. 109 mit Hinweis auf BGH, GmbHR 1982, 129, 130 = BB 1981, 926.

²³ Ulmer in Ulmer, GmbHG-Großkommentar, § 6 Rdnr. 24–26.

einen (etwa Ziffer 3 sowie Teile des Urkundseingangs der Gesellschafterliste) oder dem anderen Teil (jedenfalls die Ziffern 2 und 3 und teilweise auch 1 der Satzung) zuzuordnen sind.

Da das Musterprotokoll in Bezug auf den ersten Geschäftsführer nicht nur dessen Bestellung, sondern auch seine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthält – die Einzelvertretungsbefugnis ergibt sich schon aus seiner zwingenden Alleinstellung –, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der/die Gründungsgesellschafter insoweit einen Beschluss fassen. Gleichmaßen erscheint es nicht sachgerecht, ihnen zu unterstellen, sie wollten die Geschäftsführerbestellung als – möglicherweise sogar echten – Satzungsbestandteil behandelt wissen. Wer sich als Gründer des Musterprotokolls bedient, macht sich über die erste Geschäftsführerbestellung lediglich insoweit Gedanken, als er in das gesetzliche Muster den Namen des Geschäftsführers eintragen lässt. Die Geschäftsführerbestellung ist bei Verwendung des Musterprotokolls ebenso wie die Gesellschafterliste als gegenstandsgleicher (§ 44 Abs. 1 KostO) Bestandteil eines einheitlichen Gründungsvorgangs anzusehen. Sie ist neben den Gründungserklärungen nicht gesondert zu bewerten. Hieraus folgt, dass bei einer späteren Abberufung des Geschäftsführers keine kostenbegünstigte Änderung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 41 d KostO vorliegt, sondern ein nach §§ 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bewertender Beschluss ohne bestimmten Geldwert, da der Gesellschaftsvertrag gerade nicht geändert wird.²⁴

IV. Registeranmeldungen bei Gründung einer GmbH oder UG

Der Geschäftswert für die Registeranmeldung einer neu gegründeten GmbH bestimmt sich nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO. Danach ist der in das Register einzutragende Geldbetrag, also der Nominalbetrag des Stammkapitals, maßgeblich. Durch Änderung des § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO wurde ein Mindestwert von 25.000 € in die Kostenordnung eingefügt. Dieser gilt allerdings nicht, wenn die Gesellschaft im vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls gegründet wird (§ 41 d KostO). Zwar enthält oder ersetzt das Musterprotokoll nicht eine gesondert zu fertigende Registeranmeldung. Gleichwohl ist nach der ratio legis auch insoweit von einer kostenrechtlichen Privilegierung auszugehen, was sich indes nur bei der UG auswirkt.²⁵ Der Mindestwert des § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO ist dabei stets auf die erste Anmeldung einer Kapitalgesellschaft beschränkt. Für spätere Anmeldungen, aufgrund derer ein bestimmter Geldbetrag in das Register einzutragen ist, z. B. also bei Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen, ist nicht § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO anzuwenden, sondern § 41 a Abs. 1 Nr. 3 KostO.

1. Gründung einer GmbH ohne Musterprotokoll

Der Geschäftswert für die Anmeldung einer neu gegründeten GmbH richtet sich nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO, und zwar unabhängig davon, ob das Stammkapital durch Bar- oder Sacheinlagen erbracht wird. Danach ist der in das Register einzutragende Betrag, also das Stammkapital, als Geschäftswert maßgebend. Es fallen somit folgende Gebühren an:

- ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO bei Beurkundung,

- ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO bei Entwurfsfertigung (erste Unterschriftsbeglaubigung ist mit der Entwurfsgebühr abgegolten),
- ¹/₄-Gebühr nach § 45 KostO bei reiner Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurfstätigkeiten des Notars.

2. Gründung einer GmbH mittels Musterprotokoll

Da das Stammkapital für die GmbH nicht abgesetzt wurde, bleibt es für die Registeranmeldung weiterhin mindestens bei einem Geschäftswert von 25.000 €, der dem (mindestens) einzutragenden Stammkapital entspricht. Die neu in § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO aufgenommene Mindestwertvorschrift hat somit auch bei Gründung der GmbH – anders als bei der UG – im vereinfachten Verfahren keine Bedeutung. Kostenrechtlich ergeben sich daher gegenüber der GmbH-Gründung ohne Musterprotokoll keine Besonderheiten.²⁶

3. Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von 1 €

In Frage steht der Geschäftswert für die Registeranmeldung bei Gründung einer UG im vereinfachten Verfahren und einem einzutragenden Stammkapital in Höhe von 1 €. Gegen einen Geschäftswert von 1 € könnte die nichtamtliche Überschrift in § 41 d KostO „Verwendung von Musterprotokollen“ sprechen. Die Anmeldung erfolgt nämlich nicht – wie noch im Rahmen des im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Gründungssets – durch ein gesetzlich vorgegebenes Musteranmeldeformular, sondern durch einen vom Notar oder den Gründern selbst zu fertigenden Entwurf. Zudem nimmt § 41 d KostO die neue Mindestwertvorschrift des § 41 Abs. 1 Nr. 1 KostO nicht ausdrücklich aus.

Entscheidend ist jedoch, dass der Gesetzgeber durch Einführung des Musterprotokolls und der Regelung des § 41 d KostO ein besonderes Gründungsverfahren zur Verfügung stellt, das bei Gründung einer UG insgesamt zu einer Vereinfachung und Verbilligung führen soll. Dem gesetzgeberischen Zweck liefe eine Kostenfolge, nach der die Kosten der Registeranmeldung diejenigen der Gründung (Gründungsvorgang, Satzung, Geschäftsführerbestellung, Gesellschafterliste) übersteigen würden, zuwider. Geschäftswert der Registeranmeldung ist somit lediglich das einzutragende Stammkapital von 1 €. Die nach § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO bei einem Geschäftswert von 1 € zu erhebende ⁵/₁₀-Gebühr beträgt 10 € (Mindestgebühr).

V. Liste der Gesellschafter bei Gründung

Wie bisher ist bei Gründung einer GmbH eine Liste der Gesellschafter zum Handelsregister durch den/die Geschäftsführer einzureichen (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Neu ist, dass die Liste neben Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie der Nennbeträge der Geschäftsanteile nunmehr eine fortlaufende Nummerierung dieser enthalten muss. Hierdurch soll die Identifizierung der jeweiligen Geschäftsanteile vereinfacht werden. Bei Gründungen im vereinfachten Verfahren gilt das Musterprotokoll auch als (erste) Gesellschafterliste (§ 2 Abs. 1 a GmbHG). Da die Liste jedoch auch den Wohnort der Gesellschafter enthalten muss, ist das Musterprotokoll insgesamt – also einschließlich des Urkundseingangs und nicht nur dessen Ziffer 3 – als Liste anzusehen. Die Gesellschafterliste ist künftig unter den Vorausset-

²⁴ Hierzu näher unter B. VI. 2.

²⁵ Hierzu VI. 3.

²⁶ Vgl. bereits B. VI. 1.

zungen des § 16 Abs. 3 GmbHG Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen.

1. Gründung einer GmbH ohne Musterprotokoll

Wird eine GmbH ohne Verwendung des Musterprotokolls gegründet, gilt wie bisher: Übernimmt der Notar auftragsgemäß die Erstellung (Entwurf) der Liste, liegt eine gebührenpflichtige Tätigkeit vor. Zu erheben ist, da eine Spezialnorm in der Kostenordnung nicht enthalten ist und auch keine Entwurfs-tätigkeit i. S. v. § 145 KostO vorliegt, eine $5/10$ -Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.²⁷ Gegen die Auffassung der Rechtsprechung,²⁸ welche in dem Entwurf der Gesellschafterliste eine gebührenfreie Nebentätigkeit gemäß § 35 KostO zur Registeranmeldung sieht, sprach schon bisher die Haftung und Verantwortlichkeit des Notars für den Inhalt der von ihm entworfenen Erklärungen. Durch die Aufwertung der Liste als Legitimationsgrundlage für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und durch die Erleichterungen des MoMiG bei der Anteilstückelung sind deren Bedeutung für den Rechtsverkehr und somit auch die Haftung und Verantwortlichkeit des Notars erheblich gestiegen. Vor diesem Hintergrund bedarf auch die bisher ablehnende Auffassung der Rechtsprechung der Überprüfung. Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1 KostO mit einem Teilwert. Etwa 10–20 % des Stammkapitals der einzutragenden Gesellschaft wird als angemessen und sachgerecht angesehen.²⁹ Bei einem Stammkapital von 25.000 € und Annahme eines Teilwertes von 10 % ergibt sich ein Geschäftswert von 2.500 €, die daraus zu erhebende $5/10$ -Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO beträgt 13 €.

2. Gründung einer GmbH oder UG mittels Musterprotokoll

Bei Gründung der GmbH oder UG mittels Musterprotokoll gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG ist keine eigene Gesellschafterliste notwendig. Nach Satz 4 der Norm gilt das Musterprotokoll zugleich kraft gesetzlicher Fiktion als Gesellschafterliste. Gesonderte Kosten entstehen für die Gesellschafterliste nicht.³⁰

VI. Änderungen des Gesellschaftsvertrages

Im Zusammenhang mit Änderungen des Gesellschaftsvertrages sind verschiedene Varianten zu untersuchen.

1. Änderungen vor Eintragung ins Handelsregister

a) Gründung einer GmbH ohne Musterprotokoll

Wird der Gesellschaftsvertrag oder die Gründungsurkunde im Übrigen vor Eintragung in das Handelsregister geändert, ist

§ 42 KostO anwendbar, es sei denn, die Änderungen sind so weitgehend, dass ein neuer Gesellschaftsvertrag vorliegt, mit der Folge einer $20/10$ -Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO (Gründung durch mehrere Personen) oder eine $10/10$ -Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO (Einmann-Gründung), und zwar aus dem vollen Wert. Der Geschäftswert für die Berechnung nach § 42 KostO richtet sich entweder nach dem feststehenden Wert der Änderung (z.B. bei Kapitaländerung) oder aus einem nach § 39 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 1 KostO zu schätzenden Teilwert, je nach Umfang der Änderungen.³¹

b) Gründung einer GmbH oder einer UG mittels Musterprotokoll

§ 41 d KostO bestimmt, dass die in § 39 Abs. 4, § 41 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 KostO, auch in Verbindung mit § 41 c Abs. 1 KostO bestimmten Mindestwerte (25.000 €) für Änderungen des Gesellschaftsvertrages nicht anzuwenden sind, wenn von dem in der Anlage zu dem Gesetz festgelegten Musterprotokoll nicht abgewichen wird. Die systematische Einordnung des § 41 d KostO könnte zwar zunächst dafür sprechen, dass die neu in die Kostenordnung eingefügte Gesetzesbestimmung nur auf Beschlüsse und Registeranmeldungen anzuwenden ist. Allerdings nimmt § 41 d KostO auch auf § 39 Abs. 4 KostO Bezug, wodurch nicht nur Beschlüsse betroffen sind, sondern auch die Gründungserklärungen, deren Wert nach § 39 Abs. 1 und 4 KostO zu bestimmen ist. Für Änderungen gemäß § 39 Abs. 1 Satz 2 KostO, für die nach § 42 KostO die für die Beurkundung der Haupterklärung bestimmte Gebühr zu erheben ist, jedoch nicht mehr als die volle Gebühr, ist der Geschäftswert – soweit er betragsmäßig nicht feststeht – nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Hierbei bleibt es auch bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der GmbH oder der UG. Privilegiert sind aber nur redaktionelle Änderungen des Musterprotokolls. Wird das Musterprotokoll darüber hinaus abgeändert, entfällt das in § 41 d KostO normierte Privileg auch bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, wird aber durch die Begrenzung des Wertes der Änderungen auf den Wert des Rechtsverhältnisses (§ 39 Abs. 1 Satz 2 KostO) auf andere Weise wieder eingeführt, wonach der Wert des Gründungsvorgangs nicht überschritten werden darf. Führen indes die Änderungen insgesamt zu einem neuen Rechtsverhältnis (z. B. Wechsel der Gründungsgesellschafter), gelten die Grundsätze der Bewertung eines Gründungsvorgangs.

c) Änderungsvarianten – vor Eintragung – am Beispiel einer Änderung des Sitzes

aa) GmbH-Gründung oder Gründung einer UG ohne Musterprotokoll

Maßgeblich ist § 42 KostO und demgemäß ein Teilwert aus dem Wert des Gesellschaftsvertrages (dieser beträgt mindestens 25.000 €). Wenn der Geschäftswert der Änderung feststeht, ist dieser maßgebend; wenn kein bestimmter Wert feststeht, ist dieser nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen, wobei etwa 10–20 % des Wertes des Gesellschaftsvertrages angemessen sind.³² Bei Annahme eines Teilwertes von 10 % (2.500 €) fällt eine $10/10$ -Gebühr nach § 42 KostO i. H. v. 26 € an.

²⁷ Zur bisherigen Gesetzeslage: OLG Stuttgart, JurBüro 1984, 1078; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1984, 222; OLG Celle, JurBüro 1994, 41 = GmbHR 1993, 294; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 147 Rdnr. 113; a. A. – gebührenfrei – OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1987, 641 m. abl. Anm. *Reimann* = KostRspr. KostO, § 147 Nr. 101 m. abl. Anm. *Lappe*; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1977, 229; OLG Hamm, ZNotP 2002, 123 m. abl. Anm. *Tiedtke*; OLG Frankfurt am Main, MittBay-Not 2008, 410, 411.

²⁸ OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1987, 641 m. abl. Anm. *Reimann* = KostRspr. KostO, § 147 Nr. 101 m. abl. Anm. *Lappe*; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1977, 229; OLG Hamm, ZNotP 2002, 123; OLG Frankfurt am Main, MittBayNot 2008, 410, 411.

²⁹ Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1137 m. w. N.

³⁰ Hierzu bereits oben B. V.

³¹ Im Übrigen siehe zu Abgrenzungsfragen, insbesondere zu erheblichen Änderungen mit der Folge eines neuen Rechtsverhältnisses, Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 974 ff.

³² Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 974.

bb) GmbH-Gründung oder Gründung einer UG mittels Musterprotokoll

Bei einer GmbH beträgt das Stammkapital mindestens 25.000 €, so dass sich bei einem Teilwert in Höhe von 10 % nach § 30 Abs. 1 KostO ein Geschäftswert von 2.500 € ergibt. Die ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 42 KostO beträgt hieraus 26 €. Bei der UG sind die §§ 41 d, 30 Abs. 1 KostO maßgeblich. Ein Teilwert von 10 % aus einem Stammkapital von 1 € liegt bei 10 Cent; die Gebühr nach § 42 KostO beträgt dann 10 € (Mindestgebühr).

d) Registeranmeldungen

aa) Erneute Registeranmeldung?

Umstritten ist die Frage, ob nach Änderung eines Gesellschaftsvertrages vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eine erneute Registeranmeldung notwendig ist oder ob die dem Registergericht bereits vorliegende Anmeldung nach Einreichung der Änderungsurkunde für den Vollzug ausreicht.³³ Da der Notar im Zweifel den sichersten Weg wählen soll, ist ihm keine unrichtige Sachbehandlung gemäß § 16 KostO vorzuwerfen, wenn er eine erneute Registeranmeldung fertigt, mit der die Änderungen des Gesellschaftsvertrages angemeldet werden.³⁴

bb) GmbH- und UG-Gründung mittels Musterprotokoll

Bei der Gründung einer GmbH (Stammkapital 25.000 €) mittels Musterprotokoll und einer anzumeldenden Änderung des Sitzes liegt eine Änderung innerhalb der Grenzen des gesetzlich vorgeschriebenen Musterprotokolls vor. Geschäftswert gemäß § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO ist 1 % des Stammkapitals von 25.000 € also 250 €. Nach § 41 d KostO ist der Mindestwert gemäß § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO nicht anzunehmen; zu erheben ist eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Gebühr beträgt 10 € (Mindestgebühr).

Bei einer UG-Gründung mittels Musterprotokoll ist ebenfalls Geschäftswert gemäß § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO 1 % des Stammkapitals von 1 €, also 1 Cent. Gemäß § 41 d KostO ist der Mindestwert gemäß § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO nicht anzunehmen; zu erheben ist eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Gebühr beträgt 10 € (Mindestgebühr).

2. Änderungen nach Eintragung im Handelsregister

Ist die neu gegründete GmbH oder UG im Handelsregister eingetragen, können Änderungen des Gesellschaftsvertrags nur noch durch Beschluss erfolgen. Kostenrechtlich wird unterschieden zwischen Beschlüssen, die einen bestimmten Geldbetrag betreffen (z. B. Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung) und solchen, die einen unbestimmten Geldwert haben (z. B. Sitzverlegung, Abberufung oder Neubestellung

des Geschäftsführers). Der Geschäftswert für Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert bestimmt sich gemäß § 41 a Abs. 1 KostO nach den allgemeinen Wertvorschriften der Kostenordnung, während für Beschlüsse ohne bestimmten Geldwert § 41 c Abs. 1 KostO auf die Wertbestimmung nach § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO verweist. Für letztere bestimmt § 41 Abs. 4 Nr. 1 KostO einen Mindestwert von 25.000 €, der für Änderungen des Gesellschaftsvertrages gemäß § 41 d KostO dann nicht anzuwenden ist, wenn durch die Änderung vom gesetzlichen Inhalt des Musterprotokolls nicht abgewichen wird.

a) Satzungsänderungen, Geschäftsführerabberufung und/oder -neubestellung

aa) Auswirkungen des § 41 d KostO auf Satzungsänderungen

§ 41 d KostO regelt abweichend von den allgemein geltenden Grundsätzen, dass für Änderungen des Gesellschaftsvertrages der neu in § 39 Abs. 4 KostO eingefügte Mindestwert von 25.000 € dann nicht maßgeblich ist, wenn eine Satzungsbestimmung innerhalb des durch das Musterprotokoll vorgegebenen Rahmens geändert wird. Wird z. B. der Sitz verlegt oder der Gegenstand des Unternehmens geändert, bewegt sich die Änderung im gesetzlich vorgegebenen Rahmen des Musterprotokolls. Für den Beschluss gilt somit die in § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO verankerte Mindestwertbestimmung von 25.000 € ausdrücklich nicht. Bei einer GmbH, die mittels Musterprotokoll gegründet wurde und ein Stammkapital von 25.000 € hat, ist somit als Geschäftswert 1 % des Stammkapitals = 250 € anzunehmen; die ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 47 KostO hieraus beträgt 20 €. Bei einer mittels Musterprotokoll gegründeten UG mit Stammkapital von 1 € ist als Geschäftswert ebenfalls 1 % des Stammkapitals = 1 Cent anzunehmen. Die ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 47 KostO beträgt somit ebenfalls 20 € (Mindestgebühr).

Darüber hinausgehende Änderungen sind indes nicht privilegiert. Es gelten die allgemeinen kostenrechtlichen Bestimmungen über die Bewertung von Beschlüssen und der Mindestwert von 25.000 €.

bb) Geschäftsführerwechsel

Nach Eintragung der GmbH oder der UG im Handelsregister kann ein Geschäftsführer nur durch Beschluss bestellt oder abberufen werden. Hierbei handelt es sich um einen Beschluss ohne bestimmten Geldwert. Werden in einer Gesellschafterversammlung mehrere Geschäftsführer abberufen oder neu bestellt, liegt gemäß § 41 c Abs. 3 Satz 3 KostO ein Beschluss vor. Für den Beschluss fällt stets eine ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 47 KostO an, und zwar auch dann, wenn das Beschlussorgan nur aus einer Person besteht.³⁵ Bezüglich der kostenrechtlichen Behandlung von Beschlüssen gilt Abschnitt B. III. 1.

Fraglich ist, ob das in § 41 d KostO geregelte Privileg bei Geschäftsführerwechseln anzuwenden ist, wenn eine GmbH oder UG mit dem Musterprotokoll gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG errichtet worden ist. Diese Frage ist wiederum am Normzweck des § 41 d KostO zu beantworten. Durch das MoMiG soll der Gründungsvorgang bei Verwendung des gesetzlichen Musters kostenrechtlich privilegiert werden, um die Gründung zu erleichtern, zu beschleunigen und gewisse Anreize für die Verwendung inländischer Rechtsformen zu

³³ Für eine erneute Anmeldung: *Rohwedder/Zimmermann*, GmbHG, § 54 Rdnr. 2; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 54 Rdnr. 4; *Scholz/Priester*, GmbHG, § 54 Rdnr. 4; *Naumann*, MittBayNot 2001, 231; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 976; gegen eine erneute Anmeldung: BayObLG, MittBayNot 1978, 22; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 230; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 2 Rdnr. 23; *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 972; *Gustavus*, DNotZ 1971, 229, 232.

³⁴ Siehe Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 796 m. w. N.; *Haferland/Schmidt/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 422 ff.

³⁵ Siehe Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 865 m. w. N.

schaffen. Die Intention des Gesetzgebers beschränkt sich in erster Linie auf den Gründungsvorgang als solchen. Spätere Entwicklungen bei der werbenden Gesellschaft sind mit Ausnahme von Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die sich im Rahmen des Musterprotokolls halten, nicht von der Privilegierung erfasst. Demgemäß ist die Abberufung und Neubestellung eines Geschäftsführers ein Beschluss, für den der Mindestwert gemäß § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO anzunehmen ist. In diesem Fall wird nicht der im Musterprotokoll enthaltene Gesellschaftsvertrag, sondern eine Gründervereinbarung geändert.³⁶ Tritt neben den bereits vorhandenen Geschäftsführer ein weiterer Geschäftsführer hinzu, ist ohnehin der Anwendungsbereich des § 41 d KostO verlassen.

c) Registeranmeldungen

Für die Anmeldung der Abberufung oder Neubestellung eines Geschäftsführers ist der Geschäftswert nach § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO anzunehmen. Es gelten die gleichen Grundsätze wie für die Beschlussbeurkundung.³⁷

C. Liste der Gesellschafter nach Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse

Das MoMiG hat den Umfang der Mitwirkung des Notars bei Veränderungen im Gesellschafterbestand oder im Umfang der Beteiligungsverhältnisse in Bezug auf die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste erheblich erweitert. Die vom Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG abzugebende Bestätigung, die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist, bringt Neuerungen in kostenrechtlicher Hinsicht mit sich.

I. Notarielle Tätigkeit im Rahmen des § 40 Abs. 1 GmbHG

Gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG ist es weiterhin Pflicht der Geschäftsführer, unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, welche die in der Vorschrift genannten Angaben enthält. Fertigt der Notar den Entwurf der Gesellschafterliste und hat er an der Veränderung nicht mitgewirkt, weil kein beurkundungspflichtiger Vorgang vorliegt (z. B. Erbfall) oder ist die Veräußerung des Geschäftsanteils von einem anderen Notar beurkundet worden, entsteht keine Entwurfsgebühr nach § 145 KostO, sondern eine $\frac{5}{10}$ -Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Die Gesellschafterliste enthält keine Willenserklärungen, sondern nur die Niederlegung von Gegebenheiten, die nicht erklärt, sondern festgestellt werden. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen (etwa 10 % bis 20 % des Stammkapitals).

II. Notarielle Tätigkeit im Rahmen des § 40 Abs. 2 GmbHG

Hat der Notar an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende

Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterzeichnen, dem Registergericht einzureichen, eine Abschrift der Gesellschaft zu übermitteln und mit der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen. Obwohl sich diese Bescheinigung an die Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anlehnt,³⁸ fehlt eine vergleichbare Regelung wie in § 47 KostO (Kostenfreiheit der Satzungsbescheinigung, wenn diese mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt). Eine sinnngemäße Übertragung des § 47 KostO auf andere Sachverhalte ist wegen des Analogieverbotes im Kostenrecht ausgeschlossen. Zur kostenrechtlichen Bewertung der notariellen Tätigkeit im Rahmen des § 40 Abs. 2 GmbHG sind demgemäß die einzelnen Mitwirkungshandlungen näher zu untersuchen:

a) Gesonderte Bewertung der Entwurfsfertigung

Fraglich ist zunächst, ob die in § 40 Abs. 2 GmbHG normierte Pflicht des Notars, eine mit einer Bescheinigung versehene Liste einzureichen, auch die Fertigung des Entwurfs der Liste einschließt und damit als gebührenfreies Nebengeschäft zur Bescheinigung anzusehen ist. Dagegen spricht, dass die vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG verlangte Bescheinigung nichts an der in § 40 Abs. 1 GmbHG statuierten Pflicht der Geschäftsführer ändert, Veränderungen in einer Liste zusammenzustellen. Vom Notar wird gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG neben der Bescheinigung und Einreichung der Liste lediglich deren „Unterzeichnung“, nicht aber auch deren Erstellung verlangt. Wenn auch in der Praxis der Notar regelmäßig mit der Erstellung der Liste durch die Geschäftsführer beauftragt werden dürfte, erschöpft sich sein Pflichtenkreis nach § 40 Abs. 2 GmbHG in der Prüfung, Unterzeichnung und Einreichung einer ihm vorliegenden und von ihm mit einer Bescheinigung versehenen Liste. Die auftragsgemäße Erstellung der Liste ist damit auch unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 GmbHG kostenpflichtig. Insoweit bestehen keine Besonderheiten.³⁹

b) Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen und Notarbescheinigung

Der Notar hat, soweit er an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt hat, die Wirksamkeit der Veränderung zu prüfen. Dies bezieht sich insbesondere auf die Feststellungen, ob Bedingungen oder Befristungen, von denen die Wirksamkeit abhängt, eingetreten sind. Dem Notar steht auch künftig kein Auskunftsrecht gegen die Beteiligten zu. Er wird demgemäß die Beteiligten darauf hinweisen, dass eine veränderte Gesellschafterliste dann einzureichen ist, wenn ihm der Eintritt der Bedingungen mitgeteilt wurde oder sonstige für die Beurteilung der Wirksamkeit erforderliche Unterlagen vorgelegt oder ihm anderweitig bekannt werden.⁴⁰

Die Qualität der dem Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG auferlegten Tätigkeit könnte sich als Tatsachenbescheinigung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO darstellen. Für eine Bescheinigungsgebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO, allerdings aus dem vollen Stammkapital, hat sich *Elsing*⁴¹ im Hinblick auf die besondere Bedeutung der bescheinigten Liste ausgesprochen, weil sie als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen diene. Dieser Auffassung ist grundsätz-

³⁶ Hierzu bereits oben B. III. 2.

³⁷ Hierzu vorstehend b); jedoch liegen im Gegensatz zum Beschluss mehrere Anmeldungen vor, wenn die Abberufung oder Neubestellung mehrerer Geschäftsführer angemeldet wird (BGH, DNotZ 2003, 297 = MittBayNot 2003, 235).

³⁸ D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 410.

³⁹ Hierzu bereits oben C. I.

⁴⁰ Vgl. D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 409.

⁴¹ ZNotP 2007, 232, 233.

lich zu folgen, jedoch wird man den Geschäftswert mangels einer speziellen Regelung nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen haben. Als Bezugswert ist der Vorgang maßgeblich, der Anlass für die Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste durch den Notar ist, also der von ihm beurkundete Sachverhalt, der die Veränderungen im Gesellschafterbestand (z.B. Geschäftsanteilsabtretung) oder des Umfangs ihrer Beteiligungen (z. B. Kapitalerhöhung) betrifft. Ein Teilwert zwischen 20 und 50 %, je nach Prüfungsumfang des Notars, erscheint angemessen. Bei umfangreichen Prüfungen kann auch ein höherer Teilwert angenommen werden.

Die zusätzliche gutachterliche Feststellung des Eintritts der Wirksamkeitsvoraussetzungen könnte der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO zuzuordnen sein. Da aber Tatsachenfeststellung und Wirksamkeitsfeststellungen eng miteinander verzahnt sind, ist von einer einheitlichen Tätigkeit des Notars auszugehen, die lediglich die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO auslöst. Die sonstigen Feststellungen sind gebührenfreies Nebengeschäft.

Zu erheben ist eine $10/10$ -Gebühr gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbH einschließlich der Feststellungen über die Wirksamkeit aus einem Teilwert nach § 30 Abs. 1 KostO. Diese Gebühr schließt den Entwurf der Liste nicht ein. Hierfür ist ein zusätzlicher Ansatz der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO vorzunehmen. Für die der Bescheinigung vorausgehende Einsichtnahme in die zum Register eingereichte Liste fällt daneben nicht zusätzlich die Gebühr nach § 150 Nr. 2 KostO an. Die Einsichtnahme ist gebührenfreies Nebengeschäft zur Bescheinigung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Die Einreichung der Liste zum Registergericht durch den Notar, der die Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG erteilt, ist gemäß § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO ebenfalls gebührenfrei.

D. Sonstige kostenrechtliche Auswirkungen des MoMiG

I. Genehmigtes Kapital

Durch Art. 1 Nr. 32 a MoMiG ist § 55 a GmbHG neu eingefügt worden. Hierdurch wird ein aus dem Aktienrecht bekanntes (§§ 202 ff. AktG) „genehmigtes Kapital“ für die GmbH zugelassen. Kostenrechtlich ergeben sich keine Abweichungen zu den Grundsätzen des genehmigten Kapitals bei einer Aktiengesellschaft.⁴² Ein genehmigtes Kapital erhöht den Wert des Gesellschaftsvertrags und den Wert der Registeranmeldung. Dies gilt ausdrücklich nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO schon für die AG und die KGaA.

II. Auswirkungen des Mindestwerts auf andere Gesellschaftsformen

Für Gesellschaftsverträge ist generell ein Mindestwert von 25.000 € in das Gesetz eingefügt worden (§ 39 Abs. 4 KostO). So beträgt z. B. bei einem Gesellschaftsvertrag einer KG mit nur geringen Einlagen der Geschäftswert mindestens 25.000 €. Gleiches gilt für die Gründung einer OHG, einer Partnerschaftsgesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Für die Registeranmeldung einer KG gilt nach wie vor § 41 a Abs. 1 Nr. 5 KostO. Der Geschäftswert ist danach mit der Summe der in das Handelsregister einzutragenden Kommanditeinlagen unter Hinzurechnung von 25.000 € für den ersten und 12.500 € für jeden weiteren persönlich haftenden Gesellschafter festzusetzen. Für die Anmeldung der Errichtung einer OHG richtet sich der Geschäftswert nach § 41 a Abs. 3 Nr. 1 KostO (OHG mit zwei Gesellschaftern 37.500 €, für jeden weiteren Gesellschafter Erhöhung dieses Wertes um 12.500 €).

Auch die Anmeldung der Zweigniederlassung einer Limited ist kostenrechtlich nicht privilegiert. Sie fällt in die Mindestwertregelung des § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO, wonach für die Erstanmeldung einer Kapitalgesellschaft zwar deren einzutragendes Stammkapital maßgebend ist, mindestens jedoch 25.000 €. Kostenrechtlich wird die erste Anmeldung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland als Anmeldung i. S. v. § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO und nicht als eine solche nach § 41 a Abs. 5 KostO behandelt.⁴³

E. Berechnungsbeispiele⁴⁴

I. Gründung einer GmbH mittels Musterprotokoll einschließlich Registeranmeldung

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 25.000 € (Einmann-Gründung)	25.000 €	$10/10$ -Gebühr, § 36 Abs. 1 KostO = 84 €
Geschäftsführerbestellung	Inhalt des Musterprotokolls	Keine Gebühr
Liste der Gesellschafter	Inhalt des Musterprotokolls	Keine Gebühr
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	25.000 €	$5/10$ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 42 €

II. Gründung einer UG mittels Musterprotokoll einschließlich Registeranmeldung

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 1 € (Einmann-Gründung)	1 €	$10/10$ -Gebühr, § 36 Abs. 1 KostO = 10 €
Geschäftsführerbestellung	Inhalt des Musterprotokolls	Keine Gebühr
Liste der Gesellschafter	Inhalt des Musterprotokolls	Keine Gebühr
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 €	$5/10$ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 10 €

⁴² Vgl. Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 39 Rdnr. 58.

⁴³ Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 41 a Rdnr. 76; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 817.

⁴⁴ Ohne Kosten für die elektronische Einreichung und ohne sonstige Betreuungsgebühren.

III. Änderung des Sitzes vor Eintragung einer GmbH einschließlich Registeranmeldung (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 25.000 € (Einmann-Gründung)	§ 30 Abs. 1 KostO bei 10 % = 2.500 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 42 KostO = 26 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 1 Nr. 4, § 41 d KostO = 250 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 10 €

IV. Änderung des Sitzes vor Eintragung einer UG (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 1 € (Einmann-Gründung)	§ 30 Abs. 1 KostO bei 10 % = 0,01 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 42 KostO = 10 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 1 Nr. 4, § 41 d KostO = 0,01 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 10 €

V. Änderungen durch Beschluss, Sitzverlegung bei einer GmbH, einschließlich Registeranmeldung (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 25.000 € (Einmann-Gründung)	§ 41 c Abs. 1, § 41 a Abs. 4 Nr. 1, § 41 d KostO, 1 % aus Stammkapital = 250 €	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO = 20 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 4 Nr. 1, § 41 d KostO = 250 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 10 €
Satzungsbescheinigung		Gebührenfrei nach § 47 KostO

VI. Änderungen durch Beschluss, Sitzverlegung bei einer UG, einschließlich Registeranmeldung (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 1 € (Einmann-Gründung)	§ 41 c Abs. 1, § 41 a Abs. 4 Nr. 1, § 41 d KostO, 1 % aus Stammkapital = 0,01 €	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO = 20 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 1 Nr. 4, § 41 d KostO = 0,01 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 10 €
Satzungsbescheinigung		Gebührenfrei nach § 47 KostO

VII. Geschäftsführerabberufung und -neubestellung bei einer GmbH (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 25.000 € (Einmann-Gründung)	§ 41 c Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3, § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO, 1 % aus Stammkapital = 250 €, aber Mindestwert 25.000 €, da keine Satzungsänderung	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO (ggf. i. V.m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO) = 168 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 1 Nr. 4, KostO = 250 € aber Mindestwert 25.000 €, da § 41 d KostO nicht anwendbar, da zwei Anmeldungen = 50.000 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 66 €

VIII. Geschäftsführerabberufung und -neubestellung bei einer UG (Gründung mittels Musterprotokoll)

	Geschäftswert	Gebühr
Stammkapital 1 € (Einmann-Gründung)	§ 41 c Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3, § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO, 1 % aus Stammkapital = 250 €, aber Mindestwert 25.000 €, da keine Satzungsänderung	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO (ggf. i. V.m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO) = 168 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	1 % aus Stammkapital gemäß § 41 a Abs. 1 Nr. 4, KostO = 250 € aber Mindestwert 25.000 €, da § 41 d KostO nicht anwendbar, da zwei Anmeldungen = 50.000 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 66 €

IX. Kapitalerhöhungen bei einer GmbH (Gründung mittels Musterprotokoll) einschließlich Registeranmeldung, Fertigung der Liste und Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG

	Geschäftswert	Gebühr
Beschluss, Erhöhung des Stammkapitals von bisher 25.000 € um 10.000 € (Bareinlage) auf 35.000 €	§ 41 c Abs. 1 KostO, 10.000 € (§ 41 d KostO)	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO = 108 €
Übernahmeerklärung durch den bisherigen Gesellschafter	§ 39 Abs. 1 KostO 10.000 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 36 Abs. 1 KostO = 54 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	§ 41 a Abs. 1 Nr. 3 KostO, 10.000 € (Unterschiedsbetrag)	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 27 €
Liste der Gesellschafter (Liste der Übernehmer)	§ 30 Abs. 1 KostO, bei 10 % aus dem Erhöhungsbetrag = 1.000 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 147 Abs. 2 KostO = 10 €
Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG mit Wirksamkeitsprüfung	§ 30 Abs. 1 KostO, bei 20 % aus dem Wert der Kapitalerhöhung = 2.000 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO = 18 €

X. Kapitalerhöhungen bei einer UG (Gründung mittels Musterprotokoll) einschließlich Registeranmeldung, Fertigung der Liste und Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG

	Geschäftswert	Gebühr
Erhöhung des Stammkapitals von bisher 1 € um 9.999 € (Bareinlage) auf 10.000 €	§ 41 c Abs. 1 KostO, 9.999 € (§ 41 d KostO)	²⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 47 KostO = 108 €
Übernahmeerklärung durch den bisherigen Gesellschafter	§ 39 Abs. 1 KostO 9.999 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 36 Abs. 1 KostO = 54 €
Registeranmeldung (Entwurf durch den Notar)	§ 41 a Abs. 1 Nr. 3 KostO, 9.999 € (Unterschiedsbetrag)	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 27 €
Liste der Gesellschafter (Liste der Übernehmer)	§ 30 Abs. 1 KostO, bei 10 % aus dem Erhöhungsbetrag = 999 €	⁵ / ₁₀ -Gebühr, § 147 Abs. 2 KostO = 10 €
Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG mit Wirksamkeitsprüfung	§ 30 Abs. 1 KostO, bei 20 % aus dem Wert der Kapitalerhöhung = 1.998 €	¹⁰ / ₁₀ -Gebühr, § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO = 18 €

Der Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis – Teil 2*

Von Notar *Christian Salzig*, Oschatz

Diesem Beitrag ist bereits ein erster Teil im letzten Heft der MittBayNot vorangegangen, in dessen Zentrum der Mietkaufvertrag stand. Der zweite Teil befasst sich nunmehr mit dem Ratenzahlungskaufvertrag.

C. Der Ratenzahlungskauf

Auch beim Immobilien-Ratenzahlungskauf ist der Verkäufer vor einer ungesicherten Vorleistung zu schützen. Bei kurzen Zahlungszeiträumen wird dies eher durch die bewährte Vorlageüberwachung sichergestellt. Bei langen Zahlungszeiträumen wird dagegen häufig sofort nach Vollzugsreife die Eigentumsumschreibung auf den Käufer veranlasst und der Rückübereignungsanspruch des Verkäufers bei Zahlungsverzug oder anderen Störfällen durch eine Vormerkung sowie der Kaufpreisanspruch des Verkäufers ggf. durch ein dingliches Befriedigungsrecht gesichert. Für den Verkäufer hat die schnelle Herbeiführung des Eigentumswechsels den Vorteil, dass er dann im *Außenverhältnis zu Dritten* (z. B. Gebäudeversicherer, Grundsteuerstelle, Erschließungsträger und Ordnungsbehörde) nicht mehr zur Zahlung herangezogen werden kann. Diesem Vorteil steht der Nachteil komplexer Vertragsklauseln zum Ausgleich größerer Verkäuferrisiken gegenüber.

I. Gestaltungsschwerpunkte beim Ratenzahlungskaufvertrag

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Gestaltungsschwerpunkte beim Ratenzahlungskaufvertrag mit *sofortiger* Eigentumsumschreibung, da dieser vom Normalfall abweichende Gestaltungen/Regelungen erfordert.

1. Gestaltung der Kaufpreiszahlung

a) Fälligkeit

Bei Ratenzahlungskaufverträgen wird meist ein früher Beginn der Ratenzahlungsphase gewünscht, verbunden mit der gleichzeitigen Einräumung des Besitzes am Vertragsobjekt. Zu diesem Zeitpunkt ist der lastenfreie Eigentumsübergang oftmals noch nicht sichergestellt. Dann kommt ein sog. *Ansparmodell* in Betracht, bei dem die Raten zur Abgeltung des sofortigen Besitzübergangs ab Vertragsschluss berechnet werden, die Zahlung der bis dahin angesammelten Beträge aber erst nach Zugang der den Käufer sichernden Fälligkeitsmitteilung des Notars erfolgt.¹ Die ab Vertragsschluss berechneten Raten umfassen dann in der Regel mehrere Monate.

b) Verzug

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine Mahnung nicht erforderlich, wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Frist für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem

* Herrn Notar a. D. Dr. *Hermann Amann* danke ich für seine wertvollen Anregungen.

¹ *Maaf*, NotBZ 2007, 227.

Kalender berechnen lässt. Da die Fälligkeitsmitteilung des Notars unstreitig als Ereignis für den Verzug vereinbart werden kann,² würde der Käufer auch ohne Mahnung in Verzug kommen, wenn die erste Kaufpreisrate (der „Ansparbetrug“) nicht innerhalb einer z. B. 14-tägigen Zahlungsfrist nach Zugang der Fälligkeitsmitteilung des Notars und die Folgeraten nicht jeweils bis zum dritten Bankarbeitstag eines jeden Kalendermonats dem Verkäuferkonto gutgeschrieben sind.

c) Verzinsung

Wenn die Vertragsteile sich über die Verzinsung des Kaufpreises einig sind, bieten sich zwei Zahlungsvarianten an, nämlich zum einen eine Darlehensverzinsung nach Maßgabe des § 488 Abs. 2 BGB, zum anderen eine nach dem Vorbild eines Annuitätendarlehens. Aufgrund des Annuitätenprinzips bildet der Zinsanteil einer jeden Teilzahlungsrate den mit fortschreitender Kaufpreiszahlung kleiner werdenden Teil einer über die Gesamtlaufzeit der Ratenzahlung gleichbleibenden Kaufpreisrate.³ Berechnungsprogramme für solche Zahlungspläne finden sich im Internet.⁴

d) Wertsicherung

Wenn die Kaufpreisraten für die Dauer von mindestens zehn Jahren, gerechnet vom Vertragsabschluss bis zur Fälligkeit der letzten Zahlung, zu zahlen sind, ist es zulässig, deren Höhe an die Entwicklung des Verbraucherpreisindex zu koppeln (§ 2 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) PreisklauselG). Damit eine Wertsicherungsklausel nicht ungewollt als Änderung der Kaufpreishöhe ausgelegt wird, ist im Vertrag klarzustellen, dass die Wertsicherung nur zu einer Änderung der ab dem maßgeblichen Zeitpunkt fälligen Kaufpreisraten, nicht jedoch bei ordnungsgemäßer Zahlung zur Verlängerung oder Verkürzung der Laufzeit der Ratenzahlungsvereinbarung und damit nicht zur realen Änderung des Kaufpreises führt. Ein Nebeneinander von Verzinsung und Wertsicherung scheidet bei einer am Kapitalmarktzins ausgerichteten Verzinsung aus, da dann die erwartete oder tatsächliche Inflationsrate mit abgedeckt ist.⁵ Eine Wertsicherungsklausel, die auf den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindex Bezug nimmt, genügt dem Bestimmtheitsanfordernis des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, so dass eine Vollstreckungsunterwerfung auch die infolge der Wertsicherung eintretende Erhöhung des Kaufpreises mit umfasst.⁶

e) Beurkundung des Ratenzahlungsplans

In beurkundungsverfahrensrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob für den Ratenzahlungsplan § 14 BeurkG Anwendung findet. Dann würde eine entsprechende Bezugnahme ausreichen und der Ratenzahlungsplan müsste nicht gemäß § 13 BeurkG verlesen werden. Der Sinn und Zweck des § 14 BeurkG besteht darin, die die Beurkundung für die Beteiligten schwer nachvollziehbar machende Verlesung von Inventaren und Bestandsverzeichnissen zu vermeiden. Nicht unter den Begriff des Bestandsverzeichnisses fallen insbesondere Auflistungen von vertragsgemäß erst noch zu beschaffenden

oder herzustellenden Gegenständen.⁷ Da mit dem Ratenzahlungsplan erst künftig zu erfüllende *wesentliche* Vertragspflichten und -rechte konkretisiert werden, fällt der Raten- und Zinszahlungsplan nicht unter § 14 BeurkG.⁸ Nach § 311 b BGB unterliegen nur Erklärungen, die Regelungscharakter besitzen und damit Rechtswirkungen erzeugen, dem Formzwang. Bloße Erläuterungen sind hingegen nicht beurkundungspflichtig. Daher ist der Ratenzahlungsplan nicht zwangsläufig insgesamt zu verlesen. Vielmehr dürfte es genügen, wenn der Kaufpreis, der Betrag der Kaufpreisraten, der Zinssatz, die Laufzeit und die Kaufpreis- und Zinsfälligkeit beurkundet sind und der sich daraus zwingend ergebende Annuitätenplan der Niederschrift lediglich zu Informationszwecken beigefügt wird.

f) Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel hat zwar den Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten,⁹ dies bedeutet aber nicht, dass beim Annuitätenmodell die Zinsen eigens zu erwähnen sind, denn sie sind nur Bestandteile der gleichbleibenden Kaufpreisraten und damit von der Vollstreckungsunterwerfung wegen des Kaufpreises (und jeder einzelne Kaufpreisrate) erfasst. Die vollstreckbare Ausfertigung könnte ab dem Zeitpunkt der Fälligkeitsmitteilung erteilt werden. Sofern auch wegen der Verzugszinsen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt werden soll,¹⁰ ist dem Bestimmtheitsgrundsatz nur Genüge getan, wenn die Verzugszinshöhe sich aus der Urkunde errechnen lässt¹¹ (z. B. 5%-Punkte über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB) und der Verzugszinsbeginn in der Urkunde durch Angabe eines Datums festgelegt ist.¹² Fingiert werden müsste der Verzugszinsbeginn nur für die erste Rate, für die Folgeraten ergibt er sich daraus.

g) Vorzeitige Bezahlung des Restkaufpreises

Wenn sich während der Vertragslaufzeit herausstellt, dass der Käufer die Kaufpreisschuld vorzeitig tilgen kann, stellt sich die Frage, ob er dies darf oder dazu eine ausdrückliche vertragliche Erlaubnis benötigt. § 271 Abs. 2 BGB ermächtigt den Käufer „im Zweifel“ zu einer Leistung *vor* Fälligkeit. § 271 Abs. 2 BGB ist allerdings nicht anwendbar, wenn der Gläubiger durch die Vorausleistung ein vertragliches Recht verliert oder seine rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt werden.¹³ Bei verzinslichen Darlehen ist das Recht des Darlehensnehmers zur Voraustilgung, also zur Rückerstattung des Darlehens ohne Kündigung oder vor Ablauf der Kündigungsfrist ausgeschlossen (arg. e contrario § 488 Abs. 3 Satz 3 BGB).¹⁴ Die verzinsliche Ratenzahlung ist mit einem

² Vgl. nur *Hertel*, DNotZ 2001, 915.

³ *Wolfsteiner* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 74 Rdnr. 1.

⁴ Z. B. unter www.bombus-software.de (Tilgungsplan – Version 3.1.6).

⁵ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3241.

⁶ BGH, MittBayNot 2005, 329 = DNotI-Report 2005, 54; vgl. auch *Reul*, MittBayNot 2005, 265.

⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/11034, S. 40; *Eylmann/Vaasen*, BNotO, BeurkG, 2. Aufl., § 14 BeurkG Rdnr. 5; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 14 Rdnr. 20.

⁸ A. A. noch *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2006, C Rdnr. 185 (Muster).

⁹ OLG Jena, NJW-RR 2000, 1027; *Volmer* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 1 Rdnr. 381; *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 114.

¹⁰ Dafür z. B. *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Rdnr. 301; dagegen z. B. *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 114.

¹¹ BGH, NJW 1995, 1162 = DNotZ 1995, 770; BGH, ZIP 1999, 2024 = ZNotP 2000, 26.

¹² OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 71.

¹³ *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., § 271 BGB Rdnr. 11.

¹⁴ *Hammen*, DB 1991, 953 für § 609 BGB a. F.; *Palandt/Weidenkaff*, § 488 Rdnr. 36.

verzinslichen Darlehen vergleichbar. Von daher sollte im Vertrag klargelegt werden, ob der Käufer zur vorzeitigen vollständigen oder teilweisen Zahlung des Restkaufpreises berechtigt ist. Da Sondertilgungen aber eine Neuberechnung des Annuitätenplans erfordern, sind sie problematisch.

h) Sicherung der Lastenfreistellung

Sofern die Kaufimmobilie mit *valuierten* Grundpfandrechten belastet ist, stellt sich beim Ratenzahlungskaufvertrag die gleiche Problematik wie beim Mietkauf.¹⁵ Auch hier sollte also ein an § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV orientiertes Freigabeverprechen des Grundpfandgläubigers eingeholt werden. Beim Ratenzahlungskauf müsste das Freigabeverprechen so gefasst sein, dass der Grundpfandgläubiger das Vertragsobjekt von dem eingetragenen Grundpfandrecht freigeben wird, wenn der Käufer die nach dem Ratenzahlungsplan geschuldeten, zur Darlehensablösung benötigten Kaufpreistraten inkl. darin enthaltener Zinsen vollständig an ihn geleistet hat. Der Grundpfandgläubiger wird diese Erklärung i. d. R. davon abhängig machen, dass die geschuldeten Kaufpreistraten an ihn abgetreten und auf ein von ihm benanntes Konto gezahlt werden. Diese Abtretung würde dann auch etwaig vereinbarte Zinsen oder aufgrund einer Wertsicherungsklausel anfallende Kaufpreisänderungen mit umfassen, was m. E. unbedenklich ist. Zur Absicherung des Käufers ist das Freigabeverprechen entweder vor dem Beurkundungstermin einzuholen oder das Vorliegen dieses Versprechens zur Voraussetzung für die Fälligkeit der ersten Kaufpreistraten zu machen. Der Notar sollte beauftragt und bevollmächtigt werden, das Freigabeverprechen einzuholen und den Kaufvertragsparteien nach Übersendung durch den Grundpfandgläubiger das Vorliegen der Erklärung mitzuteilen. Wegen der langen Laufzeit des Ratenzahlungskaufs dürfte es anzuraten sein, zur Sicherung des Freigabeanspruchs am Grundpfandrecht des Gläubigers eine Freigabevormerkung zugunsten des Käufers eintragen zu lassen.¹⁶

2. Sicherung eines störfallbedingten Rückabwicklungsrechts des Verkäufers

Im Fall des Zahlungsverzuges und sonstiger, die Zahlungsfähigkeit des Käufers gefährdender Umstände besteht das Interesse des Verkäufers in erster Linie darin, ein Recht zur Lösung vom Kaufvertrag zu haben, um die Immobilie dann an einen zu einer „normalen“ Kaufpreisabwicklung fähigen und bereiten Käufer verkaufen zu können. Deshalb wird sich der Verkäufer im Ratenzahlungskaufvertrag regelmäßig ein Rücktrittsrecht vorbehalten und den im Fall der Erklärung des Rücktritts entstehenden Rückübereignungsanspruch durch eine Rückkauflassungsvormerkung absichern.¹⁷

a) Gestaltung eines Rücktrittsrechts des Verkäufers

Als Alternative zu einem vertraglichen Rücktrittsrecht nach den §§ 346 ff. BGB käme ein eigenständiger vertraglicher Rückforderungsanspruch nach dem Vorbild der Überlassungsverträge in Betracht.¹⁸ Der Vorteil des Rücktrittsrechts besteht darin, dass der Gesetzgeber in den §§ 346 bis 354 BGB zahlreiche Regelungen getroffen hat, die bei einem

eigenständigen vertraglichen Rückforderungsrecht gesondert vereinbart werden müssten. Dies gilt insbesondere für die Art und Weise der Ausübung, die Haftung bei zwischenzeitlichen Veränderungen, Belastungen und Veräußerungen, den Fall des zufälligen oder verschuldeten Untergangs und die Verzugsfolgen. Die Regelungsdichte des in Bezug genommenen Rücktrittsrechts bietet den Vorteil, dass auch bei einer vertraglichen Abrede über bestimmte einzelne Rechtsfolgen des Rücktritts die Gefahr einer ungewollten Lücke vermieden wird.¹⁹

b) Tatbestandsseite des Rücktrittsrechts

Auf der Tatbestandsebene empfiehlt sich eine Orientierung an § 490 Abs. 1 BGB, also als Rücktrittsgründe alle Fälle aufzuführen, bei denen der Kaufpreisanspruch des Verkäufers gefährdet ist, sei es wegen einer Verschlechterung der Einkommens- und Vermögenssituation des Käufers, sei es wegen einer Verschlechterung des Kaufgrundstücks.

aa) Zahlungsverzug

Als den Rücktritt rechtfertigender Grund ist an erster Stelle der Zahlungsverzug zu nennen. Hier könnte § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) und b) BGB eine Orientierungshilfe geben, das Recht zum Rücktritt also an das Auflaufen der dort genannten Zahlungsrückstände geknüpft werden.²⁰

bb) Insolvenz des Käufers

Zum Rücktritt berechtigen sollte auch die Insolvenz des Käufers. Ein solcher Rücktrittsgrund ist jedenfalls beim Ratenzahlungskaufvertrag *ohne* Vorlagesperre zulässig. Die im Zusammenhang mit „Lösungsklauseln“ diskutierte Frage, ob diese nicht das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterminieren und damit nach § 119 InsO unwirksam sind, stellt sich bei dieser Art des Ratenzahlungskaufs jedenfalls ab dem Zeitpunkt des im Grundbuch vollzogenen Eigentumswechsels nicht. Dann hat der Verkäufer nämlich durch Besitzverschaffung und Eigentumsübertragung seine Leistungspflichten vollständig erfüllt. § 103 InsO, dessen Anwendungsbereich sich auf von noch keiner Seite vollständig erfüllte gegenseitige Verträge beschränkt, ist dann nicht (mehr) einschlägig.²¹ Eine vollständige Erfüllung der verkäuferseits geschuldeten Leistungspflichten scheidet hier nicht etwa deshalb aus, weil mit der Eigentumsumschreibung auf den Käufer die Rückkauflassungsvormerkung für den Verkäufer im Grundbuch zur Eintragung gelangt. Diese wird vom Käufer ja ausdrücklich eingeräumt und übernommen (vgl. auch § 435 Satz 1 Alt. 2 BGB) und stellt demnach keinen Rechtsmangel dar.

cc) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Vertragsobjekt

Anzuraten ist die Erstreckung des vormerkungsgesicherten Rücktrittsvorbehalts auch auf den Fall, dass ein Dritter die Zwangsvollstreckung in den verkauften Grundbesitz betreibt.²² So wird das Vertragsgrundstück aufgrund der den bedingten Rückübereignungsanspruch absichernden Eigentumsvormerkung dem Vollstreckungszugriff der Gläubiger des Käufers entzogen. Ein solcher vormerkungsgesicherter

¹⁵ Vgl. B. I. 12. b).

¹⁶ Amann in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 103; Wörner, MittBayNot 2001, 450.

¹⁷ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 2227 (Muster 11).

¹⁸ Vgl. dazu Spiegelberger, MittBayNot 2000, 1, 6.

¹⁹ Spiegelberger, MittBayNot 2000, 1, 7.

²⁰ So auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 149, dort Fn. 266.

²¹ Huber, MittBayNot 1999, 113, 116.

²² So auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2227 (Muster 11).

Rücktrittsvorbehalt verstößt auch nicht gegen § 138 BGB, da das kaufgegenständliche Grundstück bereits mit dem dadurch entstehenden Vollstreckungsschutz in das Vermögen des Käufers übergegangen ist und damit anderen Gläubigern nie als volle Haftungsmasse zur Verfügung gestanden hat.²³

dd) Unzureichender Brandversicherungsschutz

Ein Rücktrittsrecht des Verkäufers ist auch für den Fall zu erwägen, dass der Käufer das Vertragsobjekt trotz Abmahnung nicht ausreichend gegen Feuer-, Leitungswasser- und Sturm Schäden versichert hat.²⁴

ee) Weiterveräußerung oder Belastung

Ein vormerkungsgesichertes Rücktrittsrecht des Verkäufers kann auch für den Fall einer abredewidrigen Veräußerung bzw. Belastung des vertragsgegenständlichen Grundbesitzes durch den Käufer geboten sein. Eine derartige Klausel verstößt nicht gegen § 137 BGB.²⁵ Der Verkäufer könnte die Zustimmung zur Weiterveräußerung von einem Eintritt des Erwerbers in die Zahlungspflichten aus dem Kaufvertrag abhängig machen.

ff) Vorversterben des Käufers

Eine „Störfallvorsorge“ für den Fall des Vorversterbens des Käufers ist m. E. nicht geboten. Der Verkäufer ist aufgrund der §§ 1922, 1967 BGB berechtigt, seine Zahlungsansprüche auch gegen den Gesamtrechtsnachfolger des Käufers durchzusetzen. Sofern der oder die Erben ihre Haftung nach Maßgabe der §§ 1975 ff. BGB beschränken, könnte der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs vom Ratenzahlungskauf zurücktreten. Der Verkäufer steht somit im Fall des Vorversterbens des Käufers nicht besser, aber auch nicht schlechter als ein Darlehensgläubiger, der das Darlehensverhältnis auch nicht bereits aufgrund des Todes des Darlehensnehmers, sondern erst dann außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen kann, wenn die Erben ihren geerbten Zahlungspflichten nicht nachkommen.²⁶

c) Rechtsfolgenseite des Rücktrittsrechts

Auf der Rechtsfolgenseite des Rücktrittsrechtes sind Regelungen geboten zur Frage, ob und inwieweit dem Käufer ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises zusteht, des Weiteren dazu, ob und inwieweit der Käufer für Verwendungen auf das Kaufobjekt Verwendungersatz verlangen kann bzw. zur Wiederinstandsetzung des Kaufobjekts verpflichtet ist und schließlich, ob und inwieweit der Räumungsanspruch des Verkäufers zu sichern ist.

aa) Erstattung des Kaufpreises/ Nutzungsentschädigung/Verrechnung

Zunächst ist zu klären, ob der Käufer gegen den Verkäufer einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Erstattung bezahlter Kaufpreisraten haben soll oder die bezahlten Kaufpreisraten im Wege der Verrechnung nach § 346 Abs. 1 BGB

i. V. m. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB als Nutzungsentgelt vollständig oder teilweise beim Verkäufer verbleiben.²⁷ Ein Kaufpreisrückerstattungsanspruch in voller Höhe, also ohne Berücksichtigung des Gebrauchsvorteils, den der Käufer aus der Nutzung des Kaufobjektes gezogen hat, erscheint so wenig sachgerecht wie ein entgegen § 346 Abs. 1 BGB i. V. m. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB vollständiges Belassen der Kaufpreisraten beim Verkäufer. Bei der im Ratenzahlungskaufvertrag getroffenen Absprache, dass die bis zum Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts gezahlten Kaufpreisraten ganz oder teilweise nicht zu erstatten sind, handelt es sich um eine sog. Verfallklausel²⁸, auf welche die §§ 339 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.²⁹ Die Verrechnung des Kaufpreisrückerstattungsanspruchs des Käufers mit der Nutzungsentschädigungsforderung des Verkäufers in Höhe des vom Käufer aus der Wohnnutzung des Kaufobjektes gezogenen Gebrauchsvorteils ist mangels Vertragsstrafecharakters unbedenklich.³⁰ Der Verkäufer sollte im Rücktrittsfall aber jedenfalls zur Rückerstattung etwaiger Sondertilgungszahlungen des Käufers verpflichtet sein.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob der Verkäufer im Rücktrittsfall neben dem vollständigen oder teilweisen Einbehalt der bezahlten Kaufpreisraten bei einem zu verzinsenden Kaufpreis zusätzlich die vom Käufer entrichteten Zinsraten behalten soll. Dadurch würde der Verkäufer sowohl eine Entschädigung für die vom Käufer gezogenen Nutzungen als auch eine Entschädigung für die entgangene Möglichkeit, den Kaufpreis – unter der Annahme sofortiger Zahlung – gewinnbringend anzulegen, erhalten. Dies ist bedenklich, wenn die Grenzen einer im Verbrauchervertrag unzulässigen Schadenspauschalierung i. S. d. § 309 Nr. 5 BGB überschritten werden.

Eine besondere Regelung zur Frage, inwieweit die zum Zeitpunkt des Rücktritts gezahlten Kaufpreisraten mit dem Wertersatzanspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung zu verrechnen sind, ist geboten, wenn die Kaufpreisraten ganz oder zumindest teilweise zur Rückerstattung eines Grundpfanddarlehens des Verkäufers an dessen Grundpfandgläubiger geleistet worden sind. Unabhängig davon, ob die Kaufpreisraten an den Grundpfandgläubiger abgetreten worden sind oder nicht,³¹ leistet der Käufer an den abzulösenden Grundpfandgläubiger nicht nur, um die Kaufpreisforderung des Verkäufers zu erfüllen, sondern auch, um aufgrund des Freigabeversprechens der Gläubigers lastenfreies Eigentum zu erwerben.³² Wenn man sich der Auffassung von *Basty* anschließt, wonach der Käufer auch außerhalb des Bauträgervertrags bei Bestehen eines Rückzahlungsanspruches gegen den Verkäufer stattdessen den Grundpfandgläubiger auf Rückzahlung in Anspruch nehmen könne,³³ hätte dies hier zur Folge, dass der Käufer im Rücktrittsfall gemäß § 346 Abs. 1

²³ Vgl. BGH, DNotZ 2008, 518 m. Anm. *Amann; Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl., Rdnr. 241; *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 543, 558.

²⁴ Vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2227 (Muster 11); BGH, NJW 1989, 1034 hat das Fehlen einer Brandversicherung als drohende Verschlechterung der Sicherheit i. S. d. § 1134 Abs. 2 Satz 2 BGB angesehen.

²⁵ BGH, DNotZ 1997, 720; BayObLG, NJW 1978, 700; *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1, 7.

²⁶ *Palandt/Weidenkaff*, § 490 Rdnr. 19 m. w. N.

²⁷ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2227 (Muster 11).

²⁸ BGH, NJW-RR 1993, 4348 = MDR 1993, 280; BGH, NJW-RR 1993, 464, 465 = WM 1993, 907; *Palandt/Grüneberg*, Einf. v. § 339 Rdnr. 5; *Staudinger/Rieble*, BGB, 2004, Einf. v. § 339 Rdnr. 175.

²⁹ BGH, NJW 1968, 1625; NJW-RR 1993, 243, 246; NJW-RR 1993, 464, 465; *Palandt/Grüneberg*, Einf. v. § 339 Rdnr. 5; *Staudinger/Rieble*, Einf. v. § 339 Rdnr. 170; MünchKommBGB/*Gotwald*, 5. Aufl., Einf. v. § 339 Rdnr. 32.

³⁰ BGH, NJW-RR 1993, 464.

³¹ BGH, DNotZ 2005, 467, 468 f. m. Anm. *Basty*; BGH, NJW 1979, 371.

³² *Basty*, DNotZ 2005, 469, 472.

³³ DNotZ 2005, 469, 472.

i. V. m. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB die geleisteten Kaufpreisraten (auch) unmittelbar vom Grundpfandgläubiger zurückverlangen könnte. Dieser dürfte sich dann wohl in Höhe des an den Käufer zurückzuerstattenden Betrages beim Verkäufer schadlos halten, ggf. unter Hinzurechnung von Zinsen wegen des dadurch im Darlehensverhältnis zwischen Verkäufer und Grundpfandgläubiger entstehenden Zahlungsrückstandes. Dies ließe sich dadurch vermeiden, dass sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, im gleichen Umfang auch vom Grundschuldgläubiger keine Rückzahlung zu verlangen. Es handelte sich bei einer solchen Vereinbarung um einen schuldrechtlich wirkenden Erlass zugunsten des Grundpfandgläubigers (sog. schuldrechtliches pactum de non petendo).³⁴

Eine vertragliche Absicherung des etwaigen Rückerstattungsanspruchs des Käufers ist m. E. nicht geboten, da der Käufer gemäß § 348 BGB ohnehin nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der ihm zu erstattenden Kaufpreisteile bzw. Sondertilgungen zur Rücküberreignung des Vertragsgrundstücks verpflichtet ist.

bb) Verwendungsersatzanspruch/ Wiederinstandsetzungsverpflichtung

Nach der einschlägigen gesetzlichen Vorschrift (§ 347 Abs. 2 BGB) sind dem Käufer im Rücktrittsfall *notwendige* Verwendungen immer und *andere* Aufwendungen nur zu ersetzen, soweit der Verkäufer durch sie bereichert ist. Darüber hinaus hat der Verkäufer dem Käufer auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu ersetzen. Der Rechtsgedanke des § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB trifft nicht zu, da der Käufer in seiner Eigenschaft als Rückgewährschuldner die Nutzungen vergüten muss.³⁵ Schließlich dürfte der Verkäufer dem Käufer auch zum Ersatz der laufenden Leistungen verpflichtet sein. Der dies ausschließende § 995 Satz 2 BGB³⁶ passt insoweit nicht, da dem Käufer die Nutzungen ja gerade nicht verbleiben. Ein gesonderter Ersatz der Verwendungen entfällt nur, wenn diese bereits bei der Ermittlung der Nutzungsentschädigung als Minderungsposten berücksichtigt worden sind.³⁷ Nach § 347 Abs. 2 i. V. m. §§ 994, 995 BGB sind dem Käufer somit zur Erhaltung des Wohnhauses notwendige Reparaturkosten zu ersetzen – wie z. B. die Reparatur einer Gebäudeheizung³⁸ – Gleiches gilt für Erschließungsbeiträge, Grundsteuern, Gebäudeversicherungsprämien und Schönheitsreparaturen. Dagegen könnte der Käufer gemäß § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Erstattung der für Modernisierungs- oder Umbauarbeiten getätigten Aufwendungen nur dann verlangen, soweit der Verkäufer durch sie bereichert ist; außerdem würde die Erstattungspflicht durch die tatsächliche Höhe der Aufwendungen begrenzt.³⁹ Dem Verkäufer steht wegen einer Umgestaltung der Kaufimmobilie im Rücktrittsfall gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB nur ein Wertersatzanspruch zu, jedoch kein Anspruch auf Wiederherstellung des vorvertraglichen Zustandes; Gleiches gilt, wenn eine Verschlechterung des Wohngebäudes

eingetreten ist, die nicht durch bloßen bestimmungsgemäßen Gebrauch entstanden ist (vgl. § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Die gesetzlichen Regelungen passen m. E. beim Ratenzahlungskaufvertrag nicht uneingeschränkt. Geboten ist es zunächst, den Erstattungsanspruch des Käufers hinsichtlich der laufenden Lasten, wie Grundsteuern, Versicherungsprämien und Schönheitsreparaturen auszuschließen, denn diese sind das Gegenstück der laufenden Nutzungen des Käufers. Anders verhält es sich hingegen mit den notwendigen Verwendungen i. S. d. § 994 Abs. 1 Satz 1 BGB einschließlich der Erschließungskosten (vgl. § 995 Satz 2 BGB). Diese sollten m. E. von derjenigen Vertragspartei zu tragen sein, der sie wirtschaftlich zugute kommen, im Rücktrittsfall somit vom Verkäufer. Außerdem sollte dem Käufer ein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für Modernisierungen und Umbauten eingeräumt werden, wenn und soweit diese im Zeitpunkt des Rücktritts den Wert des Vertragsgegenstandes nachweislich noch erhöhen. Würde man die Erstattung von einer vorherigen Zustimmung des Verkäufers abhängig machen, so litte darunter die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Käufers in m. E. unzumutbarer Weise. Die Begrenzung auf nachweisbare Wertsteigerungen schützt den Verkäufer vor dem Risiko, einen unwirtschaftlichen Einsatz von Material- und Personalkosten erstatten zu müssen. Andererseits sollten die nachgewiesenen Material- und Personalkosten zugleich die Obergrenze für den Erstattungsanspruch des Käufers bei einer darüber hinausgehenden objektiven Wertsteigerung bilden. Eine angemessene vertragliche Regelung zur Wiederinstandsetzung sollte den Käufer im Rücktrittsfall zum Ersatz der Kosten verpflichten, die anfallen, um den Vertragsgegenstand in einen Zustand zu versetzen, der demjenigen bei Vertragsabschluss zumindest entspricht.⁴⁰

cc) Räumungspflicht des Käufers

Bei Scheitern des Kaufvertrages ist der Käufer zur Räumung des Vertragsobjekts, d. h. zur Rückgewähr des erlangten Besitzes Zug um Zug (§ 348 BGB) gegen Erfüllung seiner Erstattungsansprüche verpflichtet.⁴¹ Aus Transparenzgründen sollte dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart sein. Ein Räumungsschutzverzicht des Käufers ist nicht notwendig, da die mietrechtlichen Räumungsschutzvorschriften (§§ 885, 765 a ZPO) nicht anwendbar sind. Die im Rücktrittsfall erfolgende Umqualifizierung der an den Verkäufer bezahlten Kaufpreisraten zu einem Nutzungsentgelt begründet nämlich kein Mietverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer.⁴² Dies hat zur Folge, dass eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen des Räumungsanspruchs des Verkäufers nicht gegen § 794 Abs. 1 Nr. 5 a. E. ZPO verstößt.⁴³ Die Begründung eines vollstreckbaren Räumungsanspruchs des Verkäufers ist m. E. jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die bis zum Rücktritt gezahlten Kaufpreisraten vollständig durch Verrechnung mit einem entsprechenden Nutzungsentschädigungsanspruch des Verkäufers aufgezehrt werden und der Käufer auch im Übrigen keine Erstattungsansprüche hat. Dessen ungeachtet ist die Absicherung der dem Käufer ggf. zustehenden Erstattungsforderungen bereits dadurch sichergestellt, dass er

³⁴ RGZ 127, 129; BGH LM § 328 BGB Nr. 15; Palandt/Grüneberg, vor § 328 BGB Rdnr. 8. Ein Erlassvertrag zugunsten Dritter ist, da schuldrechtlicher Verfügungsvertrag, nicht möglich, st. Rspr., vgl. nur BGH, NJW 1994, 2483; KG, OLGZ 78, 71.

³⁵ OLG Hamm, NJW-RR 2005, 1220, 1222; Palandt/Grüneberg, § 347 BGB Rdnr. 4.

³⁶ Laufende Leistungen fallen nämlich nicht unter § 995 Satz 2 BGB, vgl. Palandt/Bassenge, § 995 Rdnr. 2.

³⁷ Palandt/Grüneberg, § 347 Rdnr. 4.

³⁸ BGH, NJW 1996, 921.

³⁹ BGHZ 75, 288, 295 = NJW 1980, 833.

⁴⁰ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2227 (Muster 11).

⁴¹ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 149.

⁴² Gutachten DNotI-Report 2008, 33, 34; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 149.

⁴³ AG Ingolstadt, DGVZ 2001, 89; Hertel, DNotZ 1999, 1, 2; Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 316 f.; Gutachten DNotI-Report 2008, 33, 34.

nur Zug um Zug gegen Erfüllung dieser Ansprüche zur Rückübereignung verpflichtet ist.

3. Dingliches Verwertungsrecht des Verkäufers

Alternativ zum störfallabhängigen Rücktrittsrecht kann der Verkäufer auch ein Interesse daran haben, bei Vorliegen bestimmter Tatbestände die Ratenzahlungsabrede zu kündigen und den Restkaufpreis mitsamt geschuldeter Zinsen durch Geltendmachung eines dinglichen Verwertungsrechts beizutreiben. Insoweit bietet es sich an, als die Fälligkeit des dinglichen Sicherungsrechts begründende Kündigungsgründe die Tatbestände vorzusehen, die den Verkäufer gleichzeitig auch zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigen. Beim Umfang des Befriedigungsrechts ist klarzustellen, ob nicht nur die rückständigen Fälligkeitszinsen, sondern darüber hinaus auch die auf die Zeit nach Wirksamwerden des die Gesamtfälligkeit auslösenden Zahlungsverlangens anfallenden Zinsen geltend gemacht werden können. Unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens des § 498 Abs. 2 BGB halte ich eine Regelung für richtig, wonach die Gesamtfälligkeit des Kaufpreises einen Wegfall der auf die Zeit nach Wirksamwerden des Zahlungsverlangens anfallenden Zinsen zur Folge hat.

a) Kombination von Rückkauflassungsvormerkung und Verwertungsrecht

Bevor auf die einzelnen Verwertungsrechte und ihre Vor- und Nachteile bei Ratenzahlungskaufverträgen näher eingegangen wird, sollen zunächst die Probleme erörtert werden, die sich gerade aus der Kombination von Rückkauflassungsvormerkung und dinglichem Verwertungsrecht ergeben können.

aa) Verstoß gegen § 1149 BGB?

Wenn neben die zur Sicherung eines störfallbedingten Rückabwicklungsanspruchs des Verkäufers einzutragende Rückkauflassungsvormerkung als Verwertungsrecht ein Sicherungsgrundpfandrecht treten soll, stellt sich die Frage, ob diese Kombination nicht eine unzulässige Befriedigungsabrede i. S. d. § 1149 BGB darstellt. § 1149 BGB soll sicherstellen, dass der Eigentümer vor Fälligkeit der gesicherten Forderung nur im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) zu deren Befriedigung herangezogen werden kann.⁴⁴ Aus diesem Grund schließt § 1149 BGB eine vertraglich begründete Ersetzungsbefugnis des Gläubigers aus.⁴⁵ Die erwogene Kombination der Verkäuferrechte hat aber nicht die „anderweitige Befriedigung“ des Verkäufers zum Ziel. Es handelt es sich vielmehr um zwei Gläubigerrechte mit verschiedenem Anspruchsziel, denn der Verkäufer soll statt der grundpfandrechtsgesicherten vorzeitigen Befriedigung seines Kaufpreisanspruchs die Rückabwicklung des Kaufvertrages durchsetzen können. Der Rücktritt vom Kaufvertrag hat nicht die Befriedigung der Kaufpreisforderung zur Folge, sondern deren Erlöschen.⁴⁶ Deshalb verstößt die Kombination von vormerkungsgesichertem Rückübereignungsanspruch und grundpfandrechtsgesichertem Erfüllungsanspruch nicht gegen § 1149 BGB.⁴⁷

⁴⁴ MünchKommBGB/Eickmann, § 1149 Rdnr. 2 f.; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr. 3.

⁴⁵ MünchKommBGB/Eickmann, § 1149 Rdnr. 1 ff.; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr. 3.

⁴⁶ MünchKommBGB/Eickmann, § 1149 Rdnr. 7; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr. 12.

⁴⁷ MünchKommBGB/Eickmann, § 1149 Rdnr. 7; Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rdnr. 12.

bb) Vereinbarkeit mit §§ 339 ff. BGB

Wenn der Zahlungsverzug (oder auch einer der anderen beschriebenen Tatbestände) nicht nur zum Rücktritt vom Ratenzahlungskauf, sondern stattdessen auch zur Kündigung des neben der Rückkauflassungsvormerkung bestellten Sicherungsgrundpfandrechts berechtigen und damit die Fälligkeit des Befriedigungsanspruchs (§ 1147 BGB) auslösen soll, könnte diese Vereinbarung als eine den §§ 339 ff. BGB unterfallende sog. Vorfälligkeitsklausel anzusehen sein. Eine solche Klausel darf bei Verwendung in einem Formular- oder Verbrauchervertrag nicht gegen § 309 Nr. 6 BGB verstoßen. Nach h. M. stellt eine Vorfälligkeitsklausel jedoch keine Vertragsstrafe dar.⁴⁸ Eine solche Klausel muss sich jedoch in Formular- oder Verbraucherverträgen an § 307 BGB messen lassen.⁴⁹ Unwirksam ist die Klausel danach aber nur, wenn sie sich nicht auf schwere Vertragsverletzungen beschränkt.⁵⁰ Jedenfalls ein wiederholter Zahlungsverzug, der sowohl zum Rücktritt berechtigt als auch das Recht auf Befriedigung nach § 1147 BGB und damit die Vorfälligkeit auslöst, dürfte auch in Formular- und Verbraucherverträgen eine schwere Vertragsverletzung im Sinne dieser aus § 307 BGB abgeleiteten Rechtsprechungsgrundsätze sein. Dafür spricht insbesondere der Vergleich mit Darlehensverträgen, bei denen der wiederholte Zahlungsverzug ein wichtiger Kündigungsgrund ist⁵¹ und deshalb die Kündigung die sofortige Fälligkeit der noch ausstehenden Raten bewirken kann.⁵²

cc) Verstoß gegen § 1136 BGB?

Wenn der Rücktrittsgrund der abredewidrigen Veräußerung bzw. Belastung des Vertragsgegenstandes zugleich die Befugnis zur Kündigung eines neben der Rückkauflassungsvormerkung vereinbarten Sicherungsgrundpfandrechts verleihen und damit die Befriedigungsmöglichkeit nach § 1147 BGB begründen soll, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Klausel mit § 1136 BGB. Nach h. M. verstoßen Vereinbarungen, die nicht die Veräußerung oder weitere Belastungen als solche unterbinden, sondern an derartige Ereignisse nur bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, insbesondere die sofortige Fälligkeit oder ein Sonderkündigungsrecht, nicht unmittelbar gegen § 1136 BGB.⁵³ Zum Teil wird zwar die Auffassung vertreten, dass eine entsprechende Anwendung des § 1136 BGB in Betracht komme, wenn der Eigentümer im Verfügungsfall mit ins Gewicht fallenden wirtschaftlichen Nachteilen überzogen und damit einem indirekten Zwang zur Unterlassung von Verfügungen unterworfen werde,⁵⁴ dies könne aber bei Fälligkeitsklauseln nicht unterstellt werden, da sich der Realkredit auf das Vertrauen in die Person des Schuldners und die Bewirtschaftung des Grundstücks durch ihn gründe.⁵⁵ Bei darlehenssichernden Grundpfandrechten wird teilweise auch die Ansicht vertreten, dass eine an die Verfügung über das Pfandobjekt geknüpfte Fälligkeits- und/oder Kündigungsklausel zumindest in Formular- oder

⁴⁸ BGHZ 95, 362 = NJW 1986, 4648; Palandt/Grüneberg, Einf. v. § 339 Rdnr. 5.

⁴⁹ BGHZ 95, 362, 372.

⁵⁰ BGHZ 95, 362 = NJW 1986, 4648; OLG Düsseldorf, BB 1997, 699.

⁵¹ Palandt/Weidenkaff, § 490 Rdnr. 19.

⁵² BGHZ 95, 362 = NJW 1986, 4648.

⁵³ BGHZ 76, 371 = NJW 1980, 1625 = MittBayNot 1980, 117; BayObLG, DNotZ 1981, 128; OLG Frankfurt, WM 1977, 1291; Staudinger/Wolfsteiner, § 1136 Rdnr. 9; MünchKommBGB/Eickmann, § 1136 Rdnr. 5.

⁵⁴ Staudinger/Wolfsteiner, § 1136 Rdnr. 9.

⁵⁵ Staudinger/Wolfsteiner, § 1136 Rdnr. 9 m. w. N.

Verbraucherverträgen entsprechend § 1136 BGB (i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) nichtig sei, da sie dem Schuldner hinsichtlich der belasteten Immobilie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit nehme und damit gegen den Grundgedanken des § 1136 BGB verstieße.⁵⁶ Deshalb sollte jedenfalls in Verbraucherverträgen die ohne Zustimmung des Verkäufers erfolgende Weiterveräußerung oder Belastung des Kaufobjekts zwar zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigen, nicht jedoch die Fälligkeit des Befriedigungsanspruchs nach § 1147 BGB auslösen. M. E. ist umgekehrt aber auch der Verzicht auf den Rücktrittsgrund der abredewidrigen Veräußerung bzw. Belastung gut vertretbar. Wenn nämlich der Erwerber nicht solvent erscheint, so könnte der Verkäufer die von den Parteien des Weiterverkaufs begehrte Genehmigung der Schuldübernahme hinsichtlich der Restkaufpreisschuld (§ 415 Abs. 1 BGB) verweigern, so dass ihm neben der Grundpfandrechtsicherheit die persönliche Haftung des Käufers und alten Eigentümers erhalten bliebe.⁵⁷ Sofern der Gläubiger eines im Nachrang zur Vormerkung des Verkäufers eingetragenen Grundpfandrechts die Zwangsversteigerung betreiben wollte, so schützte den Verkäufer der für diesen Fall eingeräumte Rückübereignungsanspruch.

b) Vor- und Nachteile einzelner Verwertungsrechte beim Ratenzahlungskauf

Im Folgenden sollen die einzelnen Verwertungsrechte (Rentenschuld, Reallast, Sicherungsgrundschuld und Sicherungshypothek) auf ihre Eignung für die Sicherungsbedürfnisse des Verkäufers beim Ratenzahlungskauf verglichen werden.

aa) Sicherung durch Rentenschuld

Bei der Rentenschuld kann dem Verkäufer als Zahlungsgläubiger kein Ablöseanspruch gegen den Käufer als Eigentümer eingeräumt werden (§ 1201 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Vorschrift des § 1201 Abs. 2 Satz 1 BGB ist zwingend, eine ihr widersprechende Vereinbarung nichtig.⁵⁸ Die Ausnahmenvorschrift des § 1201 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 1133 Satz 2 BGB wird dem Verkäufer kaum weiterhelfen, denn danach kann er die Zahlung der Ablösesumme nur im Fall der Gefährdung der Sicherheit der Rentenschuld wegen Verschlechterung des Grundstücks verlangen, nicht aber in den anderen Störfällen, wie insbesondere dem Zahlungsverzug. Dies dürfte die Rentenschuld für das hier bestehende Sicherungsinteresse des Verkäufers ungeeignet machen.

bb) Sicherung durch Reallast

Bei der Reallast ist die Begründung eines Ablösungsrechts (Verfallklausel)⁵⁹ für den Verkäufer als Reallastgläubiger umstritten.⁶⁰ Das OLG Köln⁶¹ hatte über einen Grundstücksveräußerungsvertrag zu befinden, in welchem dem Veräußerer als Gläubiger einer wertgesicherten monatlichen Rente das Recht eingeräumt war, den kapitalisierten Rentenbetrag ohne Kündigung sofort in den Fällen des Verzuges, der Veräuße-

rung und der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz zu verlangen, und dieses Ablösungsrecht als Inhalt der Rentenreallast in das Grundbuch eingetragen werden sollte. Das OLG Köln hat die Eintragung dieser dinglichen Verfallklausel wegen des Typenzwangs der Sachenrechte⁶² abgelehnt, denn nach dem Gesetz können nur wiederkehrende, nicht jedoch einmalig zu entrichtende Leistungen Gegenstand einer Reallast sein.⁶³ Allerdings dürfte die Vereinbarung eines solchen Ablöserechts auch unnötig sein, denn bei einer Zwangsversteigerung (§§ 1105, 1107, 1147 BGB) aus der hier einschlägigen Reallast von bestimmter Dauer wird ohnehin Ersatz aus dem Versteigerungserlös nach § 92 Abs. 1 ZVG geschuldet, also in einem einmaligen Betrag; § 92 Abs. 2 ZVG gilt in diesem Fall nicht.⁶⁴

cc) Sicherung durch Sicherungsgrundschuld

Die Sicherungsgrundschuld dürfte wegen ihrer Verbreitung in der Kreditsicherungspraxis⁶⁵ vorzugswürdig sein, wenn der Käufer den Restkaufpreis möglicherweise im Wege einer Kreditfinanzierung vorzeitig ablösen kann. Wenn der Käufer den Restkaufpreis durch Aufnahme eines Darlehens ablösen möchte (und dies auch darf), kann die Grundschuld Zug um Zug gegen Auszahlung des Ablösedarlehens an das finanzierende Kreditinstitut abgetreten werden.⁶⁶ Dadurch werden die Kosten für die Löschung einer (Rest-)Kaufpreishypothek und Neueintragung der Finanzierungsgrundschuld gespart.⁶⁷ Die Einreden aus der Zweckbestimmungserklärung (§ 1192 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1157 Satz 1 BGB) können einem Zessionar der Sicherungsgrundschuld immer entgegengehalten werden, denn § 1157 Satz 2 BGB findet insoweit keine Anwendung (§ 1192 Abs. 1 a BGB).⁶⁸ Der beschriebene Verwendungszweck der Grundschuld erfordert die Aufnahme von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen gemäß der Beleihungspraxis der Kreditinstitute.⁶⁹ Ein Nachteil der Grundschuldssicherheit besteht darin, dass die Sicherungsgrundschuld ihre Kaufpreissicherungsfunktion erst nach Kündigung entfalten kann und die Kündigungsfrist überdies sechs Monate beträgt (§ 1193 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB). Diese gesetzlichen Vorgaben sind zwingend (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB).⁷⁰

Durch eine Regelung, wonach Zahlungen nur auf die gesicherte Kaufpreisforderung, nicht jedoch auf die Grundschuld zu verrechnen sind, wird die Entstehung einer (teilweisen) Eigentümergrundschuld (§§ 1143, 1177 BGB)⁷¹ vermieden und damit das Risiko ausgeschaltet, dass ein Dritter durch

⁵⁶ MünchKommBGB/Eickmann, § 1136 Rdnr. 5.

⁵⁷ MünchKommBGB/Eickmann, § 1136 Rdnr. 5.

⁵⁸ Palandt/Bassenge, § 1201 Rdnr. 2.

⁵⁹ In diesem Fall bestimmt sich bei der Zwangsversteigerung der Betrag der Ersatzleistung aus der Ablösumme (§ 92 Abs. 3 ZVG).

⁶⁰ Unzulässig nach OLG Köln, DNotZ 1991, 807; Staudinger/Amann, BGB, 13. Aufl., Rdnr. 22 vor § 1105; zulässig nach AG Schwandorf, Rpfleger 1991, 149; MünchKommBGB/Joost, § 1105 Rdnr. 12; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 1105 Rdnr. 15 u. 20.

⁶¹ DNotZ 1991, 807.

⁶² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 19 und 22 f.

⁶³ DNotZ 1991, 807, 808.

⁶⁴ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1317.

⁶⁵ Vgl. dazu Amann in Beck'sches Notarhandbuch, A VI Rdnr. 1; Munzig in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 2578.

⁶⁶ Brambring in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 345; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 2227 (Muster 11: Kauf mit Ratenzahlung) so wohl auch Wolfsteiner (Fn. 3), § 79 Rdnr. 17 M.

⁶⁷ Brambring in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 345.

⁶⁸ § 1192 Abs. 1 a BGB ist durch Art. 6 Nr. 7 des Risikobegrenzungsgesetzes vom 12.8.2008 (BGBl I S. 1666, 1670) eingeführt worden und gilt für alle nach dem 19.8.2008 erworbenen Grundschulden (Art. 7 § 18 Abs. 2 des Risikobegrenzungsgesetzes).

⁶⁹ Weber in Limmer/Krauß, Vertragsmusterhandbuch für die Rechtspraxis, 1997, Teil 6 Bankrecht, Abschnitt III Muster 1 und 2.

⁷⁰ § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB ist durch Art. 6 Nr. 8 des Risikobegrenzungsgesetzes vom 12.8.2008 (BGBl I, S. 1666, 1670) eingeführt worden und gilt für alle nach dem 19.8.2008 bestellten Grundschulden (Art. 7 § 18 Abs. 3 des Risikobegrenzungsgesetzes).

⁷¹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2305.

Pfändung dieser Eigentümergrundschuld den etwa bestehenden Rückübereignungsanspruch des Verkäufers vereiteln kann. Die Gefahr der Störung einer vom Verkäufer geltend gemachten Rückübereignung ist auch gegeben, wenn ein dem Käufer zustehender Grundschuldrückgewähranspruch an einen anderen Gläubiger des Käufers abgetreten oder von einem solchen gepfändet worden ist und dieser die erforderliche Zustimmung zur Löschung der Grundschuld von der Zahlung eines Geldbetrages abhängig macht. Der Grundschuldrückgewähranspruch entsteht auch vor vollständiger Erfüllung der Kaufpreisschuld, denn bei Kündigung eines Kreditverhältnisses, bei dem nur noch ein Teil der grundschuldgesicherten Forderung besteht, kann der Sicherungsgeber die Rückgewähr eines angemessenen, rangletzten Teils der Grundschuld verlangen.⁷² Von daher besteht das Risiko, dass der Käufer im Umfang der auf die Kaufpreisschuld erbrachten Teilleistungen einen Rückgewähranspruch bezogen auf einen im Rang hinter dem beim Verkäufer verbleibenden Hauptteil der Grundschuld stehenden Teil der Grundschuld erlangt. Vor diesem Risiko kann sich der Verkäufer entweder durch den Vorrang der den Rückabwicklungsanspruch sichernden Rückkaufassungsvormerkung oder durch eine Beschränkung des Grundschuldrückgewähranspruchs des Käufers auf Löschung⁷³ schützen. Die außerdem bestehende Möglichkeit, die Grundschuld unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der jeweils gesicherten (Rest-)Kaufpreisforderung zu bestellen,⁷⁴ würde sie zur Abtretung an Kreditinstitute ungeeignet machen.

dd) Sicherung durch Sicherungshypothek

Häufig werden Ratenzahlungskaufverträge abgeschlossen, weil der Käufer auch zukünftig keinen Kaufpreisfinanzierungskredit erhalten wird. Dann sollte der Kaufpreisanspruch des Verkäufers durch eine Sicherungshypothek abgesichert werden.⁷⁵ Der Rückkaufassungsvormerkung muss dann aber der Vorrang vor der Sicherungshypothek eingeräumt werden, denn bei umgekehrter Rangreihenfolge könnte der Verkäufer einen Rücktritt nicht ohne weiteres durchsetzen. Hier drohte nämlich folgendes Szenario: Im Umfang der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs entsteht für den Käufer als Eigentümer eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB) mit Rang nach der Restsicherungshypothek (§ 1176 BGB) des Verkäufers, nach herrschender Meinung mit jeder Teilerfüllung, hier also mit jeder vertragsgemäß gezahlten Kaufpreisrate jeweils eine neue Eigentümergrundschuld.⁷⁶ Die so entstandene Eigentümergrundschuld bzw. die durch mehrfache Teiltilgung entstandenen mehreren Eigentümergrundschulden können nach Maßgabe des § 857 Abs. 6 i. V. m. § 830 ZPO gepfändet werden.⁷⁷ Da die Sicherungshypothek zwingend eine Buchhypothek ist (§ 1185 Abs. 1 BGB), erfolgt die Pfändung der Bucheigentümergrundschuld durch Eintragung der Pfändung in das Grundbuch, und zwar auf der Grundlage des Pfändungsbeschlusses (vgl. § 857 Abs. 6 i. V. m. § 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Der grundbuchmäßige Vollzug der Pfändung ist allerdings nur möglich, wenn dem Grundbuchamt das Entstehen des

Eigentümerrechts in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird,⁷⁸ denn die Grundbucheintragung der Pfändung einer „angeblichen“ Eigentümergrundschuld ist nicht statthaft.⁷⁹ Der Nachweis des Entstehens der Eigentümergrundschuld lässt sich nur führen, wenn der gegen den Gläubiger gerichtete Anspruch des Eigentümers auf Erteilung einer löschungsfähigen, also öffentlich beglaubigten Quittung (§ 1144 BGB) im Wege der Hilfspfändung (Rechtsgedanke des § 401 BGB) mitgepfändet wird. Der Anspruch auf Erteilung einer löschungsfähigen Quittung besteht auch bei Teilbefriedigung des Gläubigers.⁸⁰ Mit dieser löschungsfähigen Quittung könnte der Pfändungsgläubiger den Nachweis führen, dass der Eigentümer den Gläubiger teilweise befriedigt und damit eine oder gar mehrere Eigentümergrundschulden erworben hat. Beim gestörten Ratenzahlungskaufvertrag kann es also passieren, dass zwar dem Käufer kein Zurückbehaltungsrecht gegen das Rückkaufstellungsbegehren des Verkäufers zusteht, aber ein Gläubiger des Käufers die infolge Teiltilgung der Kaufpreisschuld entstandene Eigentümergrundschuld pfändet und sich die notariell zu beglaubigende Zustimmung zur Löschung des Eigentümerrechts vom Verkäufer „abkaufen“ lässt.

Bei nachrangiger Eintragung der Rückkaufassungsvormerkung könnte der Verkäufer vor dem Risiko der dargestellten Pfändung auch dadurch geschützt werden, dass die jeweilige (Teil-)Sicherungshypothek unter die auflösende Bedingung des Erlöschens der jeweiligen Teilkaufpreisforderung gestellt wird.⁸¹ Allerdings stellt sich die Frage, ob es von vornherein unbillig ist, dass der Käufer wegen der bereits bezahlten Kaufpreisraten eine Eigentümergrundschuld erlangt oder (bei der Sicherungsgrundschuld) einen Anspruch auf Rückgewähr eines Teils der Grundschuld des Verkäufers, der dann ja ggf. mit Nutzungsentgelts- oder Verwendungsersatzansprüchen des Verkäufers zu verrechnen ist.

4. Verbraucherkreditrechtliche Vorgaben für den Ratenzahlungskaufvertrag

Bei jedem Ratenzahlungskaufvertrag über eine Immobilie stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der verbraucherrechtlichen Bestimmungen des BGB (§§ 491 ff., 499 ff. BGB). Eine unmittelbare Anwendung der §§ 491 ff. BGB scheidet aus, da der Verkäufer dem Käufer keinen Geldbetrag zur Verfügung stellt, so dass der Ratenzahlungskauf nicht zugleich Darlehensvertrag ist. Somit können nur die §§ 499 ff. BGB, die wiederum teilweise auf die §§ 491 ff. BGB verweisen, einschlägig sein. Auch beim Immobilienratenzahlungskaufvertrag müssen die §§ 499 ff. i. V. m. § 491 ff. BGB – ihre grundsätzliche Anwendbarkeit hier einmal unterstellt – zwingend nur dann beachtet werden, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 Satz 1 BGB handelt, also ein Unternehmer (§ 14 BGB) einem Verbraucher (§ 13 BGB) mittels des Ratenzahlungskaufs einen Zahlungsaufschub bzw. eine sonstige Finanzierungshilfe gewährt. Zudem können die §§ 499 ff. BGB nur einschlägig sein, wenn es sich um entgeltliche Finanzierungshilfen handelt. In der Kommentarliteratur werden dafür in erster Linie Zinsen und einmalige Ver-

⁷² BGH, NJW 1986, 2108, 2110; NJW 1984, 169, 171; DNotZ 1990, 592.

⁷³ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 483.

⁷⁴ Schöner/Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rdnr. 1912.

⁷⁵ Wolfsteiner in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 78 Rdnr. 1.

⁷⁶ Palandt/Bassenge, § 1113 Rdnr. 27 m. w. N.

⁷⁷ Schöner/Stöber, Forderungspfändung, Rdnr. 1929.

⁷⁸ OLG Celle, NotBZ 2007, 61; OLG Hamburg, Rpfleger 1976, 371; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2468.

⁷⁹ OLG Hamburg, Rpfleger 1976, 371.

⁸⁰ Palandt/Bassenge, § 1145 Rdnr. 1: § 1145 Abs. 1 BGB schränkt die Eigentümerbefugnisse bei einer Teillöschung nur hinsichtlich des Hypothekenbriefs ein.

⁸¹ Palandt/Bassenge, § 1163 Rdnr. 12.

gütungen genannt.⁸² Aber auch die Übernahme von Kosten, insbesondere von Vertragskosten, kann im Einzelfall ein Entgelt i. S. d. §§ 499 ff. BGB darstellen.⁸³ Da nach herrschender Meinung unter § 499 Abs. 2 BGB (Teilzahlungsgeschäft) nur bewegliche Sachen fallen können,⁸⁴ handelt es sich beim Grundstücksratenzahlungskaufvertrag – die weiteren Tatbestandsmerkmale hier unterstellt – um eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe.⁸⁵ § 499 Abs. 1 Alt. 2 BGB verweist für die entgeltliche Finanzierungshilfe auf die §§ 358, 359 und 492 Abs. 1 bis 3 BGB, die §§ 494 bis 498 BGB und auf § 499 Abs. 3 Satz 1 BGB, der wiederum § 491 Abs. 2 und 3 BGB in Bezug nimmt.

Die in von § 499 Abs. 1 BGB in Bezug genommenen §§ 358, 359 BGB sind beim Ratenzahlungskaufvertrag nicht einschlägig, da es am Tatbestandsmerkmal zweier Verträge fehlt. Aufgrund des Vorbehaltes in § 499 Abs. 3 Satz 1 BGB sind die in § 499 Abs. 1 BGB genannten Vorgaben der §§ 492 und 495 BGB dann nicht zu beachten, wenn die Mindestangaben des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB in die notarielle Urkunde mit aufgenommen werden. Das Mindestangabenerfordernis ist erfüllt, wenn die notarielle Urkunde den Jahreszins, bei Vertragsschluss etwa in Rechnung gestellte Kosten des Ratenzahlungskaufs und – sofern einschlägig – die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins und die etwaigen Kosten geändert werden können. Da die Notarkosten keine unmittelbaren Kosten einer Finanzierungshilfe für den Verbraucher sind, sondern durch die Beurkundung des Ratenzahlungskaufvertrags entstehen und sich aus dem Gesetz ergeben, fallen diese nicht unter den Begriff der Vertragskosten i. S. d. § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB.⁸⁶ § 496 BGB kann bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung des Käufers wegen seiner Kaufpreiszahlungsverpflichtung Bedeutung erlangen. Der BGH hat mittlerweile entschieden, dass auf das bei einer Grundschuldbestellung erklärte abstrakte Schuldversprechen nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung § 496 BGB nicht anwendbar sei, da es sich beim § 496 BGB um eine der erweiternden Auslegung nicht zugängliche Ausnahmvorschrift ohne planwidrige Regelungslücke handele.⁸⁷ Von daher ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen seiner originären Ratenzahlungsverpflichtungen erst recht nicht ausgeschlossen.

Die in § 497 BGB niedergelegten Vorschriften über die Höhe und Behandlung von Verzugszinsen sowie die Anrechnung von Teilleistungen sind aufgrund der Verweisung in § 499 Abs. 1 BGB grundsätzlich ebenfalls einschlägig. Allerdings sind bei den in § 492 Abs. 1 a BGB legal definierten Immobiliendarlehensverträgen die Verzugszinsen gemäß § 497 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB abweichend geregelt; darüber hinaus sind für Immobiliendarlehensverträge die Vorschriften über die Anrechnung von Teilleistungen vollständig aus dem Anwendungsbereich des § 497 BGB herausgenommen (§ 497 Abs. 4 BGB). Beim Ratenzahlungskaufvertrag ohne Vorlagesperre, bei dem die Beitreibung des (Rest-)Kaufpreises durch ein Sicherungsgrundpfandrecht abgesichert wird, spricht einiges

dafür, dass § 492 Abs. 1 a BGB über den Verweis in § 499 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar ist, sofern der Zinssatz für die gestundete Kaufpreisforderung grundpfandrechtlich üblich ist.⁸⁸ Eine nicht voll werthaltige Sicherung des Grundpfandrechts⁸⁹ stünde der Annahme eines Immobiliendarlehens (und damit der hier in Rede stehenden entsprechenden Anwendung) allerdings ebenso wenig entgegen⁹⁰ wie der Umstand, dass der vereinbarte Zinssatz die von der Bundesbank ausgewiesene Streubreitengrenze übersteigt.⁹¹ Die Anwendbarkeit des § 492 Abs. 1 a BGB hätte hier zur Folge, dass § 497 BGB nur sehr eingeschränkt beachtet werden müsste (vgl. § 497 Abs. 4 BGB) und die Gesamtfälligkeitstellung bei Zahlungsverzug des Käufers nur zulässig wäre, wenn der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten ganz oder teilweise und mit mindestens 2,5% des Nennbetrages des Kaufpreises in Verzug geraten ist (§ 498 Abs. 3 BGB).⁹²

II. Notarkosten beim Ratenzahlungskauf und steuerrechtliche Grundzüge

Zum Abschluss soll noch auf die notarkostenrechtlichen, grunderwerbsteuerlichen und einkommensteuerrechtlichen Besonderheiten des Ratenzahlungskaufvertrags eingegangen werden.

1. Notarkosten

Bei einem in unverzinslichen Raten zu erbringenden Kaufpreis bildet der Nennbetrag des vertraglich ausgewiesenen Gesamtkaufpreises den Geschäftswert, es sei denn der Kaufpreis ist niedriger als der nach § 19 Abs. 2 KostO zu bestimmende Grundstückswert (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 KostO). Sofern es sich beim Ratenzahlungskauf um einen Notverkauf handeln sollte, ist somit gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 2 KostO eine Wertermittlung geboten.⁹³ Ist der Kaufpreis in verzinslichen Raten geschuldet, bleiben die Zinsen gemäß § 18 Abs. 2 KostO unberücksichtigt.⁹⁴ Das durch Rückauffassungsvormerkung abgesicherte Rücktritts- und Rückübereignungsrecht stellt als Sicherungsrecht des Verkäufers nur einen Teil der Kaufvertragsbedingungen dar und hat daher kostenrechtlich unberücksichtigt zu bleiben.⁹⁵ Das im Rahmen eines Ratenzahlungskaufvertrages zugunsten des Verkäufers bestellte Sicherungsgrundpfandrecht dient der Sicherung des gestundeten Kaufpreisteils und ist deshalb Sicherungsgeschäft zum Kaufvertrag i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO.⁹⁶ Nach § 44 Abs. 1 KostO erfolgt keine Vergleichs-

⁸² Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 499 Rdnr. 6.

⁸³ Martis, MDR 1998, 1189, 1194 m. w. N.

⁸⁴ A. A. noch Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, C Rdnr. 173.

⁸⁵ MünchKommBGB/Habersack, § 499 Rdnr. 37; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 148.

⁸⁶ Möller/Wendehorst in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 491 Rdnr. 24; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rdnr. 42; Grziwotz, MDR 1997, 434; a. A. MünchKommBGB/Ulmer, § 491 Rdnr. 106.

⁸⁷ NJW-RR 2005, 985 = ZNotP 2005, 345.

⁸⁸ Vgl. dazu im Einzelnen Palandt/Weidenkaff, § 492 Rdnr. 15 b.

⁸⁹ Bei § 492 Abs. 1 a BGB kommt es nicht darauf an, ob die für Immobiliendarlehen üblichen, je nach Finanzierungsart bei 60% oder 80% des Wertes des Grundeigentums liegenden Beleihungsgrenzen eingehalten worden sind, MünchKommBGB/Ulmer, § 492 Rdnr. 79.

⁹⁰ Ständige Rspr., zuletzt BGH, NJW 2003, 2093.

⁹¹ BGH, NJW 2006, 1957; NJW 2003, 2093.

⁹² § 498 Abs. 3 BGB ist durch Art. 6 Nr. 6 des Risikobegrenzungs-gesetzes vom 12.8.2008 (BGBl I, S. 1666, 1670) geändert worden und gilt für alle nach dem 18.8.2008 abgeschlossenen Verträge (Art. 7 § 18 Abs. 1 des Risikobegrenzungs-gesetzes).

⁹³ Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1318 m. w. N.

⁹⁴ Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 17. Aufl., § 20 Rdnr. 7.

⁹⁵ LG Würzburg, MittBayNot 1984, 97; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1362.

⁹⁶ Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1419; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 44 Rdnr. 74.

berechnung im Hinblick auf das Sicherungsgrundpfandrecht.⁹⁷ Hinsichtlich der Vollzugsgebühr des § 146 Abs. 1 KostO gelten für den Ratenzahlungskaufvertrag keine Besonderheiten. Die Nebentätigkeitsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO für die Vorlagehaftung fällt nicht an, wenn der Notar sofort mit Vollzugsreife die Umschreibung zu veranlassen hat. Bei Gestaltung der Kaufpreisfälligkeit als sog. Ansparmodell, vgl. oben Abschnitt C. I. 1. a), ist die Gebühr des § 147 Abs. 2 für die Fälligkeitsüberwachung aus einem Teilwert des Kaufpreises zu erheben.

2. Grunderwerbsteuer

Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer nach dem Wert der Gegenleistung. Beim Ratenzahlungskaufvertrag hängt der Wert der Grunderwerbsteuerlich maßgeblichen Gegenleistung „Kaufpreis“⁹⁸ davon ab, ob der Kaufpreis verzinslich oder unverzinslich bzw. niederverzinslich gestundet ist.⁹⁹ Sofern der (Rest-)Kaufpreis „normalverzinslich“ gestundet wird, ist Wert der Gegenleistung der Kaufpreisenennwert. Wenn der (Rest-)Kaufpreis aber für mehr als ein Jahr unverzinslich oder niederverzinslich, d. h. mit einem niedrigeren Zinssatz als 3% p. a.¹⁰⁰ gestundet wird, ist Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage der (Kapital-)Wert der Gegenleistung gemäß §§ 12 ff. BewG, so dass in diesen Fällen der durch Abzinsung ermittelte Barwert der Kaufpreisforderung Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage ist.¹⁰¹ Zugrundelegen ist hierbei für die Abzinsung ein Zinssatz von 5,5% p. a. (§ 12 Abs. 3 Satz 2 BewG).

3. Einkommensteuer

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH enthalten bei einem Ratenzahlungskaufvertrag die einzelnen Kaufpreistraten neben dem auf den Kaufpreis zu verrechnenden Tilgungsanteil grundsätzlich auch einen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuernden Zinsanteil, und zwar selbst dann, wenn in dem Grundstückskaufvertrag keine Zinsvereinbarung getroffen oder eine solche ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.¹⁰² Zur Begründung verweist der

BFH darauf, dass die Zinsen bzw. die fiktiven Zinsanteile Entgelt für die darlehensweise Überlassung des nicht zugleich zur Erfüllung der Kaufpreisschuld hingegebenen Geldkapitals seien.¹⁰³ Diese Zinsen würden nicht erst nach Tilgung des Barwertes der Kaufpreisforderung oder in einem jährlich (monatlich) gleichbleibenden Betrag zufließen, sondern seien in jeder einzelnen Rate mitenthalten.¹⁰⁴ Die Abzinsung des Kaufpreises und damit die Aufteilung des Kaufpreises in einen Kapital- und einen Zinsanteil bei fehlender oder sogar ausdrücklich ausgeschlossener Zinsvereinbarung begründet der BFH damit, dass die „Entstehung“ der Zinsen als Entgelt für die Kapitalnutzung vom Willen der Vertragsparteien unabhängig sei.¹⁰⁵ Bei Ratenzahlungen ohne Zinsvereinbarung beträgt der in ihnen enthaltene Zinsanteil gemäß § 13 Abs. 1 BewG jährlich 5,5%, andernfalls ist der vertraglich vereinbarte Zins maßgeblich,¹⁰⁶ sofern er mindestens 3% p. a. beträgt.¹⁰⁷ Diese Grundsätze gelten nicht, wenn die Zahlungen beim Verkäufer und beim Käufer bloße Vermögensumschichtungen in der privaten Sphäre darstellen, was wiederum nur bei unverzinslichen Ratenzahlungen bis zu einer Laufzeit von einem Jahr angenommen werden kann.¹⁰⁸ Ihre gesetzliche Grundlage findet diese im Schrifttum heftig kritisierte Rechtsprechung¹⁰⁹ in § 12 Abs. 3 BewG.¹¹⁰ Um die bei längerer Laufzeit unerwünschte Zerlegung des Kaufpreises in einen Kapitalanteil und in einen 5,5%igen, gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerpflichtigen Zinsanteil¹¹¹ zu vermeiden, sollte ein mindestens 3%iger¹¹² Jahresstundungszins vereinbart werden.¹¹³ Der Zinsanteil fließt als Bestandteil der jeweiligen Teilleistung (Kaufpreisrate) mit deren jeweiliger Zahlung zu und ist im Jahr des Zuflusses einkommensteuerrechtlich zu erfassen.¹¹⁴

⁹⁷ Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1583 i. V. m. Fn. 1143.

⁹⁸ Heine, Grunderwerbsteuer 1996, S. 92.

⁹⁹ Heine, Grunderwerbsteuer 1996, S. 92.

¹⁰⁰ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 147.

¹⁰¹ Kalmes, BB 1991, 1609, 1611.

¹⁰² BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310; BB 1975, 356.

¹⁰³ BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310; BB 1975, 356.

¹⁰⁴ BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310; BB 1975, 356.

¹⁰⁵ BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310; BB 1975, 356; ablehnend Kalmes, BB 1991, 1609, 1611 f. und Wohlschlegel, ZEV 1997, 86.

¹⁰⁶ BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310.

¹⁰⁷ BMF-Schreiben v. 26.5.2005, DStR 2005, 1005.

¹⁰⁸ BFH, ZEV 1997, 84, 85; BB 1975, 310.

¹⁰⁹ Kalmes, BB 1991, 1609, 1611 f.; Wohlschlegel, ZEV 1997, 86.

¹¹⁰ BFH, ZEV 1997, 84, 85.

¹¹¹ BMF-Schreiben v. 26.5.2005, DStR 2005, 1005.

¹¹² BMF-Schreiben v. 26.5.2005, DStR 2005, 1005.

¹¹³ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 147; BMF-Schreiben v. 26.5.2005, DStR 2005, 1005.

¹¹⁴ BFH, ZEV 1997, 84, 85.

Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§ 8 c KStG)

Von Notar Dr. *Ottmar Fleischer*, Fürth

Die Neuregelung über die Versagung nicht genutzter Verluste bei Körperschaften in Gestalt des § 8 c KStG ist bereits vielfach erörtert worden.¹ Zum Thema ist nunmehr am 4.7.2008 ein BMF-Schreiben ergangen.² Der nachfolgende Beitrag gibt einen kurzen Überblick. Der im Bereich der AG, GmbH, KGaA usw. beurkundende oder beratende Notar sollte die Problembereiche der Neuregelung kennen. Nicht nur der „Mantelkauf“ ist berührt.

I. Grundlagen und Änderungen

1. Rechtsunsicherheit

Nach der bisherigen Regelung in § 8 Abs. 4 KStG war ein Verlustabzug nur bei rechtlicher und wirtschaftlicher Identität der Kapitalgesellschaft zulässig, wobei eine wirtschaftliche Identität insbesondere dann nicht vorlag, wenn mehr als die Hälfte der Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen wurde und die Kapitalgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführte oder wieder aufnahm. Schon diese Regelung war hinsichtlich ihrer wesentlichen Tatbestandsmerkmale *Anteilseignerwechsel* und *Betriebsvermögenszuführung* unklar. So gut wie alles war umstritten.³

2. Neuausrichtung

§ 8 Abs. 4 KStG (Ausgangspunkt: Veräußerersicht) wurde im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetz 2008 durch einen neuen § 8 c KStG ersetzt. § 8 c KStG (Erwerbersicht) findet erstmals für den Veranlagungszeitraum 2008 und auf Anteilsübertragungen nach dem 31.12.2007 Anwendung (§ 34 Abs. 7 b KStG). Zu beachten ist die Übergangsregelung zur Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG bis Ende 2012 bzw. 2017 gemäß § 34 Abs. 6 Satz 4 KStG.⁴ Die Ersetzung der bisherigen Missbrauchsregelung durch eine Verlustvernichtungsregelung soll nach dem Willen des Gesetzgebers zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung führen.

3. Steuerverschärfungen

Nach der Literatur⁵ ergeben sich insbesondere durch folgende Regelungen Steuerverschärfungen gegenüber § 8 Abs. 4 KStG:

- Es kommt nur noch auf Anteilsübertragungen (oder vergleichbare Sachverhalte, z. B. der Hinzutritt von Gesellschaftern) an – vom Gesetz als „schädlicher Beteiligungserwerb“ bezeichnet. Ob neues Betriebsvermögen zugeführt wird, ist nunmehr irrelevant.

- Auch mittelbare Anteilsübertragungen sind schädlich. Eine „Konzernklausel“ gibt es nicht.
- Bereits die Überschreitung der Schwelle von 25 % führt – insoweit indes nur anteilig – zum Wegfall des Verlustabzugs.
- Im Unterschied zu § 8 Abs. 4 KStG gibt es keine Sanierungsklausel mehr.
- Nach § 8 a KStG werden auch Zinsvorträge, die sich aus der Anwendung der Zinsschranke (§ 4 h EStG) ergeben, vom Verlustabzugsverbot erfasst.

II. Grundstruktur des § 8 c KStG

1. Schädlicher Beteiligungserwerb

Schädlich ist eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung von

- gezeichnetem Kapital,
- Mitgliedschaftsrechten,
- Berechtigungsrechten,
- Stimmrechten an einer Körperschaft oder
- vergleichbaren Sachverhalten.

2. Erwerberkreis

Erfasst werden Anteilsübertragungen an einen (einzigen) Erwerber oder diesem nahe stehende Personen.

Im Unterschied zu § 8 a Abs. 3 Satz 1 KStG-E, der hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals *nahe stehende Personen* ausdrücklich auf § 1 Abs. 2 AStG verweist, enthält § 8 c Satz 1 KStG einen derartigen Verweis nicht. Mangels anderweitiger gesetzlicher Definition wird sich der für § 8 c KStG maßgebliche Erwerberkreis entweder dennoch nach § 1 Abs. 2 AStG definieren oder man orientiert sich an den von der Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung aufgestellten Kriterien.⁶

3. Rechtsfolgen

Rechtsfolge des § 8 c KStG ist ein quotaler bzw. vollständiger Verlustuntergang.

Liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb vor, sind insoweit die bis zu diesem Zeitpunkt nicht ausgeglichenen oder abgezogenen negativen Einkünfte (nicht genutzte Verluste) nicht mehr abziehbar. Von der anteiligen Verlustabzugsbeschränkung sind somit grundsätzlich die zum Ende des dem schädlichen Beteiligungserwerb vorangegangenen Veranlagungszeitraums vorhandenen Verlustvorträge sowie die im laufenden

¹ Siehe zuletzt *Schwedhelm*, GmbHR 2008, 404; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2008, 897.

² MittBayNot 2008, 505 (in diesem Heft). Die Finanzverwaltung hatte am 20.2.2008 einen Entwurf zwecks Anhörung der Spitzenorganisationen und Verbände veröffentlicht; dazu *Suchanek*, GmbHR 2008, 292; Stellungnahme der Centrale für GmbH, GmbHR 2008, 421; *Breuninger*, Status:Recht (Beilage zu Der Betrieb) 2008, 138. Das BMF-Schreiben vom 4.7.2008, dazu *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703; *Roser*, DStR 2008, 1561; *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2008, 857, ist mit der Entwurfsfassung nahezu identisch.

³ Z. B. BFH, GmbHR 2007, 1161 und 2008, 48 jeweils m. Anm. *Breuninger/Frey/Schade*.

⁴ *Fey/Neyer*, GmbHR 2008, 693.

⁵ *Wiese/Klass/Möhrle*, GmbHR 2007, 405, 409; *Wiese*, DStR 2007, 741; *Roser*, DStR 2008, 77.

⁶ BFH, GmbHR 1997, 359.

Veranlagungszeitraum bis zum schädlichen Beteiligungserwerb entstandenen Verluste erfasst (§ 8 c Satz 1 KStG).

§ 8 c Satz 2 KStG erweitert die Regelung des Satz 1. Werden innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren direkt oder indirekt mehr als 50 % der Anteile oder Mitgliedschaftsrechte an einer Körperschaft übertragen, so gehen die noch nicht genutzten Verluste der Körperschaft nicht nur quotal, sondern vollständig verloren. Nach § 8 c Satz 2 KStG sind unabhängig von Satz 1 nicht genutzte Verluste nicht mehr abziehbar, sofern mehr als 50 % der Anteile oder Mitgliedschaftsrechte an der Körperschaft übertragen werden. Die Regelung des Satz 2 steht neben der des Satz 1. Dies hat Bedeutung für eine gestufte Übertragung von Anteilen oder Mitgliedschaftsrechten innerhalb des relevanten Zeitraums von fünf Jahren.

Die Abzugsbeschränkung erfasst alle nicht ausgeglichenen und nicht abgezogenen negativen Einkünfte (insbesondere §§ 2 a, 10 d, 15 Abs. 4, 15 a und 15 b EStG sowie § 4 h Abs. 1 Satz 2 EStG). Durch die Verweisung in § 10 a Satz 9 GewStG ist § 8 c KStG auch für die gewerbesteuerlichen Fehlbeträge bedeutsam.

III. Unklarheiten der gesetzlichen Neuregelung

1. Erwerb

Ein Erwerb *unterhalb* der Grenze von 25 %, verbunden mit einer Ausweitung des Stimmrechtes, kann künftig zur Verlustabzugsbeschränkung führen: Ein Investor erwirbt 20 % der Geschäftsanteile an einer GmbH. In diesem Zusammenhang wird die Satzung dahingehend geändert, dass diesem 25,1 % der Stimmen in der Gesellschafterversammlung zustehen. Nach dem Gesetzeswortlaut liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb vor, zumindest als „vergleichbarer Sachverhalt“.

Die *rein vermögensrechtliche Beteiligung* eines Erwerbers am wirtschaftlichen Ergebnis der Körperschaft (z. B. durch Genussrechte, [atypisch] stille Beteiligung oder partiarische Darlehen) ohne Einräumung einer gesellschafts- bzw. mitgliedschaftsrechtlichen Beteiligung ist wohl nicht ausreichend, um die Verlustabzugsbeschränkung auszulösen.

Unter den Begriff des Erwerbs fallen nicht nur entgeltliche, sondern auch *unentgeltliche Vorgänge*. Damit kann der Verlustabzug nicht nur durch eine Anteilsveräußerung, sondern z. B. auch durch die Übertragung von Anteilen im Wege einer Verschmelzung oder Spaltung verloren gehen.⁷ Auch Übertragungen im Wege der Schenkung sind schädlich; vollständig unentgeltliche Übertragungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge sind hingegen nicht von § 8 c KStG umfasst.⁸

Einer Anteilsübertragung steht eine *Kapitalerhöhung* gleich, wenn sie zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten führt. Auch eine *mittelbare Anteilsübertragung* ist – entgegen der alten Rechtslage – schädlich.

2. Erwerber

Schädlich sind nur die Veräußerungen an *einen* Erwerber, auch einen bereits an der Körperschaft beteiligten Anteilserwerber, dessen Beteiligung sich verstärkt.

Als Veräußerung an *einen* Erwerber gelten auch Veräußerungen an dem Erwerber *nahe stehende Personen*. Dies sind wohl

insbesondere Mutter- und Tochtergesellschaften des Anteilseigners. Nahestehende Personen können jedoch auch natürliche Personen sein.

Als ein Erwerber gilt auch eine Gruppe von Erwerbern mit *gleichgerichteten Interessen*. Was unter gleichen Interessen zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht genannt. Vermutlich wird dies wegen des in diesem Zusammenhang unbestimmten Rechtsbegriffs erst wieder durch die Rechtsprechung geklärt werden. Von einer Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen ist nach Ansicht der Finanzverwaltung⁹ regelmäßig auszugehen, wenn eine Abstimmung zwischen den Erwerbern stattgefunden hat, wobei kein Vertrag vorliegen muss. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks i. S. d. § 705 BGB reicht zur Begründung gleichgerichteter Interessen aus, ist aber nicht Voraussetzung. Die gleichgerichteten Interessen müssen sich nicht auf den Erhalt des Verlustvortrags der Körperschaft richten. Gleichgerichtete Interessen liegen z. B. vor, wenn mehrere Erwerber einer Körperschaft zur einheitlichen Willensbildung zusammenwirken. Anknüpfungspunkt könnte auch das tatsächliche Zusammenwirken der Neugesellschafter zur Beherrschung der Kapitalgesellschaft sein.

Eine *Konzernklausel* gibt es nicht. Auch Anteilsübertragungen innerhalb eines Konzerns können zu einem Verlustabschluss führen.¹⁰

3. Vergleichbare Sachverhalte

Ferner sollen mit Anteilsübertragungen *vergleichbare Sachverhalte* ebenfalls zum Untergang des Verlustabzugs führen. Das Gesetz definiert jedoch nicht, was ein vergleichbarer Sachverhalt ist. Nach der Literatur können darunter Fälle der Kapitalherabsetzung oder des Erwerbs eigener Anteile fallen, wenn diese Vorgänge zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten führen.¹¹

IV. BMF-Schreiben

Wie von der Praxis erwartet, wurde die Vielzahl von interpretationsbedürftigen Regelungen und offenen Zweifelsfragen nicht im Gesetzesverfahren klargestellt. Einige davon wurden nun durch Erlass der Finanzverwaltung geklärt. Zu den Streitfragen nimmt das BMF-Schreiben vom 4.7.2008¹² wie folgt Stellung:

Eine konkrete Definition des „schädlichen Beteiligungserwerbs“ wird auch hier nicht geleistet. Es wird lediglich festgestellt, dass der Erwerb der Beteiligung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen kann, so dass auch Schenkungen betroffen sind. Ausgenommen ist ein Erwerb durch Erbfall durch eine natürliche Person einschließlich der voll unentgeltlichen Erbauseinandersetzung und der voll unentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge.¹³

Merkposten:

- Erwerb = Rechtsträgerschaft ändert sich,
- Ausgleichsleistungen bzw. „normale Schenkung“ sind „schädlicher Beteiligungserwerb“.

⁷ Neyer, BB 2007, 1415.

⁸ Vgl. Tz. 4.

⁹ Tz. 27.

¹⁰ Dieterlen/Winkler, GmbHR 2007, 815.

¹¹ Neyer, BB 2007, 1415, 1416.

¹² MittBayNot 2008, 505 (in diesem Heft).

¹³ Tz. 4; anders noch der Entwurf des BMF-Schreibens.

Sowohl die Übertragung von Kapitalanteilen als auch der Erwerb von Mitgliedschafts- und Beteiligungsrechten (jeweils auch ohne Stimmrechte) sowie von Stimmrechten werden als Anwendungsfall von § 8 c KStG qualifiziert.¹⁴ Andererseits ist ein Pooling z. B. erforderlich, um die Begünstigung gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG zu erreichen.

Die mehrfache Übertragung eines Anteils soll das Tatbestandsmerkmal der Übertragung erfüllen, soweit sie je Erwerberkreis die Beteiligungsgrenzen übersteigt.¹⁵ Soweit es auf den Übergang einer Eigentumsposition ankommt, ist auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums abzustellen;¹⁶ maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines schädlichen Beteiligungserwerbs ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.¹⁷

Eine allgemein gültige Definition, was ein „vergleichbarer Sachverhalt“ ist, kennt das BMF-Schreiben nicht. Es werden lediglich eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen aufgezählt, die „vergleichbare Sachverhalte“ sein können.¹⁸ Die Aufzählung ist sehr weit greifend, genannt werden u. a. Genussscheine; gegenüber dem Entwurf nicht mehr genannt sind Bezugsrechte und der Anteilstausch.

Die Übertragung der jeweiligen Bezugsgrößen muss an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen erfolgen. Für das „Nahe stehen“ soll dabei jede rechtliche oder tatsächliche Beziehung zu einer anderen Person ausreichen,¹⁹ die bereits vor oder unabhängig von dem Anteilserwerb besteht.²⁰ Ausnahmen für konzerninterne Umstrukturierungen fehlen.

V. Gestaltungshinweise

1. Unternehmenskauf

Bei Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften konnte sich bisher ein bestehender Verlustvortrag kaufpreiserhöhend auswirken. Aufgrund der Restriktionen des § 8 Abs. 4 KStG (keine Zuführung wesentlichen neuen Betriebsvermögens) wurde in der Praxis regelmäßig vereinbart, dass es keine Verpflichtung des Käufers gab, die Verlustvorträge zu nutzen. Ein Kaufpreisnachschlag ergab sich jedoch, wenn eine Nutzung anschließend tatsächlich gelang. Ein derartiges „Tax Asset“ wird ein Käufer zukünftig nicht mehr einkalkulieren können.

Bei dem Versuch, einen schädlichen Beteiligungserwerb durch zeitlich gestreckte Anteilserwerbe und Optionen zu vermeiden, ist die Gesamtplan-Doktrin²¹ bzw. die Kombinations-Doktrin²² des BMF zu beachten. Des Weiteren findet § 42 AO

grundsätzlich neben § 8 c KStG Anwendung,²³ der wohl die verlustrettende Wirkung eines Forderungsverzichts mit Beserungsschein im Vorfeld einer schädlichen Anteilsübertragung beseitigen wird.

2. Anpassungsbedarf für Gesellschaftsverträge

Der Wegfall der Verlustvorträge wirkt sich aber nicht nur auf den Kaufpreis und damit zu Lasten des Veräußerers aus, sondern auch zulasten der anderen, verbleibenden Gesellschafter. Die Steuerlast auf zukünftige Gewinne erhöht sich durch den Wegfall des Verlustvortrages.

Die Gestaltung einer Ausgleichsregelung bereitet Schwierigkeiten, wenn mehrere einander nicht nahe stehende Gesellschafter an der Kapitalgesellschaft beteiligt sind. Die durch den (anteiligen) Wegfall des Verlustvortrags latente Steuerbelastung kann sich u. U. erst Jahre später realisieren, wenn die Gesellschaft wieder wirtschaftlich erfolgreich ist und Gewinne erzielt. Verwirklicht sich der durch den Wegfall des Verlustvortrags verursachte Steuerschaden der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, zu dem der Verursacher nicht mehr Gesellschafter ist, stellt sich zudem die Frage, ob der an die Gesellschaft zu leistende Ausgleich körperschaftsteuerpflichtig ist.²⁴

Hier könnte zum einen eine Vinkulierung helfen: Die verbleibenden Gesellschafter können ihre Zustimmung von einem Ausgleich des mit dem Wegfall des Verlustvortrags eintretenden Steuernachteils abhängig machen. Die Verweigerung der Zustimmung könnte jedoch unter dem Gesichtspunkt, dass der (anteilige) Wegfall des Verlustvortrags nur eine Folge der Abtretung ist, rechtsmissbräuchlich und somit unwirksam sein. Zum anderen kann eine Ausgleichsverpflichtung vereinbart werden: Durch Satzungsregelung wird derjenige Gesellschafter, dessen Übertragung bzw. Ausscheiden zur Verlustabzugsbeschränkung führt, zum Ersatz des entstehenden Schadens verpflichtet. Hierbei ist der Begriff des Schadens zu definieren und für Streitfälle eine Gutachterlösung vorzusehen.²⁵ Zur Erinnerung: Derartige Klauseln sind schon bisher bei Personengesellschaften üblich, soweit sich die Gewerbesteuerlast der Personengesellschaft durch den Gewinn aus der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils nach § 7 Satz 2 GewStG erhöht.

VI. Zusammenfassung

Wie die gesetzliche Regelung in § 8 c KStG ist auch das BMF-Schreiben unzulänglich. Insbesondere fehlt es an einer allgemein gültigen Definition des Begriffs „vergleichbarer Sachverhalt“. Auch die Neuausrichtung der Verlustabzugsbeschränkung ist weiterhin von Rechtsunsicherheit begleitet.

¹⁴ Tz. 5.

¹⁵ Tz. 22.

¹⁶ Tz. 6.

¹⁷ Tz. 13.

¹⁸ Tz. 7.

¹⁹ H 36 KStH 2006.

²⁰ Tz. 25.

²¹ Tz. 19.

²² Tz. 7.

²³ Pohl, DB 2008, 1531 f.

²⁴ Carlé/Demuth, KÖSDI 2008, 15979, 15981.

²⁵ Formulierungsbeispiel bei Benz/Rosenberg in Blumenberg/Benz, Unternehmensteuerreform 2008, S. 194 f.; Rodewald/Pohl, DStR 2008, 724, 728 f.

BUCHBESPRECHUNGEN

Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 9. Aufl., RWS, 2008. 428 S., 58 €

Dieses Buch bedürfte eigentlich keiner Vorstellung mehr, hat es sich doch seit seiner Begründung durch *Horst Hagen*, den vormaligen Vizepräsidenten und langjährigen Vorsitzenden des V. Zivilsenats, in sieben gemeinsam mit *Günter Brambring* bearbeiteten Auflagen zu einem Standardwerk für alle mit Grundstückskaufverträgen befassten Berufsgruppen entwickelt. Schon mit der letzten Auflage hat der Verlag einen gleitenden Autorenwechsel begonnen, der mit der nunmehr vorliegenden 9. Bearbeitung endgültig vollzogen worden ist. Die Gelegenheit erscheint deshalb günstig, die Fortentwicklung des Skriptes und dessen veränderte Schwerpunktsetzung durch die neuen Bearbeiter darzustellen.

Die neuen Autoren sind, nicht anders als ihre Vorgänger, schon kraft ihrer Profession ausgewiesene Fachleute für die von ihnen behandelte Materie. *Wolfgang Krüger*, der als Vorsitzender Richter des für das Grundstücksrecht zuständigen V. Zivilsenats des BGH die höchstrichterliche Rechtsprechung auf diesem Rechtsgebiet maßgeblich mitbeeinflusst, kennt aus seiner richterlichen Tätigkeit insbesondere die Folgen lückenhafter oder unklarer Vertragsgestaltung. *Christian Hertel*, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, hat sich durch zahlreiche Veröffentlichungen und Vorträge für die Fortbildung des Notarrechts verdient gemacht und weiß aus seiner Gutachtenpraxis, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung hohe Anforderungen an eine sorgfältige Vertragsgestaltung stellen.

Das Buch ist vollständig neu aufgebaut, die Zweiteilung in einen Teil A (Rechtsprechungsübersicht) und Teil B (notarielle Gestaltungshinweise) ist zu Recht aufgegeben worden, da sie Punkte, die gemeinsam erörtert gehört hätten, oftmals auseinander gerissen hat. Das Skript ist nunmehr in acht Abschnitte unterteilt, den Vertragsschluss (*Krüger*), das Beurkundungsverfahren (*Hertel*), die vertraglichen Hauptpflichten (*Krüger*), Vertragsgestaltung zur Sicherung von Verkäufer und Käufer (*Hertel*), die Sach- und Rechtsmängel (*Krüger/Hertel*), Sonderfälle des Beurkundungsverfahrens (*Hertel*), Fragen des Vorkaufsrechts (*Krüger/Hertel*) und Sonderfälle der Vertragsgestaltung (*Hertel*). Dieser Aufbau entspricht im Wesentlichen auch dem zeitlichen Ablauf eines Grundstückskaufvertrags, was den Lesefluss und die Auffindbarkeit einzelner Probleme enorm erleichtert.

Zu loben ist, dass *Krüger* die Gelegenheit genutzt hat, die Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu straffen und solche Themenkomplexe zu kürzen oder ganz zu streichen, die keine große Bedeutung für die Vertragspraxis darstellen, wie z. B. Fragen zum Dissens (Rdnr. 5 h und 5 i der 7. Auflage), zur Irrtumsanfechtung (Rdnr. 6 ff. der 7. Auflage) und zum GrdStVG (Rdnr. 89 ff. der 7. Auflage; allerdings dürfte die Genehmigung nach dem GrdStVG nicht ganz so bedeutungslos sein, so dass deren vollständige Streichung zu bedauern ist). Im Gegenzug hat er alle wichtigen neuen Entscheidungen des BGH in die Sammlung aufgenommen, so dass man sich mit dem Skript in der Tat auf dem aktuellen Stand der Rechtsprechung befindet. *Hertel* hingegen hat nicht nur zahlreiche Probleme der Vertragsgestaltung aufgegriffen, sondern viele neue hinzugefügt (vor allem aus dem Bereich des Grundstückserwerbs von bzw. durch Gemeinden, Rdnr.

1053 ff., 1060 ff.) und durch zahlreiche Lösungsvorschläge und einige Musterformulierungen (wie z. B. zum Energieausweis, Rdnr. 825 b, 825 e) bereichert.

Echte Kritikpunkte lassen sich kaum ausmachen. So ist das neue, umfangreiche Literaturverzeichnis sicher gut gemeint, aber doch zu umfangreich, um einen Überblick zu ermöglichen, andererseits zu knapp, um wirklich alle Literaturmeinungen abzudecken. Aus meiner Sicht ist der Leser bereits mit den Fundstellen innerhalb des Skriptes bestens bedient, die er zur vertieften Einarbeitung in die Problematik heranziehen kann. Einige Redundanzen, die aus der neuen Aufteilung des Buches herrühren, könnten künftig abgestellt werden, z. B. erfährt man manches zweifach, etwa zum Teilflächenkauf (Rdnr. 1 ff. und Rdnr. 1026 ff.) oder zum Einheimischenmodell (Rdnr. 85 ff. und Rdnr. 1061 ff.). Am Aufbau stört mich ein wenig, dass den Fragen des Vorkaufsrechts noch immer ein eigener Abschnitt gewidmet wird, was deren Bedeutung zu sehr betont. Vielleicht wäre dieser Abschnitt besser unter den Sonderfällen der Vertragsgestaltung aufgehoben. Zu den kleineren, teilweise bloß redaktionellen Mängeln gehört, dass die spanische *escritura* (noch immer) mit baskischem „k“ geschrieben wird (Rdnr. 185), dass das ErbbauRG noch als ErbbauVO (Rdnr. 337) und die MaBV als MABV (Rdnr. 571) begegnen und die in Rdnr. 640 in Bezug genommene BT-Drucks. aus der 13. und nicht aus der 10. Wahlperiode stammt. Es handelt sich hierbei aber um vernachlässigenswerte Mängel und Abstimmungsprobleme, die in der nächsten Auflage sicherlich behoben werden und die den positiven Gesamteindruck dieses sowohl inhaltlich als auch formell herausragenden Werkes nicht schmälern können.

Im Folgenden soll anhand einzelner Probleme kurz erörtert werden, wie das Skript diese darstellt und Lösungsmöglichkeiten offeriert. So wird die Frage, ob und inwieweit die Anrechnung bereits geleisteter Teilzahlungen auf den Kaufpreis beurkundet werden muss, von *Krüger* auf eine einfache und verständliche Grundlage gestellt: Als Teil der Gegenleistung muss diese natürlich nach § 311 b Abs. 1 BGB mitbeurkundet werden (Rdnr. 123). Den Dauerbrenner „Unterschrift der Beteiligten“ (Rdnr. 168, 303 ff.) versucht *Hertel* durch eine Faustregel zu entschärfen: Ein lesbarer Buchstabe, zwei Wellenlinien, drei Zentimeter Länge und möglichst kein Punkt sollen für die Annahme einer wirksamen Unterschrift (Rdnr. 307) genügen. Ich möchte mich dem anschließen und rate dazu, künftig die Unterschrift der Beteiligten mit dem Lineal nachzumessen.

Weniger satirisch sollte man den Umgang mit Belehrungsvermerken handhaben. Deren Auswuchs stellt ein zunehmendes Ärgernis dar. Soweit das Gesetz keine Vermerkpflcht fordert, besteht weder haftungs- noch verfahrensrechtlich ein Bedürfnis, die Urkunde mit solchen (oftmals überflüssigen) Hinweisen zu überfrachten. Ich möchte daher *Hertel* widersprechen (Rdnr. 334) und mit *Krebs* (DNotZ 2006, 916) zu mehr Zurückhaltung bei der Aufnahme gesetzlich nicht geforderter Belehrungsvermerke auffordern. Zweifel habe ich an der Ansicht von *Hertel*, wonach ein abzulösender Gläubiger seinen Treuhandauftrag noch bis zum Zeitpunkt der Veranlassung von Zahlungen aufgrund der Fälligkeitsmitteilung des Notars widerrufen kann (Rdnr. 585). Mag es sich hierbei auch um eine einseitige Anweisung des Gläubigers handeln, so be-

stimmt doch das neue Verfahrensrecht in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dass künftig eine Antragsrücknahme nach Erlass einer Endentscheidung der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf (§ 22 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Es erscheint mir überlegenswert, diesen Rechtsgedanken entsprechend auf die notarielle Fälligkeitsteilung anzuwenden, so dass ein Widerruf der Treuhandaufgabe nach Erteilung der notariellen Fälligkeitsteilung der Zustimmung der Kaufvertragsparteien bedarf.

Mit großer Erleichterung nimmt man zur Kenntnis, dass die zur Vorlagesicherung eingesetzte verfahrensrechtliche Bewilligungslösung, die jüngst von *Kessler* (ZNotP 2005, 176; gegen diesen *Böttcher*, ZNotP 2008, 258) mit wenig stichhaltigen Argumenten kritisiert wurde, auch von *Hertel* befürwortet wird (Rdnr. 598). Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist aber, ob die verfahrensrechtliche Lösung im Gegensatz zur beurkundungsrechtlichen Lösung wirklich Mehrkosten auslöst, was – bei Nichtinformation der Beteiligten hierüber – sogar als unrichtige Sachbehandlung angesehen werden muss (so OLG Köln, NJW-RR 1997, 1222, von *Hertel* in Rdnr. 598 nicht ganz zutreffend dargestellt).

Interessant zu verfolgen ist der Konflikt, der zwischen dem V. und dem VII. Zivilsenat über die Anrechnung von Nutzungsvorteilen bei Schadensersatzansprüchen wegen Rückgängigmachung der Kaufentscheidung besteht und der bei *Krüger* gut nachvollzogen werden kann (Rdnr. 785 ff.). Das „heiße“ Thema Energieausweis wird von *Hertel* aktuell zusammengefasst und mit Formulierungshilfen für die Vertragsgestaltung versehen (Rdnr. 825 a ff.). Auch hier wird die Zukunft erwei-

sen, ob um diese Thematik, deren Lösung die Beteiligten vom Notar nicht erwarten dürfen und auch gar nicht erwarten, möglicherweise viel zu viel Aufhebens gemacht worden ist. Bei den Ausführungen zur Klauselerteilung (Rdnr. 896) möchte man nur ergänzen, dass der Notar in diesem Zusammenhang nicht nur als Äquivalent eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, sondern doch wenigstens im Rahmen der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel einem Rechtspfleger gleichzusetzen ist. Auf dem neuesten Stand befindet sich die Erörterung der Frage, ob nach dem Vergaberecht eine Ausschreibung bei Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand mit Bauverpflichtung besteht (Rdnr. 1060 g ff.), anzumerken ist lediglich, dass das OLG Düsseldorf diese Rechtsfrage dem BGH nicht zur Entscheidung im Wege der Divergenzvorlage vorlegen konnte (vgl. Rdnr. 1060 i), weil es damals an einer gemäß § 124 Abs. 2 GWB abweichenden Rechtsprechung eines anderen OLG fehlte. Leider, so muss man sagen, hat der EuGH nicht die Stellung eines OLG und die EU-Kommission nicht die Stellung einer Vergabekammer inne.

Alles in allem kann die Neuauflage des „Grundstückskaufs“ jedem Notar zur Anschaffung empfohlen werden, entweder um bestehende Kenntnisse aufzufrischen oder zu wiederholen oder um sich auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und Vertragsgestaltung zu bringen. Insbesondere denjenigen Kollegen, denen weniger am Besuch von Fortbildungsveranstaltungen gelegen ist, sei das Skript als geeignetes Instrument zur Fortbildung nahegebracht. Prädikat: sehr gut.

Notar Dr. Jörn Heinemann, Rehau

Jennißen (Hrsg.): Wohnungseigentumsgesetz. O. Schmidt, 2008. 1 227 S., 99 €

Nach Größe und Aufmachung zielt der erstmals erscheinende Kommentar darauf ab, sich unter die zweibändigen *Staudinger* und *Bärmann* und neben dem einbändigen *Weitnauer* sowie dem neuen und gleich teuren *Riecke-Schmid* zu platzieren und vor die kürzeren Kommentierungen im *Münchener* sowie im *Bamberger* Kommentar sowie dem *Sauren*. Die Namensgebung ist modern und erwähnt nur den Herausgeber. Tatsächlich hat das Werk gleich zwölf Autoren, alle aus anwaltlicher, notarieller und richterlicher Praxis. Der dieser Vielzahl immanenten Gefahr entkommt der Kommentar auch nicht. Die Beiträge sind von durchaus unterschiedlicher Qualität. Die Kommentierungen von *Baumann* (warum bearbeitet er lediglich den § 12?), *Heinemann* (§§ 17–19, 27 und teilweise 21) und *Elzer* (insb. §§ 23–25) sind hervorragend. Nicht nur die Sachaussagen sind bestimmt. Auch Rechtsprechung und Literatur werden aufgearbeitet. Bei einigen der übrigen Autoren fehlt es daran. *Hogenschurz* (§ 14) und *Weise* (§§ 11, 15) etwa zitieren fast nur gerichtliche Entscheidungen aus jüngerer Zeit; das genügt nicht nur keinen wissenschaftlichen Ansprüchen, sondern schafft auch der Praxis keine verlässliche Basis über den Meinungsstand.

Überhaupt bleibt der theoretische Unterbau bei vielen Autoren zu kurz und dies vor allem zu den novellierten Teilen des WEG; wieder bilden *Elzer* – immer frisch und lebendig zu lesen, vor allem in „Vor §§ 23 bis 25“ –, *Baumann* und *Heinemann* die zu lobende Ausnahme. Eine zentrale Auseinandersetzung mit einem der Kernpunkte der Novelle, nämlich der

gesetzlichen Anerkennung der Gemeinschaft als rechtsfähig, unterbleibt. Die Rezeption von BGHZ 164, 154 = MittBayNot 2005, 495 hat doch ersichtlich schon dem Gesetzgeber selbst dogmatische Probleme bereitet, dazu muss man nur den neuen § 10 Abs. 1 WEG lesen. Wie muss die Praxis das denn umsetzen? Die Fragen sind in der Literatur auch alle längst aufgeworfen: Tritt der rechtsfähige Verband denn ähnlich einer Betriebs-GmbH bei wirtschaftlicher Betriebsaufspaltung oder einem Förderverein neben die im Übrigen fortbestehende Wohnungseigentümergeinschaft, so wohl *Zimmer*, WEG, § 1 Rdnr. 17 und 32? Oder – so nämlich zutreffend – führt die Anerkennung als rechtsfähig „nur“ zu einer neuen, nämlich vereinfachten Betrachtungsweise, die ein sehr viel älteres Vorbild schon in § 124 HGB zur OHG oder in der eingetragenen Partnerschaft hat? Die Kommentierung zu § 10 von *Grziwotz/Jennißen* lässt den Leser hier im Ungenauen. Kommentarunüblich gliedert sie auch nicht gemäß dem gesetzlichen Aufbau. Daneben weicht sie (§ 10 Rdnr. 17–19) – ungewollt und nur von mir missverstanden? – auch von BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854, dem anderen großen Auslöser für die WEG-Novelle, ab, ohne dies auch nur zu erkennen zu geben. Danach sind Beschlüsse nur möglich, wo Gemeinschaftsordnung oder Gesetz sie gestatten; Grenzziehungsfehler bewirken nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit; außerhalb dieses Bereichs sind sie nichtig. Die Novelle hat diese Rechtsprechung ausdrücklich übernommen und auf die Kostenverteilung in § 16 Abs. 3 und 4 WEG ausgeweitet.

Glänzende und unbrauchbare Formulierungen wechseln sich ab. Knapp, treffend und erfreulich etwa *Löffler*, § 13 Rdnr. 30, zur Vermietung von Gemeinschaftseigentum; er andererseits

unscharf bei Erläuterung des Begriffs Sondernutzungsrecht, § 13 Rdnr. 13, indem er etwa schon in Zeile 4 seiner Ausführungen das „konkludent“ entstandene Sondernutzungsrecht kommentiert. In seltenen Situationen des Beschlusses über bauliche Veränderungen mag ein solches zwar entstehen; es ist aber nie dauerhaft, weil es entfällt, sobald ein neuer Wohnungseigentümer hinzutritt, § 10 Abs. 3 WEG. In Rdnr. 15 erwähnt *Löffler* zwar die Vorschrift, dort aber im ganz anderen Zusammenhang der – begrenzten – Übertragbarkeit von Sondernutzungsrechten.

Auch andere Autoren arbeiten schlicht die tragenden Grundsätze nicht befriedigend heraus. *Dickersbach* etwa verwendet vier lange Fußnoten zur Sondereigentumsfähigkeit von Balkonen und dies in Aufarbeitung einer einzigen (!) Literaturstelle, statt schlicht zu erläutern, dass „Raum“ ist, was allseitig umschlossen ist, oder vom Gesetz als abgeschlossen definiert wird, § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG, oder – so bei Balkonen – was die Rechtspraxis als abgeschlossen behandelt. Ähnlich ausführlich diskutiert *Dickersbach*, ob Strom- u. a. Versorgungsleitungen Sonder- oder Gemeinschaftseigentum seien, statt herauszustellen, dass Sondereigentum nur ist, was so „bestimmt“ (§ 5 Abs. 2 WEG) wurde und so definiert werden kann (§ 5 Abs. 2, 3 WEG). Die Zuordnung ist ab dem immer gemeinsamen Hauptstrang eine Frage der Zweckmäßigkeit, die sich bei Strom- anders als bei Heizleitungen darstellt und im Etagenbau anders als bei Reihenhäusern.

Wenn *Krause* in § 8 Rdnr. 23 ausführt, Änderungen der Aufteilung seien vor Grundbuchanlegung frei und danach nur mit Gläubigerzustimmung möglich, verfehlt auch er schlicht den Kern. Auch vor Eintragung kann eine Änderung der Zustimmung eines Dritten bedürfen, schuldrechtlich bei vertraglicher Bindung, aber auch sachenrechtlich, § 873 Abs. 2 BGB. Auch nach Eintragung ist eine Änderung frei, wenn Dritte nicht betroffen sind, § 877 BGB, oder nicht als betroffen gelten, § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG. Wenn ferner *Jennißen* in § 16 Rdnr. 1 ausführt, dass § 16 WEG „dispositiv“ sei und „durch Vereinbarung abgeändert werden“ kann, widerspricht das schlicht dem neuen § 16 Abs 5 WEG. Wenn er gleich danach in § 16 Rdnr. 4 ausführt, „Der Miteigentumsanteil entsteht [!] auch, wenn die Wohnung nicht errichtet wird“, reizt das zur Rückfrage, ob er nicht eigentlich schon vorher da war.

Eigene Fehler sieht man nicht, weswegen das Verlagswesen einen Redaktor kennt. Ihm müssten nicht zuletzt auch sinnentstellende Auslassungen wie in § 5 Rdnr. 75 und Formatierungsfehler wie die zu kleine Schrift in § 11 Rdnr. 1 oder die kursive in § 11 Rdnr. 17–21 aufgefallen sein. Der Anwender dieser Erstauflage muss beachten, dass er auf ein sehr uneinheitliches Werk trifft, das ihn nicht der Not enthebt, durchaus auch auf einen anderen Kommentar zurückzugreifen.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

Eckert/Everts/Wicke: Fälle zur Vertragsgestaltung. Beck, 2007. 125 S., 17,90 €

„Kautelarklausuren sind Angstklausuren.“ Mit dieser provokanten Aussage beginnen die Autoren das zu besprechende Werk. Wer als Dozent in der Ausbildung auf das Zweite Juristische Staatsexamen tätig ist, dem ist bekannt, dass vielfach nur insgesamt zwölf Unterrichtsstunden für die Vorbereitung auf die Kautelarklausur eingeplant sind. Wie schwierig es Rechtsreferendaren in dieser kurzen Zeit fällt, die Grundsätze der Vertragsgestaltung zu verinnerlichen, liegt auf der Hand. Folglich herrscht bei den Examenkandidaten tatsächlich statt Begeisterung eher Angst vor der Kautelarklausur. Um es vorwegzunehmen: Wer die Fälle und Lösungen in diesem Werk sorgfältig liest, wird diese Angst sicherlich verlieren.

Besonders erfreulich fällt bereits bei der Durchsicht des Inhaltsverzeichnisses auf, dass die Autoren ihre Ausführungen nicht nur auf Fälle und Lösungen beschränken, sondern mit einführenden Hinweisen zur Vertragsgestaltung und zu Vertragsgestaltungsklausuren in der juristischen Staatsprüfung beginnen. Zwar dient der erste sich über fünf Seiten erstreckende Teil lediglich der Einführung in die Problematik der Vertragsgestaltung, dennoch wären an gewissen Stellen weitere Ausführungen und erklärende Beispiele wünschenswert. So vermisst man bei der Darstellung typischer (vermeidbarer) Fehler einen Hinweis, wonach in der Kautelarklausur im Zweiten Juristischen Staatsexamen von einer vertraglichen Regelung abzusehen ist, falls sich die von den Beteiligten gewünschte Rechtsfolge bereits aus dem Gesetz ergibt.

Der zweite Teil des Werks erstreckt sich über 118 Seiten und gliedert sich in zehn Fälle, bestehend jeweils aus einem 2–4 Seiten langem Sachverhalt und einer ausführlichen Falllö-

sung. Als sehr außergewöhnlich und durchaus positiv ist der Vermerk der Autoren über den Schwierigkeitsgrad und die Bearbeitungszeit zu bewerten. Jeder Fall wird dem Schwierigkeitsgrad nach einer der fünf Stufen von „niedrig“ bis „hoch“ zugeordnet. Sowohl die vorstehend genannte Einstufung der Fälle als auch die vorgeschlagene Arbeitszeit erweisen sich bei einer näheren Untersuchung als absolut realistisch und hilfreich bei der Lektüre dieses Werks.

Obleich dieses Fallbuch „nur“ zehn Fälle umfasst, werden erstaunlich viele Problemfelder des Familien-, Erb-, Kauf-, Sachen- und Gesellschaftsrechts angesprochen. Außergewöhnlich für ein Fallbuch zur Vorbereitung auf die Kautelarklausur und doch sinnvoll stellt sich die Thematik in Fall 7 dar. Die Autoren behandeln in diesem Fall die Vertragsgestaltung im Bereich des Mietrechts, bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und bei Gründung von Stiftungen. Auf diese Weise wird dem Leser zugleich verdeutlicht, dass man im Staatsexamen bei der Vertragsgestaltung auch mit „exotischen“ Themenkomplexen konfrontiert werden kann.

Die Autoren gehen in ihrem Werk auf die zentralen Fragen der notariellen Tätigkeit in den vorstehend genannten Bereichen des Zivilrechts ein und bieten dem Leser jeweils eine verständliche und einprägsame Lösung an, die sich wiederum durch eine übersichtliche und logische Gliederung auszeichnet. Lediglich im Bereich des Familienrechts wäre ein weiterer Fall wünschenswert. Selbst bei den Klausuren, die zutreffender Weise hinsichtlich des Schwierigkeitsgrads mit „hoch“ eingestuft werden, gelingt es den Autoren, die komplexen Themengebiete in einer allgemein verständlichen Art und Weise darzustellen. Keinesfalls muss man Vorkenntnisse im Bereich der Vertragsgestaltung besitzen, um den Ausführungen folgen zu können.

Betrachtet man die Fußnoten in diesem Werk, bemerkt man als erstes die zahlreichen Hinweise und Anmerkungen zu einzelnen Problemfeldern. An fehlerträchtigen Stellen geben die Autoren dem Leser in der Fußzeile weitergehende Erläuterungen. Zugleich werden naheliegende Fragen präventiv beantwortet. Zudem belegen die Autoren die getroffenen Aussagen mit zahlreichen und abwechslungsreichen Fundstellen zu Rechtsprechung und Literatur. Allerdings vermisst man an vielen Stellen die entsprechenden Zitate des zum Zweiten Juristischen Staatsexamens zugelassenen Kommentars, dem *Palandt*. Nachdem sich Rechtsreferendare ausschließlich mit diesem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch auf die Staatsprüfung vorbereiten, wäre es begrüßenswert, wenn die-

ser in den folgenden Auflagen verstärkt zitiert würde. Positiv ist ferner das Stichwortverzeichnis zu bewerten, das sehr ausführlich und übersichtlich gestaltet wurde und die Suche nach bestimmten Themengebieten außerordentlich erleichtert.

Diese Besprechung muss mit der Feststellung enden, dass das Werk „Fälle zur Vertragsgestaltung“ eine Lücke in der Fachliteratur für die Vorbereitung auf das Zweite Juristische Staatsexamen schließt. Wird man als Notar oder Notarassessor von Rechtsreferendaren nach sinnvoller Literatur im Bereich der Vertragsgestaltung gefragt, kann man dieses Werk auf jeden Fall guten Gewissens empfehlen.

Notarassessor Dr. *Damian Najdecki*, München

Brambring: Beck'sche Musterverträge, Band 7, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. 6. Aufl., Beck, 2008. 229 S., 19,50 € + CD-ROM

Die erste Auflage der Brambring'schen Mustereheverträge nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 11.2.2004, MittBayNot 2004, 270, zur Ehevertragsfreiheit und einer Reihe von zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen (vgl. Rdnr. 88) ist um 39 Seiten dicker als die Voraufgabe. Dieser Umfangszuwachs betrifft fast ausschließlich die richterliche Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle (Rdnr. 12 f., 88–90). Weitere Änderungen sind durch das neue Unterhaltsrecht veranlasst. Beides wird nicht nur dargestellt, sondern findet seinen Niederschlag in neuen Mustern wie z. B. dem Verzicht auf nahehelichen Unterhalt einschließlich des Kinderbetreuungsunterhalts, dem Unterhaltsverzicht, ausgenommen den Basis-Unterhalt nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB (Rdnr. 119) und dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs mit Kompensation (Rdnr. 108). *Brambring* tritt – im Gegensatz zu anderen Autoren (vgl. Rdnr. 38 und Fn. 63) – für eine weitreichende notarielle Ehevertragskontrolle ein. Deshalb geht er – entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 1410 BGB – unter Bezugnahme auf die freilich unmittelbar nur für Verbraucherimmobilienverträge geltende Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG von der gesetzlichen Verpflichtung des Notars aus, auf der Anwesenheit beider Ehegatten zu bestehen (Rdnr. 36). Dies dürfte freilich bei einer Vertretung durch Anwälte, wie dies

bei Scheidungsvereinbarungen häufig, bei vorsorgenden Eheverträgen mitunter der Fall ist, zu verneinen sein. Ob beispielsweise bei einem Ehevertrag zwischen einem Notar und einer Notarin wirklich beide Parteien anwesend sein müssen, ist zumindest zweifelhaft. Unbedingt zu empfehlen ist dagegen die genaue und wahrheitsgetreue Dokumentation der persönlichen und der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten sowie ihr Lebensplan (Rdnr. 38).

Dass *Brambring* die geplante Reform des Zugewinnausgleichs anspricht (Rdnr. 112), wegen der Pfändbarkeit von Rückübertragungsansprüchen ein Angebotsmodell aufgenommen hat (Rdnr. 155) und (zurückhaltend) die Güterstandsklausel erwähnt (Rdnr. 162 ff.), belegt zusätzlich die Aktualität der Neuauflage. Die Entscheidungen des BGH zur Vereinbarung über die Ablegung des Ehenamens (MittBayNot 2008, 294) und die neue Berechnung des Zugewinns bei vorbehaltenen Wohnungsrechten (MittBayNot 2008, 129) konnten noch nicht berücksichtigt werden. Insbesondere das letztgenannte Urteil könnte – auch zur Erleichterung für die Familiengerichte und die Scheidungsanwälte – dadurch korrigiert werden, dass die Anwendung der alten Rechtsprechung vereinbart wird.

Die Formulierungsvorschläge von *Brambring* können mit Hilfe der beigegefügt CD unmittelbar in der Praxis verwandt werden. Das Buch bleibt gerade für den Notar, der den sichersten Weg empfiehlt, unentbehrlich.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 2. Aufl., ZAP, 2007. 368 S., 38 € + CD-ROM

Rechtsanwältin *Gabriele Müller* (DNotI) und Notar Dr. *Thomas Renner* (Erfurt) haben schon zwei Jahre nach dem Erscheinen ihres aus einem DAI-Skript hervorgegangenen Buches die 2. Auflage hierzu vorgelegt: Das schon zuvor lobenswerte Werk ist nochmals formal und auch inhaltlich deutlich gereift. So ließ der Verlag ihm auch wegen der um die Hälfte vermehrten Seitenzahl eine bessere Ausstattung als Hardcover angedeihen. Da die Formulierungsvorschläge auf einer CD mitgeliefert werden, lassen sie sich leicht ohne lästige

Umformatieren in die Texte des Notars einfügen. Leider ist allerdings das für einen schnellen Zugriff wichtige Stichwortverzeichnis eher gestrafft worden.

Inhaltlich überzeugen *Müller* mit ihren Teilen 1 (Betreuungsrecht) und 3 (Internationales Privatrecht und Unternehmer-Vollmacht) sowie *Renner* mit Teil 2 (Vorsorgeverfügungen) und 4 (Formulierungsmuster) wie bereits in der 1. Auflage.

Neu hinzugekommen ist der Teil 3, der sich mit den Fragen des in grenzüberschreitenden Fällen anwendbaren Rechts bei Betreuungen und Vorsorgevollmachten beschäftigt. Zu letzteren findet sich die Empfehlung wegen des Wirkungslandsprinzips eine Vollmacht (auch) nach den Rechtsregeln des

Staates zu errichten, in dem von ihr Gebrauch gemacht werden soll. Ob das Vollmachtsstatut eine Rechtswahl zulässt, ist strittig, aber aus deutscher Sicht bei deutlichem Hinweis in der Urkunde wohl zu bejahen (Rdnr. 689 ff.). In der Praxis wird der Notar aber bei für das Ausland bestimmten Vollmachten auf die mögliche Anwendung ausländischen Rechts hinweisen und vielleicht öfter als bisher seine Haftung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG ausschließen. Will der Notar die Verwendbarkeit seiner Vollmachtenurkunde im Ausland nicht gefährden, sollte er auf eine Rechtswahl hin zum deutschen Recht verzichten, da der ausländische Rechtsanwender sich kaum in das deutsche Recht einarbeiten und möglicherweise schon aus diesem Grund die Vollmacht zurückweisen wird. Schließlich enthält dieser Abschnitt eine interessante rechtsvergleichende Darstellung des Rechts der Patientenverfügung in mehreren europäischen Ländern.

Ebenfalls neu sind die Erläuterungen von *Müller* zur unternehmensbezogenen Vollmacht. Deren Charakteristikum ist, dass sie weniger auf die Spezifika des Vollmachtgebers als auf die des Unternehmens zugeschnitten ist, für das sie verwendet werden soll. Deshalb finden sich hier im Innenverhältnis möglichst konkrete Handlungsanweisungen an den Bevollmächtigten, die es ihm ermöglichen, das Unternehmen nahtlos fortzuführen. Wegen des Verbots von organersetzenden Generalvollmachten im Gesellschaftsrecht werden Alternativen wie z. B. die Generalhandlungsvollmacht (Rdnr. 762 ff.), die – ggf. auf Vorrat erteilte – Prokura (Rdnr. 765 ff.) oder die Stimmrechtsvollmacht (Rdnr. 769 f.) dargestellt.

Renner hat seine Ausführungen zur Vorsorgevollmacht und zur Patientenverfügung selbstverständlich um die neuen Gerichtsentscheidungen aktualisiert. Zudem hat er sich nicht gescheut, die wirklichen Schlüsselfragen der Patientenverfügung „Demenzfälle“ und „Wachkoma“ zu behandeln (Rdnr. 355), die auch in den drei nun vorliegenden, nach ihren Protagonisten im Deutschen Bundestag benannten, Gesetzentwürfen (Bosbach, Stünker und Zöller) unterschiedlich entschieden werden. Für beide Fallsituationen bietet das Buch Musterformulierungen, die aber nach sorgfältiger Diskussion mit den Beteiligten deren individuellen Wünschen

angepasst werden müssen (Rdnr. 784). Bei Rdnr. 435 ff. sind die erwähnten Gesetzentwürfe dargestellt mit dem Hinweis (Rdnr. 448), dass unabhängig davon, welcher nun vom Bundestag verabschiedet wird, bereits beurkundete Patientenverfügungen weder vollständig unwirksam noch dringend ergänzungsbedürftig würden.

Interessant erscheinen mir die Vorschläge zu den Patientenverfügungen, in denen eine Maximaltherapie (Rdnr. 452) gewünscht wird. Bisher wurde die Patientenverfügung im Wesentlichen als Instrument der Abwehr einer Lebensverlängerung um jeden Preis begriffen. Zunehmend äußern Beteiligte allerdings gerade in den Krankenhäusern der höchsten Versorgungsstufe aus Sorge vor einer Einschränkung der Leistungen des Gesundheitssystems den Wunsch, alle denkbaren medizinischen Möglichkeiten zur Lebensverlängerung einzusetzen. Hier kann der Notar zwar den Wunsch in der Urkunde niederlegen (Rdnr. 786), er sollte m. E. aber darauf hinweisen, dass nach der Rechtsprechung des BGH im sog. Lübecker Fall (BGH vom 7.3.2003, MittBayNot 2003, 387) der Arzt die Behandlung abbrechen darf und muss, wenn er keine Indikation mehr für deren Fortführung sieht. Die Indikation wird der Arzt aber nach seiner eigenen Einschätzung der Situation des Patienten und der medizinischen Möglichkeiten stellen. Der eine Maximaltherapie suchende Patient hat somit zunächst einen Arzt zu finden, der ihm die gewünschte Indikation zur Weiterbehandlung stellt. Darüber hinaus kann die Krankenkasse des Patienten die Richtigkeit der ärztlichen Indikation bezweifeln und die Finanzierung der Wunschbehandlung ablehnen. Deshalb bedeutet der Wunsch des Patienten nach einer an sich nicht indizierten, möglicherweise teuren Therapie, dass der Bevollmächtigte beauftragt und in der Lage sein muss, den Wunsch des Patienten in erster Linie gegenüber dem Arzt und zusätzlich gegen den Versorgungsträger durchzusetzen. Damit wandelt sich die Patientenverfügung von einer defensiven zur Angriffswaffe: Ein neuer Gesichtspunkt, auf den *Müller* und *Renner* sicher in der bald erscheinenden 3. Auflage eingehen werden, die wir bereits jetzt mit Spannung erwarten.

Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Knott/Mielke: Unternehmenskauf. 3. Aufl., RWS, 2008. 544 S., 89 €

Nunmehr in 3. Auflage ist der Unternehmenskauf von *Knott/Mielke* in der Reihe der RWS-Vertragskommentare erschienen. Die 1. Auflage aus dem Jahr 2001 habe ich bereits in MittBayNot 2002, 33 rezensiert und dort die Anschaffung für einen Notar, der mit einem Unternehmenskauf zu tun hat, uneingeschränkt empfohlen. Die Konkurrenz auf dem Buchmarkt ist seitdem weiter gewachsen (und wächst weiter):

- Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis (11. Aufl. rezensiert in MittBayNot 2004, 171)
- Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003 (rezensiert in MittBayNot 2003, 377)
- Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2008 (rezensiert in MittBayNot 2008, 464 [in diesem Heft])
- Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Aufl. 2005 (rezensiert in MittBayNot 2006, 216)

- Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf 2004 (rezensiert in MittBayNot 2004, 244)
- Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 5. Aufl. 2006
- Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004
- Ek/von Hoyenberg, Unternehmenskauf und -verkauf, 2007
- van Kann, Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2008 (Erscheinung jedenfalls angekündigt)
- Rotthege/Wassermann, Mandatspraxis Unternehmenskauf, 2008 (Erscheinung jedenfalls angekündigt).

Wie positioniert sich hier nun die 3. Auflage des *Knott/Mielke*? Gegenüber der 1. Auflage hat sich der Autorenkreis etwas geändert, der Umfang des Buchs ist von 379 Seiten auf 526 Seiten gewachsen, wobei vor allem die allgemeine Einführung zum Unternehmenskauf von ursprünglich 79 Seiten auf nunmehr 183 Seiten angewachsen ist. Der Rest des Buchs entfällt im Wesentlichen auf die fünf kommentierten Unternehmenskaufmuster, nämlich GmbH-

Anteilskauf, GmbH & Co. KG-Anteilskauf, asset deal (Kauf der Einzelwirtschaftsgüter eines Unternehmens), Aktienkauf und Übernahmeangebot (nach dem WpÜG).

Die Einführung verschafft einen hervorragenden Überblick zum Unternehmenskauf, die Muster sind praxistauglich und die Erläuterungen sachkundig und gut verständlich. Die Unternehmensteuerreform 2008 ist in der Einführung mit berücksichtigt, das geplante Bilanzmodernisierungsgesetz und das MoMiG dort ebenfalls angesprochen (letzteres freilich ohne die letzten Änderungen des Bundestagsbeschlusses vom 26.6.2008). *Knott* geht dabei von einer Belehrungspflicht der Notare gegenüber Gesellschaftern über die neue Obliegenheit der Gesellschafter aus, zur Vermeidung des Verlusts ihrer Gesellschafterstellung aufgrund gutgläubigen Erwerbs gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG n. F. fortlaufend in höchstens dreijährigem Abstand die zu den Registerakten eingereichte Gesellschafterliste zu prüfen (vgl. Rdnr. 915).

Das Muster 1 zum GmbH-Anteilskauf wurde um Varianten zum Kaufpreis bzw. dessen Anpassung ergänzt, nämlich Kaufpreisfestlegung auf Basis des Netto-Eigenkapitals, auf Basis einer schulden- und liquiditätsfreien Übertragung („cash and debt free“) und auf der Basis eines weitgehend festen Kaufpreises („locked-box-Modell“).

Bei den Erläuterungen zum Umfang der Beurkundung eines GmbH-Anteilskaufs wird die Aufspaltung in das rein schuldrechtliche Geschäft und die dingliche Anteilsabtretung unter dem Gesichtspunkt diskutiert, dass die notarielle Übertragungsurkunde zum Nachweis des Anteilsübergangs häufig zum Handelsregister eingereicht und damit öffentlich zugänglich würde (Rdnr. 333 ff.). Notwendig und unter dem Aspekt des Datenschutzes geboten erscheint die Einreichung der Urkunde beim Handelsregister aber zumindest im Regelfall

gerade *nicht*, da für das Registergericht Prüfungsgrundlage des aktuellen Gesellschafterkreises im Grundsatz die zuletzt eingereichte Gesellschafterliste ist.

Ganz vereinzelt erliegt auch dieses Buch schon dem „Wiederholungs“-Problem: So wird das Verhältnis der due diligence zur Gewährleistung sowohl in den Rdnr. 24 f. als auch in den Rdnr. 128 f. angesprochen, offensichtlich ohne dass dies den beiden betreffenden Autoren aufgefallen wäre. Meine kleinen Anregungen aus der letzten Rezension zur 1. Auflage (siehe oben) wurden leider – soweit ersichtlich – nicht berücksichtigt.

Wie schneidet nunmehr der *Knott/Mielke* im Vergleich zu den Konkurrenzwerken aus Notarsicht ab? Abgesehen vielleicht vom Muster 5 (Übernahmeangebot), das für die meisten Notare weniger praxisrelevant sein dürfte, ist das gesamte Buch gerade auch für Notare eine hervorragende Arbeitshilfe zum Unternehmenskauf und stellt eine gute Alternative bzw. evtl. Ergänzung zur Anschaffung z. B. des Beck'schen Mandatshandbuch Unternehmenskauf von 2004 (dieses jedoch ohne komplette Vertragsmuster) oder dem in Neuauflage angekündigten *Holzappel/Pöllath* (dieses jedoch ohne Formulierungsvorschläge) dar. Will man sich nicht mit den Mustern und Erläuterungen aus der gängigen Notarliteratur begnügen (vgl. z. B. Würzburger Notarhandbuch, Kap. 8, oder Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2 Wirtschaftsrecht I, 5. Aufl. 2004, das zwei ausführliche Muster zum share und asset deal enthält, die auf über 300 Seiten erläutert werden, und in Kürze in 6. Auflage erscheinen soll), kann die Anschaffung für eine Notarbibliothek uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Seibt (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions. Beck, 2008. 1 499 S., 128 € + CD-ROM

Neu erschienen ist nunmehr im Schwerpunktbereich des Unternehmenskaufs in der Reihe der Beck'schen Formularbücher der Titel „Mergers & Acquisitions“. Autoren und Muster entstammen überwiegend der Kanzlei „Freshfields Bruckhaus Deringer“, wobei ein großer Teil des Buchs von dem renommierten Unternehmenskauf-Experten und Herausgeber Prof. Dr. *Christoph Seibt* bearbeitet wurde. Diese Rahmenbedingungen lassen Praxistauglichkeit und eine gute Abstimmung erwarten, und – das sei vorweggenommen – diese Erwartung wird nicht enttäuscht.

Das Formularbuch gliedert sich wie folgt: An den Einleitungsteil A. (17 Seiten), der einen kurzen Überblick über die möglichen Transaktionsstrukturen eines Unternehmenskaufs und den diesbezüglichen Entscheidungskriterien gibt, schließt sich Teil B. (98 Seiten) mit vorbereitenden Vereinbarungen und Maßnahmen an, z. B. Vertraulichkeitsvereinbarungen, letter of intent, Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüssen im Vorfeld eines Unternehmenskaufs, aber auch selten veröffentlichte Muster, wie z. B. Benutzungsregeln für einen physischen Datenraum bei der due diligence.

Teil C. (386 Seiten) behandelt den share deal und enthält hierzu insbesondere acht Musterverträge zum Kauf von Anteilen an einer GmbH, AG, GmbH & Co. KG, OHG und GbR

(letztere in Form einer Grundstücksgesellschaft). Dabei werden für den GmbH- und GmbH & Co. KG-Anteilskauf – als solche bezeichnete – verkäufer- und käuferfreundliche Muster angeboten, für den Aktienkauf ein verkäuferfreundliches Muster, für den Erwerb einer OHG und GbR ausgewogene Muster. Jedenfalls als Notar hätte man sich freilich in allen Bereichen die Darstellung (auch) ausgewogener Muster gewünscht, und die käufer- bzw. verkäuferfreundlichen Varianten ggf. als zusätzliche Alternativen. Interessant ist die den Mustern vorangestellte Auflistung der typischen praxisrelevanten Verhandlungs- und Streitpunkte bei der Ausgestaltung eines Unternehmenskaufs.

Teil D. (63 Seiten) enthält das Muster eines asset deals (Kauf von Einzelwirtschaftsgütern eines Unternehmens) mit gesondertem Erfüllungsvertrag (closing) und einem Muster für ein Unterrichtungsschreiben der Arbeitnehmer gemäß § 613 a Abs. 5 BGB. In Teil E. (112 Seiten) finden sich Muster zur Übernahme einer börsennotierten AG nach dem WpÜG, in Teil F. (92 Seiten) Muster zur Unternehmensbeteiligung durch Sachkapitalerhöhung, z. B. die Einlage von Anteilen an einer GmbH & Co. KG in eine GmbH gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile oder die entsprechende Einlage von Anteilen an einer GmbH in eine AG, sowie Teilnahmevertrag und Gesellschaftervereinbarung für den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung durch einen Finanzinvestor (venture capital), in Teil G. (51 Seiten) Muster zur Gestaltung eines

joint ventures, in Teil H. (61 Seiten) Muster zur Privatisierung von Unternehmen, einschließlich Public Private Partnerships (PPP) und in Teil I. (39 Seiten) Erläuterungen zum Kauf von Banken, Versicherungen und Unternehmen in der Arzneimittel-, Medizinprodukt- und Lebensmittelbranche.

Teil J. (100 Seiten) betrifft speziell das Kartellrecht, Teil K. (347 Seiten) enthält zahlreiche Muster zu Umwandlungen, insbesondere zur Verschmelzung, aber auch zur Spaltung, Anwachsung und Formwechsel, wobei der Bezug zum Thema mergers & acquisitions (auch unter Einbeziehung der Erläuterungen) nicht immer ganz ersichtlich wird, z. B. beim Formwechsel (letztlich gelegentlich relevant als vorbereitende oder nachsorgende Maßnahme zu einem Unternehmenskauf). Teil L. (55 Seiten) schließt das Werk mit Mustern zu sonstigen post-akquisitorischen Maßnahmen, namentlich dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag sowie einem squeeze out.

Die Unternehmenskaufmuster sind deutlich von der angelsächsischen Praxis geprägt. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Ausführlichkeit der Regelungen (das erste share-deal-Muster umfasst immerhin 77 Seiten), denen konsequent ein Inhaltsverzeichnis und – bei kleineren Unternehmenskäufen eher unüblich – ein „Verzeichnis der Definitionen“ vorangestellt wird. Auf die Verwendung englischer Rechtsbegriffe wird – ebenso konsequent – verzichtet, da sämtlichen Transaktionen deutsches Recht zugrunde gelegt wird.

Im deutschen Recht zwar angelegt, aber jedenfalls bei kleineren und nicht angelsächsisch geprägten Unternehmenskäufen eher unüblich ist die (im Besprechungswerk „bei komplexeren Transaktionen“ als „üblich“ bezeichnete und dort überwiegend zugrunde gelegte) Aufspaltung in ein Verpflichtungs- und ein Erfüllungsgeschäft (bezeichnet als two-step-Modell signing/closing); Letzteres besteht bei einem share deal im Wesentlichen aus der Abtretung der Anteile. Die hierdurch verursachten Mehrkosten bei der Beurkundung scheinen bei den „großen“ Deals offenbar eine eher untergeordnete Bedeutung zu spielen (Anm. 10 zu Muster C. II.1): „Einen gewissen Nachteil hat das ...-Modell bei den Notarkosten ...“. Ein bisschen verwundert der Nachsatz: „Hier sind aber in der Praxis Gestaltungen möglich, die eine volle doppelte Kostenbelastung vermeiden.“ Um welche Gestaltungen es sich hierbei handeln soll, wird jedoch – jedenfalls dort – nicht näher ausgeführt. An anderer Stelle (Anm. 2 zu Muster C. II.1; siehe auch dort Anm. 123) wird darauf hingewiesen, dass „die bisherige transaktionsrechtliche Praxis reine Geschäftsanteilsabtretungen jedenfalls dann weiterhin überwiegend in der Schweiz (beurkundet), wenn der dadurch zu erzielende Kostenvorteil den Mehraufwand ... rechtfertigt“. Zutreffend wird hierbei dann die Werthöchstgrenze von 60 Mio. € erwähnt und daraus der Schluss gezogen: „Angesichts dessen dürfte die Motivation für Beurkundungen in der Schweiz tendenziell abnehmen.“ Überraschenderweise nicht erwähnt wird dort jedoch § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO, wonach die Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung lediglich eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr auslöst, wenn bereits das Verpflichtungsgeschäft beurkundet wurde.

Fast durchgängig wird der für die Wirksamkeit eines Vertrags sicherste Weg propagiert. Beim Kauf einer GmbH & Co. KG wird von der Aufspaltung in eine privatschriftliche Kommanditeilsübertragung und eine beurkundete Geschäftsanteilsabtretung abgeraten (vgl. Anm. 2 zu Muster C. IV.2); auch die Beurkundung der Kommanditeilsübertragung im Rahmen des closing wird empfohlen (Anm. 2 zu Muster C. IV.4).

Eine Vielzahl von beurkundungspflichtigen Mustern lässt freilich aus dem Urkundeneingang in keiner Weise erkennen, dass es sich um einen zu beurkundenden Vertrag handelt; im

Wesentlichen ist ein „richtiger“ Urkundeneingang nur bei den Umwandlungsmustern im Teil K. vorhanden.

„Gewagt“ erscheint mir beim Muster zum asset deal der Vorschlag (Anm. 6 zu Muster D. I.), beim Mitverkauf eines Grundstücks den Grundstückskauf in einer gesonderten notariellen Urkunde zu beurkunden, und zwar erst beim closing; dies dürfte dazu führen, dass der „restliche“ Unternehmenskauf i. d. R. (§ 139 BGB) bis dahin formnichtig und ohne jegliche Bindung für die Vertragsteile ist.

Das Muster K. II.2 enthält eine Grundsatzvereinbarung über den Zusammenschluss zweier AGs durch eine Verschmelzung. Ob diese Vereinbarung einer speziellen Form bedarf, wird in den Erläuterungen nicht angesprochen. Überhaupt bleibt mir die rechtliche Einordnung dieses Vertrags etwas nebulös. In § 11 des Musters ist vorgesehen, dass die Durchführung des in der Grundsatzvereinbarung vereinbarten Zusammenschlusses die Zustimmung der beiden Hauptversammlungen zu der in dieser Grundsatzvereinbarung vorgesehenen Verschmelzung voraussetzt. Die Grundsatzvereinbarung enthält zwar die überwiegenden Eckdaten der Verschmelzung, nach den Erläuterungen zum Muster soll die Verschmelzung jedoch in einer separaten Urkunde erfolgen (Anm. 4 zum Muster). Der Grundsatzvereinbarung soll jedoch bereits verbindliche Wirkung zukommen (vgl. Anm. 4 zum Muster), und zwar auch über die im Muster enthaltenen break-fee-Vereinbarung hinaus; dies drückt sich z. B. auch in den vereinbarten Rücktrittsrechten gemäß § 12 aus. Letztlich dürfte die Frage der Rechtsverbindlichkeit, ggf. mit Ausnahme der break-fee-Vereinbarung, kaum praxisrelevant werden, da eine gerichtliche Durchsetzbarkeit wegen der erforderlichen Zustimmungen der Hauptversammlungen im Ergebnis bis zur Beurkundung der Verschmelzung und der Zustimmungsbeschlüsse von keinem Vertragsteil durchgesetzt werden kann.

Etwas intransparent ist die Darstellung der Muster zum Beteiligungserwerb durch Kapitalerhöhung (Teil F.); zu finden sind hier zunächst die üblichen Muster zur Sachkapitalerhöhung samt (dinglichem) Einbringungsvertrag. In der Anmerkung wird zutreffend darauf hingewiesen (vgl. Anm. 1 zu Muster F. I.4), dass üblicherweise noch ein zusätzlicher Unternehmenskauf bzw. eine Gesellschaftervereinbarung bzw. ein schuldrechtlicher Einbringungsvertrag zu schließen ist; ein entsprechendes Muster ist jedoch nicht abgedruckt. Lediglich für den Spezialfall einer venture-capital-Beteiligung sind diese dann in einem eigenen Kapitel V. des Teils F. enthalten.

Muster und Anmerkungen zeigen, dass die Autoren im M&A-Bereich praxiserfahren und kompetent sind. Allerdings setzt das Buch beim Leser schon gewisse Grundkenntnisse in diesem Bereich voraus – es handelt sich nicht um ein Einführungsbuch für einfache Unternehmenskäufe. Auf steuerliche Hinweise wird weitgehend verzichtet – für den Notar, der solche größeren Transaktionen beurkundet, auch durchaus entbehrlich, weil hier die steuerlichen Parameter praktisch immer durch Steuerfachleute geklärt sind.

Fast schon ein bisschen überraschend ist, dass vereinzelt offenbar neuere Rechtsprechung unbemerkt geblieben ist. Bei der Darstellung des Formwechsels einer GmbH in eine GmbH & Co. KG wird die traditionelle „Treuhandlösung“ propagiert; in Anm. 4 zum Muster K. IV.1 fehlt ein Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 9.5.2005, DStR 2005, 1539 = DNotZ 2005, 864, der eine zwischengeschaltete Treuhand für entbehrlich hält; die etwas umständliche Treuhandlösung erscheint nicht mehr notwendig.

Insgesamt enthält das Formularbuch zahlreiche Muster aus kompetenter Hand mit vielen hilfreichen Erläuterungen zum Unternehmenserwerb im erweiterten Sinne, wobei der klare

Schwerpunkt bei „großen“ Deals liegt, was beispielsweise daraus ersichtlich ist, dass bei sämtlichen Unternehmenserwerben von der Notwendigkeit eines Fusionskontrollverfahrens ausgegangen wird. Die Muster sind deutlich von der angelsächsischen M&A-Praxis geprägt, was sich z. B. an der regelmäßigen Aufspaltung in ein Verpflichtungs- und ein Erfüllungsgeschäft in getrennten Urkunden zeigt. Für kleinere Unternehmenskäufe eines „Durchschnitts-Notars“ sind viele

Muster deshalb nicht ohne weiteres passend. Zielgruppe des Buchs bei den Notaren sind deshalb eher diejenigen, die zumindest gelegentlich größere Unternehmenskäufe beurkunden; will man auch hier (bei den meist von einer Anwaltskanzlei vorbereiteten Verträgen) ein kompetenter Ansprechpartner im Vorfeld und in der Beurkundung selbst sein, stellt das Buch eine sicherlich sehr wertvolle Hilfe dar.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Winkler: Beurkundungsgesetz. 16., neu bearb. Aufl., Beck, 2008. 870 S., 90 €

Wenn man das Buch neben die 2003 erschienene – in dieser Zeitschrift von *Vollhardt* (MittBayNot 2004, 113) besprochene – 15. Auflage ins Regal stellt, erschrickt man zunächst ein bisschen: Ist der Umfang wirklich auf fast das Doppelte angewachsen? Hat sich im Beurkundungsrecht tatsächlich so viel geändert? Im Grunde sind doch in den letzten Jahren in das Beurkundungsgesetz lediglich die §§ 20 a (Hinweispflicht auf das Zentrale Vorsorgeregister) und 39 a BeurkG (Elektronische Beglaubigung) eingefügt worden. Schnell erweist sich aber: Der Verlag hat lediglich stärkeres Papier verwendet und die Erweiterungen halten sich im üblichen Rahmen.

Was die Aktualität anlangt, hinterlässt das Buch zunächst einen etwas zwiespältigen Eindruck: Das Literaturverzeichnis kennt noch die (nach 1945 nicht mehr erschienene) BayNotZ (welcher Kollege hatte je einen Band in der Hand?), aber noch nicht die RNotZ als Nachfolgerin der MittRhNotK und zitiert den „Korintenberg“ nach der 15. Auflage. Im Sachregister (nicht dagegen im Text!) gibt es noch Fideikommissachen, und bei § 41 BeurkG wird das EHUG zwar erwähnt, die bisherige Kommentierung ist aber gleichwohl stehengeblieben (einschließlich der Diskrepanz zwischen § 41 Rdnr. 20 und § 63 Rdnr. 2 hinsichtlich der Zuständigkeit der Urkundspersonen nach Landesrecht). Nicht glücklich ist auch – ganz gleich, ob man die gesetzgeberische Entscheidung ähnlich kritisch sieht wie *Winkler* –, dass der seit 2002 infolge der Entscheidung des BVerfG zum Testament schreibunfähiger Stummer aufgehobene § 31 BeurkG nach wie vor im Wesentlichen so kommentiert wird, als gelte er noch.

Aber dieser erste Eindruck täuscht: Das am 1.7.2008 in Kraft tretende Rechtsdienstleistungsgesetz ist (bei § 3) bereits berücksichtigt, und die Kommentierung zu den §§ 39 a und 42 BeurkG gibt auch demjenigen, der den technischen Neuerungen innerlich ferner steht, einen hervorragenden Überblick über Möglichkeiten und Grenzen des elektronischen Rechtsverkehrs. Und auch wenn an manchen Stellen Überholtes etwas konsequenter abgeschichtet werden sollte – alle wesentlichen Entscheidungen sind nicht nur zitiert, sondern wirklich verarbeitet, meist mehr referierend als wertend, und wenn dann vorsichtig und abwägend. Dass Vorschläge als „abwegig“ bezeichnet werden (wie etwa – mit Recht! – die Anwendung von medizinischen Testverfahren zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit, § 11 Rdnr. 14), bleibt die Ausnahme.

In der Kommentierung zum neuen § 20 a BeurkG beanstandet *Winkler* zutreffend, dass die Vorschrift nur für die Beurkundung, nicht aber die Beglaubigung einer Vorsorgevollmacht gilt und ihren Zweck daher nur unvollkommen erreichen kann. Allerdings würde wohl jeder Kollege bei Vorsorgevollmachten auch dann auf die Einrichtung des Zentralen Vorsorgeregisters hinweisen, wenn es § 20 a BeurkG nicht gäbe.

Wie schon in den Voraufgaben, bildet die Kommentierung zu § 17 BeurkG ein Kernstück des Kommentars. Auch hier sind die Ausführungen außerordentlich abgewogen – manchmal vielleicht ein bisschen zu sehr, etwa bei der Frage, ob die Einhaltung der Frist des § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG in der Urkunde dokumentiert werden soll. *Winkler* stellt mit Recht fest, dass eine Dokumentation nicht gesetzlich vorgeschrieben und auch sonst nicht erforderlich ist (§ 17 Rdnr. 200), meint dann aber, ein Vermerk „könne sich empfehlen“. Anders gesagt: Der Kommentar nimmt zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung. Ich meine: Wenn der Notar den „beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts“ (so die sprachlich schwache Formulierung des Gesetzes) nicht selbst an den Verbraucher versandt hat, ist der Vermerk, die Zweiwochenfrist sei eingehalten worden, in jedem Fall sinnlos. Ist die Erklärung des Verbrauchers richtig, dann ist sie überflüssig; ist sie dagegen unrichtig, ändert auch der Vermerk nichts daran, dass die Frist nicht eingehalten wurde und der Notar, wenn er die Unrichtigkeit erkennen kann, eine Amtspflicht verletzt hat. Und auch darüber, ob ein Vermerk des Inhalts, dass die Zweiwochenfrist ausnahmsweise nicht eingehalten wurde, im Ernstfall mehr nutzt als schadet, kann man sicherlich streiten. Die Kommentierung zu § 17 BeurkG enthält übrigens auch eine Einführung in die Notarhaftung bei Verletzung der Informationspflicht; das ist sehr nützlich, weil dadurch auch demjenigen, der die Erfordernisse des § 17 BeurkG nicht schon aus innerer Überzeugung beachtet, deutlich vor Augen geführt wird, welche Folgen die Pflichtverletzung haben kann.

Darüber hinaus beschränkt sich der Kommentar auch zu anderen Themen nicht auf die beurkundungsrechtliche Seite, sondern gibt Anwendungshinweise, etwa bei § 18 BeurkG, der die Pflicht zum Hinweis auf Genehmigungserfordernisse statuiert. Allerdings mögen hier bei gesetzlichen Regelungen, die erfahrungsgemäß raschem Wechsel unterworfen sind, Zweifel erlaubt sein, ob ihre Darstellung in einem gedruckten Buch, das man über einige Jahre benutzen will, sinnvoll ist. So versucht § 18 Rdnr. 16 beispielsweise, die landesrechtlichen Regelungen zum GrdstVG darzustellen, leider sind aber dabei die in Sachsen-Anhalt bereits zum 1.1.2005 eingeführten Freigrenzen noch nicht berücksichtigt. Ich glaube allerdings auch nicht, dass man für diese Information zu einem Kommentar zum Beurkundungsgesetz greifen würde, so dass es möglicherweise zweckmäßiger wäre, hier auf regelmäßig aktualisierte Erkenntnismittel, etwa die Website des DNotI, zu verweisen.

Das sind freilich Marginalien. Insgesamt bestätigt die Lektüre des Kommentars den Eindruck, den auch bereits die Rezensionen der Voraufgaben hatten: Es handelt sich um *das* Standardwerk zum Beurkundungsrecht, in dem man zu allen sich praktisch stellenden Fragen zuverlässige Informationen findet.

Notar Dr. *Wolfram Waldner*, M. A., Bayreuth

RECHTSPRECHUNG

1. Richtlinie 2000/35/EG Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii (*Gutschrift als maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtzeitigkeit der Zahlung bei Überweisungen*)

Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ist dahin auszulegen, dass bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag dem Konto des Gläubigers rechtzeitig gutgeschrieben sein muss, wenn das Entstehen von Verzugszinsen vermieden oder beendet werden soll.

EuGH, Urteil vom 3.4.2008, C-306/06

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 200, S. 35).

Dieses Ersuchen ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der 01051 Telecom GmbH (im Folgenden: 01051 Telecom) und der Deutsche Telekom AG (im Folgenden: Deutsche Telekom) um die Zahlung von Verzugszinsen wegen vermeintlich zu spät gezahlter Rechnungsentgelte.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

Die Richtlinie 2000/35 will bestimmte Aspekte der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr harmonisieren.

Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis c der Richtlinie 2000/35 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen Folgendes sicher:

- a) Zinsen gemäß Buchstabe d) sind ab dem Tag zu zahlen, der auf den vertraglich festgelegten Zahlungstermin oder das vertraglich festgelegte Ende der Zahlungsfrist folgt.
- b) Ist der Zahlungstermin oder die Zahlungsfrist nicht vertraglich festgelegt, so sind Zinsen, ohne dass es einer Mahnung bedarf, automatisch zu zahlen:
 - i) 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung beim Schuldner, oder
 - ii) wenn der Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung unsicher ist, 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Empfangs der Güter oder Dienstleistungen, oder
 - iii) wenn der Schuldner die Rechnung oder die gleichwertige Zahlungsaufforderung vor dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen erhält, 30 Tage nach dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen, oder
 - iv) wenn ein Abnahme- oder Überprüfungsverfahren, durch das die Übereinstimmung der Güter oder Dienstleistungen mit dem Vertrag festgestellt werden soll, gesetzlich oder vertraglich vorgesehen ist und wenn der Schuldner die Rechnung oder die gleichwertige Zahlungsaufforderung vor oder zu dem Zeitpunkt, zu dem die Abnahme oder Überprüfung erfolgt, erhält, 30 Tage nach letzterem Zeitpunkt.

c) Der Gläubiger ist berechtigt, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er

- i) seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat und
- ii) den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

01051 Telecom und Deutsche Telekom bieten Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit und für Netzbetreiber an. Deutsche Telekom bietet darüber hinaus für andere Netzbetreiber wie 01051 Telecom Fakturierungsleistungen an.

Diese beiden Gesellschaften sind seit 1998 durch einen Zusammenschaltungsvertrag miteinander verbunden, nach dem sie sich die im Rahmen dieses Vertrags erbrachten Leistungen wechselseitig in Rechnung stellen und auf dieser Grundlage Rechnungsentgelte verrechnen. Der Vertrag wurde mehrfach geändert. Seine von beiden Parteien vor dem vorlegenden Gericht zugrunde gelegte Fassung vom 26.6.2002 enthält die folgenden Klauseln:

„17.4 Fälligkeit

Die Entgeltforderungen zwischen den Vertragspartnern werden mit Zugang der Rechnung fällig.

Der Rechnungsbetrag ist auf ein in der Rechnung angegebenes Konto zu zahlen.

17.5 Zahlungsverzug

Der Verzug tritt, sofern er nicht bereits mit einer Mahnung begründet wurde, 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung ein.

Kommt einer der Vertragspartner mit den Zahlungen in Verzug, so wird folgender Schadensersatz berechnet:

– Verzugszinsen in Höhe von 8 % über dem im Verzugszeitraum geltenden Basiszinssatz gemäß § 247 BGB;

...“

Im Jahr 2001 schlossen 01051 Telecom und Deutsche Telekom einen Fakturierungs- und Inkassovertrag, der in Ziff. 8 folgende Klausel enthält:

„Der Vertragspartner kann jeweils in der Mitte und am Ende eines Kalendermonats in einer Rechnung die von ihm gelieferten und von der Deutschen Telekom als fakturierbar erkannten Nettoentgelte zu den Leistungen zuzüglich Umsatzsteuer mit der Deutschen Telekom abrechnen. ... Der Rechnungsbetrag muss spätestens 30 Tage nach dem Zugang der Rechnung auf dem in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben oder verrechnet sein.“

Im Rahmen ihrer Klage vor dem in erster Instanz befassen LG Bonn vertrat 01051 Telecom die Auffassung, dass die Klausel in Ziff. 8 des Fakturierungs- und Inkassovertrags auch im Rahmen des Zusammenschaltungsvertrags anwendbar sei. Sie verlangte von Deutsche Telekom daher jeweils dann, wenn nach der von dieser Gesellschaft vorgenommenen Verrechnung ein Restbetrag verblieb, Verzugszinsen, die sie

für einen Zeitraum vom 30. Tag nach Zugang der betreffenden Rechnung bis zur Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto von 01051 Telecom ermittelte.

Das LG Bonn hat der Klage teilweise stattgegeben und ausgeführt, dass die von Deutsche Telekom geschuldete Leistung nicht nur in der Vornahme der Überweisung des zu zahlenden Betrags, sondern in dessen Gutschrift auf dem Konto von 01051 Telecom bestanden habe. Diese Schlussfolgerung ergebe sich zwingend aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35, wonach der Gläubiger berechtigt sei, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag „nicht rechtzeitig erhalten“ habe. Entgegen der bisher in Deutschland vorherrschenden Auslegung werde der Zahlungsverzug somit nicht durch die verspätete Durchführung des Zahlungsauftrags, sondern dadurch begründet, dass der Gläubiger den geschuldeten Betrag verspätet erhalte.

Deutsche Telekom legte beim OLG Köln Berufung gegen das Urteil des LG Bonn ein und trat der Wertung des erstinstanzlichen Gerichts entgegen. Das vorlegende Gericht weist in seinem Vorabentscheidungsersuchen darauf hin, dass eine Leistung im Fall einer Banküberweisung nach der überwiegenden Auslegung durch die Gerichte in Deutschland als rechtzeitig angesehen werde, wenn, erstens, der Überweisungsauftrag vor Ablauf der Zahlungsfrist beim Geldinstitut des Schuldners eingehe, zweitens, das Konto des Schuldners gedeckt sei oder eine Kreditusage in ausreichender Höhe vorliege und schließlich dieses Geldinstitut den Überweisungsauftrag fristgerecht annehme.

Das vorlegende Gericht räumt jedoch ein, dass eine bestimmte Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35 zu einer anderen Wertung führen könne. Insbesondere könne die Verwendung der Begriffe „erhalten“, „received“ und „reçu“ in der deutschen, der englischen und der französischen Sprachfassung der Richtlinie darauf hinweisen, dass der geschuldete Betrag vor Ablauf der Zahlungsfrist auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben sein müsse, um einen Zahlungsverzug im Sinne der Richtlinie zu vermeiden.

Daher hat das OLG Köln das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht eine nationale Regelung, dass es für die den Eintritt des Schuldnerverzugs vermeidende oder den eingetretenen Schuldnerverzug beendende, per Banküberweisung abgewickelte Zahlung nicht auf den Zeitpunkt der Gutschrift des Betrags auf dem Gläubigerkonto, sondern auf den Zeitpunkt des von dem Schuldner bei ausreichender Kontodeckung oder entsprechendem Kreditrahmen erteilten und von der Bank angenommenen Überweisungsauftrags ankommt, in Einklang mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35?

Zur Vorlagefrage

Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, zu welchem Zeitpunkt eine Zahlung durch Banküberweisung im Rahmen eines Geschäftsvorgangs als rechtzeitig bewirkt anzusehen ist, so dass für die Forderung keine Verzugszinsen nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35 zu zahlen sind. (...)

Zur Beantwortung der vom vorlegenden Gericht gestellten Frage ist vorab daran zu erinnern, dass die Richtlinie, wie die Deutsche Telekom sowie die deutsche, die österreichische und die finnische Regierung ausführen, zwar keine vollständige Harmonisierung aller Vorschriften im Zusammenhang

mit dem Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vornimmt, jedoch einige spezifische Bestimmungen in diesem Bereich enthält. Zu diesen gehören, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, die Bestimmungen über Zinsen bei Zahlungsverzug (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26.10.2006, Kommission/Italien, C-02/05, Slg. 2006, I-0597, Rdnr. 23).

Nach der Festlegung einer Zahlungsfrist von 30 Tagen in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i, die bei fehlender vertraglicher Festlegung gilt, sieht die Richtlinie 2000/35 insoweit in demselben Absatz unter Buchst. c Ziff. ii vor, dass der Gläubiger berechtigt ist, gegenüber dem Schuldner Zinsen insoweit geltend zu machen, als er „den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist“.

Aus dem Wortlaut letzterer Bestimmung ergibt sich somit ausdrücklich, dass die Zahlung des Schuldners im Hinblick auf die Fälligkeit von Verzugszinsen als verspätet angesehen wird, wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig über den geschuldeten Betrag verfügt. Bei einer durch Banküberweisung abgewickelten Zahlung versetzt aber nur die Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto des Gläubigers diesen in die Lage, über diesen Betrag zu verfügen.

Diese Auslegung wird durch die verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie 2000/35 gestützt, die übereinstimmend auf einen Erhalt des geschuldeten Betrags innerhalb der Zahlungsfrist abstellen. Dies gilt insbesondere für die Begriffe „erhalten“, „received“, „reçu“ und „ricevuto“ in der deutschen, der englischen, der französischen und der italienischen Sprachfassung der Richtlinie 2000/35.

Im Übrigen ergibt sich klar aus den vorbereitenden Arbeiten zu der Richtlinie, dass der Begriff „erhalten“ nicht zufällig in die Richtlinie gelangt ist, sondern vom Gemeinschaftsgesetzgeber bewusst gewählt worden ist. Wie die Kommission hervorhebt, wurde nämlich in den Beratungen, die dem Erlass dieser Richtlinie im Rat der Europäischen Union vorausgingen, diesem Begriff der Vorzug vor mehreren Ausdrücken gegeben, die im Hinblick auf die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem eine Zahlung im Rahmen eines Geschäftsvorgangs als fristgerecht bewirkt anzusehen ist, weniger genau sind.

Außerdem steht die Auslegung, wonach die Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto des Gläubigers das für die Zahlung entscheidende Kriterium ist, da sie auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem der geschuldete Betrag diesem Gläubiger sicher zur Verfügung steht, in Einklang mit dem von der Richtlinie 2000/35 verfolgten Hauptziel, wie es u. a. aus ihren Erwägungsgründen 7 und 16 hervorgeht, nämlich dem Schutz des Inhabers einer Geldforderung.

Hinzuzufügen ist schließlich, dass eine solche Lesart von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie durch die Auslegung des Gerichtshofs in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts bestätigt erscheint. So ist, wie 01051 Telecom ausführt, der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen, dass die Gutschrift auf dem Konto der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften das entscheidende Kriterium für die Feststellung ist, ob ein Mitgliedstaat, der der Kommission einen bestimmten Geldbetrag zur Verfügung zu stellen hat, seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und er folglich zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12.6.2003, Kommission/Italien, C-63/00, Slg. 2003, I-767, Rdnr. 42, 43 und 46).

Mithin ist der Zeitpunkt, der für die Beurteilung maßgeblich ist, ob eine Zahlung durch Banküberweisung im Rahmen eines Geschäftsvorgangs als rechtzeitig bewirkt anzusehen ist, so dass für die Forderung keine Verzugszinsen nach dieser

Bestimmung zu zahlen sind, der Zeitpunkt, zu dem der geschuldete Betrag auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben wird.

Dieses Ergebnis kann durch das Vorbringen insbesondere der finnischen Regierung, wonach eine derartige Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35 dazu führen würde, dem Schuldner in unangemessener Weise die Gefahr für die Bearbeitungsfristen von Bankgeschäften aufzuerlegen, nicht in Frage gestellt werden.

Insoweit genügt die Feststellung, dass diese Bestimmung am Ende gerade vorsieht, dass der Schuldner nicht für Verzögerungen verantwortlich gemacht werden kann, die ihm nicht zugerechnet werden können. Mit anderen Worten, die Richtlinie 2000/35 selbst schließt die Zahlung von Verzugszinsen in den Fällen aus, in denen der Zahlungsverzug nicht die Folge des Verhaltens eines Schuldners ist, der den üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen sorgfältig Rechnung getragen hat.

Im Übrigen ist es, wie die tschechische Regierung bemerkt, im Geschäftsverkehr üblich, dass Vorschriften oder Vertragsbestimmungen die für die Durchführung von Banküberweisungen erforderlichen Fristen regeln, so dass ein Schuldner in der Lage ist, solche Fristen vorzusehen und daher das Entstehen von Verzugszinsen zu vermeiden.

Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35 dahin auszulegen ist, dass bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag dem Konto des Gläubigers rechtzeitig gutgeschrieben sein muss, wenn das Entstehen von Verzugszinsen vermieden oder beendet werden soll.

Anmerkung:

Nach dem Urteil des EuGH steht fest: Für die Frage des Zahlungsverzugs kommt es nach der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (nachfolgend Verzugs-Richtlinie)¹ nicht auf den rechtzeitigen Eingang des Überweisungsauftrags, Kontodeckung und den Abschluss des Überweisungsvertrages mit dem Kreditinstitut an,² sondern auf die rechtzeitige Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto des Gläubigers.³

Die Entscheidung des EuGH zu kritisieren, soll nicht Gegenstand der Anmerkung sein.⁴ Vielmehr interessieren die Auswirkungen der Entscheidung auf die Auslegung und Anwendung deutschen Rechts sowie auf die notarielle Praxis. Die Verzugs-Richtlinie regelt u. a. den Verzug mit Entgeltforderungen im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern. Diese Vorgaben wurden in Deutschland insbesondere in den §§ 280, 286, 288, 247, 269, 270 BGB umgesetzt. Von der Richtlinie nicht erfasst werden hingegen Rechtsverhältnisse mit Verbraucherbeteiligung. Gleichwohl gelten die genannten Paragraphen des deutschen Rechts auch für solche Sachverhalte. Man spricht von einer sog. überschießenden Richtlinienum-

setzung.⁵ Das führt erstens zu der Frage, wie das EuGH-Urteil bei Sachverhalten im Regelungsbereich der Verzugs-Richtlinie umzusetzen ist. Zweitens ist zu untersuchen, ob das Urteil auch Auswirkungen auf Sachverhalte hat, die nicht von der Richtlinie erfasst werden.⁶

I. Umsetzung des EuGH-Urteils bei Sachverhalten im Regelungsbereich der Richtlinie

Im Regelungsbereich der Richtlinie gilt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, wie es der EuGH in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat.⁷ Danach müssen die nationalen Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der fraglichen Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen. Die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des nationalen Richters ist zwar nicht Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts. Ermöglicht es das nationale Recht jedoch durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.

1. Richtlinienkonforme Auslegung der deutschen Verzugsregelungen

Die genannten Vorschriften, insbesondere die §§ 269, 270 BGB sind also nach dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung so auszulegen, dass Verzug (vorbehaltlich der weiteren Voraussetzungen) bereits dann eintritt, wenn eine *rechtzeitige Gutschrift* beim Gläubiger nicht erfolgte.⁸ Ein solches Ergebnis weicht von der bisherigen Rechtsprechung durch die obersten deutschen Gerichte ab. Danach hatte der Schuldner bei Überweisungen mit Vornahme der o. g. Leistungshandlung das seinerseits Erforderliche getan.⁹ Das Risiko einer durch die Bearbeitung bei der Bank entstehenden Verspätung trug der Gläubiger. Die die Überweisung ausführende Bank des Schuldners war nach herrschender Meinung auch nicht Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB.¹⁰ Mit Vornahme der genannten Leistungshandlung hatte der Schuldner den Verzug abgewendet.¹¹

Dieses Ergebnis ist nach dem Urteil des EuGH nicht mehr zu halten. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

⁵ Umfassend zur überschießenden Richtlinienumsetzung allgemein: *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006; *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913; *Riehm*, JZ 2006, 1035.

⁶ Ausführlich zur richtlinienkonformen Auslegung von Sachverhalten innerhalb und außerhalb des Regelungsbereichs von Richtlinien *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 61 ff.

⁷ Vgl. z. B. EuGH, C-106/89, Slg. 1990, I-4135 – *Marleasing*; C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 – *Pfeiffer* u. a.; C-212/04, NJW 2006, 2465 – *Adeneler*.

⁸ Dies fordert im Ergebnis bereits seit langem *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 1 Rdnr. 480.

⁹ BGH, NJW 1964, 499; OLG Nürnberg, NJW-RR 2000, 800.

¹⁰ *Palandt/Heinrichs*, § 270 Rdnr. 6; für eine Zurechnung von Verzögerungen durch zwischengeschaltete Kreditinstitute aber *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 1 Rdnr. 481.

¹¹ *MünchKommBGB/Krüger*, 5. Aufl., § 270 Rdnr. 17.

¹ Abl. L 200, S. 35.

² *Palandt/Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., § 270 Rdnr. 7 (so das Verständnis seit Einführung des § 676 a BGB); kritisch *Staudinger/Bittner*, BGB, 2004, § 270 Rdnr. 33; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Teil 1 Rdnr. 480 f.

³ Diesen Unterschied zur Rechtslage in Deutschland erkannte bereits *Gsell*, ZIP 1998, 1572.

⁴ Kritisch setzt sich *Gsell*, GPR 2008, 165, mit der Entscheidung auseinander.

zwingt dazu, auf die rechtzeitige Gutschrift beim Gläubiger abzustellen.¹² Allerdings stellt sich die Frage, ob nunmehr durch das Urteil des EuGH die gesamte deutsche Dogmatik zur Gefahrtragung sowie zum Leistungs- und Erfolgsort in Frage gestellt wird. Dies ist nicht der Fall. Der EuGH betont, dass dem Schuldner nicht die Gefahr für die Bearbeitungsfristen von Banken auferlegt wird. Für Verzögerungen, die ihm nicht zugerechnet werden können, ist der Schuldner nicht verantwortlich. Der Schuldner haftet also auch in Zukunft nicht gemäß § 278 BGB für eine Verzögerung durch die überweisende Bank. Auch zwingt die Richtlinie nicht dazu, die Leistungshandlung am Wohnsitz des Gläubigers auszuführen und somit eine Bringschuld zu begründen.

Eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts ist aber durchaus möglich.¹³ Sie setzt nur an einem anderen Punkt an. Die deutsche Rechtsprechung verlangt für die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung, dass der Schuldner das zur Übermittlung des Geldes *seinerseits Erforderliche* getan hat. Das „Erforderliche“ ist in richtlinienkonformer Auslegung nunmehr dahingehend zu verstehen, dass neben der Kontodeckung der Überweisungsauftrag so rechtzeitig bei der Bank eingehen muss, dass den „üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen Rechnung getragen“ ist, um eine fristgemäße Gutschrift beim Gläubiger zu gewährleisten.¹⁴ Diese Auslegung des deutschen Rechts entspricht dem Richtlinienverständnis des EuGH und dürfte dogmatisch ohne Probleme zu bewältigen sein, ohne die Grenzen der Auslegung zu überschreiten.¹⁵ Eine Bringschuld wird hierdurch nicht begründet. Eine solche liegt nur dann vor, wenn der Schuldner die Leistung dem Gläubiger in einer den Annahmeverzug begründenden Weise am Wohnsitz des Gläubigers tatsächlich anbieten muss.¹⁶ Das Erfordernis einer Bringschuld bei Überweisungen lässt sich dem EuGH-Urteil auch nicht entnehmen.¹⁷

Durch die genannte Auslegung wird letztlich nicht einmal die Verzögerungsgefahr dem Schuldner zugewiesen,¹⁸ da außerhalb der Ausführungsfristen von der Bank verursachte Verzögerungen dem Schuldner gerade nicht zuzurechnen sind. Es werden also lediglich die Erfordernisse der *Leistungshandlung* modifiziert.¹⁹

12 § 270 Abs. 1 BGB betrifft nach h. M. nicht die Verzögerungs-, sondern nur die Verlustgefahr. Für die Gefahr der Verzögerung gilt § 269 BGB (i. V. m § 270 Abs. 4 BGB). Vgl. BGH, NJW 1964, 499; MünchKommBGB/Krüger, § 270 Rdnr. 16 ff.; *Staudinger/Selb*, 12. Aufl., § 270 Rdnr. 11. Ob die gleiche Problematik auch bei Verlust besteht und § 270 Abs. 1 BGB in diesem Fall gemeinschaftsrechtswidrig ist, muss hier nicht entschieden werden.

13 Falls man der Auffassung sein sollte, dass eine solche Auslegung nicht möglich ist, wäre eine Gesetzesänderung aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen unumgänglich.

14 So auch *Gsell*, GPR 2008, 165, 168; im Ergebnis bereits *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 1 Rdnr. 480; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt, wer auch schon bisher bei der Verzögerungsgefahr von Geldschulden eine modifizierte Bringschuld annahm, vgl. *Staudinger/Bittner*, § 270 Rdnr. 36 ff. m. w. N.

15 So auch *Gsell*, GPR 2008, 165.

16 *Palandt/Heinrichs*, § 294 Rdnr. 2.

17 So auch *Gsell*, GPR 2008, 165, 168.

18 Die Qualifikation der Geldschuld als qualifizierte Schickschuld betrifft nach h. M. nur die Verlustgefahr, nicht hingegen die Verzögerungsgefahr, vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 270 Rdnr. 6; MünchKommBGB/Krüger, § 270 Rdnr. 1 f./16.

19 *Gsell*, GPR 2008, 165, 169, plädiert überzeugend dafür, das Urteil zum Anlass zu nehmen, bei Geldschulden generell eine modifizierte Bringschuld anzunehmen.

2. Regelungsbedarf für die notarielle Praxis

Ob eine solche Anwendung der deutschen Verzugsvorschriften in Zukunft durch die deutschen Gerichte erfolgen wird, erscheint dennoch ungewiss, da bei der Umsetzung einer richtlinienkonformen Auslegung oftmals Unsicherheiten in methodischer Hinsicht herrschen.²⁰ Umso wichtiger ist es, bei der Vertragsgestaltung eine zweifelsfreie Regelung zu wählen.

Ist in der Urkunde von „Verzug“ die Rede, so ist nicht klar, ob damit auf das bisherige Verständnis oder eine eventuelle richtlinienkonforme Auslegung Bezug genommen wird. Die Beteiligten werden auch weiterhin zunächst überwiegend von der bisherigen Rechtslage ausgehen (sofern diese überhaupt bekannt war²¹). Auf die Frage, ob eine Klarstellung in der Urkunde erfolgen *muss*, soll hier nicht näher eingegangen werden. Angesichts der aus der ungewissen Rechtsanwendung folgenden unklaren Rechtslage, ist aber eine Regelung bzw. Klarstellung dringend zu empfehlen.

Teilweise wurde schon bisher angeregt, auf die rechtzeitige Gutschrift beim Gläubiger abzustellen, da dies den Interessen der Beteiligten eher gerecht werde.²² Angesichts des verschuldensunabhängigen Ersatzanspruchs gegen das Kreditinstitut gemäß § 676 b BGB und der sonstigen Ansprüche aus Leistungsstörungen des Überweisungsvertrages (§ 676 c BGB) erscheint diese zusätzliche Pflicht des Schuldner auch durchaus hinnehmbar.²³ Eine entsprechende Regelung könnte daher z. B. lauten:

Der Kaufpreis muss innerhalb von zwei Wochen auf dem Empfängerkonto gutgeschrieben sein nach Zugang einer Mitteilung des Notars beim Käufer ...

Allgemein kann auch folgender Zusatz verwendet werden:

Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist die Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Empfängerkonto maßgeblich.

Angesichts der Dauer der Überweisung sollte eine nicht zu kurze Zahlungsfrist gewählt werden. Unter Berücksichtigung der Ausführungsfristen in § 676 a Abs. 2 Satz 2 BGB erscheint eine Woche etwas knapp. Zehn oder vierzehn Tage sollten es mindestens sein.²⁴

Da die Richtlinie vertraglich abweichende Regelungen grundsätzlich zulässt,²⁵ kann auch eine die bisherige Rechtslage aufrechterhaltende Formulierung gewählt werden. Dies dürfte aber recht umständlich sein.²⁶

20 Ausführlich zur Methodik der richtlinienkonformen Auslegung *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003.

21 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 1 Rdnr. 480 ist der Auffassung, dass sich bei der Vereinbarung von Zahlungsterminen der Parteiwille sowieso in der Regel auf den Leistungserfolg bezieht; zustimmend *Herresthal*, ZGS 2007, 48; *Gsell*, GPR 2008, 165, 169.

22 Z. B. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 645.

23 So schon *Staudinger/Bittner*, § 270 Rdnr. 38; *Gsell*, GPR 2008, 165.

24 So bereits die Empfehlung zur bisherigen Rechtslage bei *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2 Rdnr. 296; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 737.

25 Umkehrschluss aus Begr. Erw. Nr. 19 der Verzugs-Richtlinie.

26 Zu Recht stellt der EuGH im Urteil fest, dass dem Begriff des Erhaltens des Geldes wegen seiner Genauigkeit bewusst der Vorzug gegeben wurde (Tz. 25).

II. Einfluss des EuGH-Urteils auf Sachverhalte außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie

Schwieriger ist die Rechtslage bei Verträgen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist. Hier gilt die Richtlinie nicht. Es stellt sich aber die Frage, ob die deutschen Verzugsregeln nicht dennoch richtlinienorientiert²⁷, also einheitlich auszuulegen sind. Andernfalls käme es zu einer sog. „gespaltenen Auslegung“ im deutschen Recht. Eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung besteht nicht. Auch aus dem nationalen Recht ist eine solche Pflicht nur in Ausnahmefällen abzuleiten.²⁸ Letztlich ist dies eine Frage der jeweiligen materiellrechtlichen Regelung, wobei in der Literatur teilweise für eine Vermutung zur einheitlichen Auslegung plädiert wird.²⁹

Für eine einheitliche Auslegung spricht in vorliegender Konstellation nicht nur die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Vielmehr greift teilweise auch der Schutzzweck der Richtlinie bei Sachverhalten mit Verbraucherbeteiligung (C2C, B2C, C2B). Eine Abschreckungswirkung und der Schutz vor hohem finanziellem Aufwand zur Beitreibung von Forderungen sind bei Forderungen von Verbrauchern mindestens genauso hoch. Die Gefahr der Insolvenz und des Verlusts von Arbeitsplätzen bringt eine verzögerte Zahlung für den Unternehmer unabhängig davon mit sich, ob der Schuldner Verbraucher ist oder nicht.

Der Verbraucher wird durch eine einheitliche Auslegung nicht unangemessen benachteiligt. Denn auch einem Verbraucher ist grundsätzlich bekannt, dass die Bearbeitung einer Überweisung einige Tage in Anspruch nimmt und er daher rechtzeitig die Überweisung veranlassen sollte. Es darf zudem vermutet werden, dass den meisten Laien, zumal, wenn es sich um geschäftsunerfahrene Verbraucher handelt, nicht bekannt war, dass sie bei Fälligkeit lediglich die Überweisung abgeben haben mussten.³⁰ Insofern dürfte eine einheitliche Auslegung der bisherigen laienhaften Vorstellung sogar entgegenkommen

Im Ergebnis spricht daher Vieles für eine einheitliche Auslegung. Da dies aber zugegebenermaßen nicht zwingend und schon gar nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung abgesichert ist, empfiehlt es sich vorerst, eine ausdrückliche Regelung nach obigem Muster in alle Verträge aufzunehmen. Die Vertragsgestaltung kann somit, unabhängig von der Anwendbarkeit der Verzugs-Richtlinie auf den konkreten Sachverhalt, einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, indem sie den Unsicherheiten der Rechtsanwendung des durch Gemeinschaftsrecht beeinflussten deutschen Rechts durch eine vertragliche Regelung begegnet.

Notarassessor Dr. *Torsten Jäger*, Pirmasens

²⁷ Zur Begrifflichkeit MünchKommBGB/Lorenz, 5. Aufl., vor § 474 Rdnr. 5; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 106 f.; *Riehm* in Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, § 4 C. IV. 2. Rdnr. 52 d.

²⁸ Ausführlich dazu *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 107 ff.; *Riehm*, GPR 2007, 134.

²⁹ Insbesondere *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 155.

³⁰ Wie Fn. 21.

2. BGB §§ 439 Abs. 1, 280 Abs. 1 (*Unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen verpflichtet zum Schadensersatz*)

Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

BGH, Urteil vom 23.1.2008, VIII ZR 246/06

Die Klägerin verkaufte und lieferte im Februar 2003 an die Beklagte eine Lichtrufanlage, mit der von Krankenbetten aus Rufsignale an das Pflegepersonal mittels Leuchtzeichen an der Zimmertür sowie mittels akustischer Zeichen an einzelne Pflegekräfte gesendet werden können. Die Anlage wurde von der Beklagten, die ein Elektroinstallationsunternehmen betreibt, in einen Neubaustrakt eines Altenheims eingebaut, wobei auch eine Verbindung zu einer bereits bestehenden Rufanlage im Altbau herzustellen war. Auf eine Störungsmeldung des Altenheims hin überprüfte der Mitarbeiter R. der Beklagten die Installation der Anlage, konnte aber die Störung nicht beseitigen. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin auf, den von ihr als Ursache der Störung vermuteten Mangel an der gelieferten Lichtrufanlage zu beheben. Der Servicetechniker K. der Klägerin, der die Anlage an Ort und Stelle überprüfte, bezeichnete als maßgebliche Ursache der Störung die Unterbrechung einer Kabelverbindung zwischen der alten und der neuen Rufanlage, die er behob. Für die Überprüfung der Anlage und die Fehlerbeseitigung benötigte er einschließlich der Zeit für die Hin- und Rückfahrt, bei der er insgesamt 424 km mit dem PKW zurücklegte, sechs Arbeitsstunden.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Ersatz der ihr zur Beseitigung des vermeintlichen Mangels entstandenen Kosten nebst Zinsen. Das AG hat der Klage in Höhe eines Teilbetrags von 773,95 € nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Klägerin stehe gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB in Höhe von 773,95 € nebst Zinsen zu. Die Beklagte habe als Käuferin ihre nachvertragliche Pflicht verletzt, die Klägerin durch ungerechtfertigte Mangelbeseitigungsaufforderungen nicht in ihrem Vermögen zu schädigen. Ein Mangel der von der Klägerin gelieferten Anlage i. S. v. § 434 BGB habe nicht vorgelegen. Die Beklagte habe die ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Klägerin auch zu vertreten. Selbst wenn entgegen den Feststellungen des AG die Störung ursprünglich nicht auf das Fehlen einer Kabelverbindung zwischen der alten und der neuen Rufanlage, sondern – wie die Beklagte geltend mache – darauf zurückzuführen gewesen sei, dass die Schwestern des Pflegeheims Veränderungen an der Einstellung der Anlage vorgenommen hätten, und der Mitarbeiter R. der Beklagten die Verbindung erst bei Überprüfung der Anlage gelöst sowie danach vergessen habe, den Draht wieder anzuschließen, sei es fahrlässig, dass die Beklagte als Fachfirma für Elektroanlagenbau sowie für Alarm- und Brandmeldetechnik vor Inanspruchnahme der Klägerin die nahe liegende Möglichkeit einer Fehlfunktion infolge der Vornahme von Einstellungen durch das Pflegepersonal nicht überprüft habe. Die Klägerin habe deshalb Anspruch auf Erstattung der

entstandenen Kosten in Höhe von 6 Arbeitsstunden à 90 €, weil die Beklagte ihr die Möglichkeit genommen habe, den Zeugen zu diesen Stundensätzen anderweitig einzusetzen (§§ 249, 252 BGB), und auf Ersatz von Fahrtkosten in Höhe von 0,30 € x 424 km zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, insgesamt 773,95 €.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz wegen ihrer Aufwendungen für die Beseitigung der Störung der Rufanlage in Höhe von 773,95 € verlangen kann; denn die Beklagte hat mit ihrer Aufforderung zur Mangelbeseitigung gegenüber der Klägerin schuldhaft eine vertragliche Pflicht verletzt (§ 280 Abs. 1 BGB).

1. Der Beklagten stand ein Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB gegenüber der Klägerin nicht zu. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wies die von der Klägerin gelieferte Rufanlage keinen Sachmangel i. S. v. § 434 BGB auf.

2. In der Rechtsprechung des BGH ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff. BGB (BGHZ 74, 9, 16; 95, 10, 18 f.; 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.; 164, 1, 6) noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und damit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann (BGHZ 20, 169, 172; BGH, WM 1979, 1288 = NJW 1980, 189, unter I 2, insoweit in BGHZ 75, 1 nicht abgedruckt; BGH, NJW-RR 2005, 315 unter II 2). Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Eine andere Beurteilung würde die freie Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren, an der auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einengen.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Rechtsprechung auf die außerprozessuale Geltendmachung vermeintlicher Rechte übertragen lässt, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet.

a) Nach der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 15.7.2005 (BGHZ 164, 1, 6) bleibt es beim uneingeschränkten deliktischen Rechtsgüterschutz nach § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB, wenn es an der Rechtfertigungswirkung eines gerichtlichen Verfahrens fehlt. Im Rahmen einer (vor-)vertraglichen Beziehung der Parteien kommt nach einem Urteil des BGH vom 12.12.2006 (NJW 2007, 1458, unter II 1 und 2) auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 BGB in Betracht, wenn jemand unberechtigt als angeblicher Schuldner außergerichtlich mit einer Forderung konfrontiert wird und ihm bei der Abwehr dieser Forderung Kosten entstehen (ebenso LG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1105; AG Münster, NJW-RR 1994, 1261; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., § 280 Rdnr. 27).

b) Dagegen wird teilweise die Auffassung vertreten, die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung könne nicht anders behandelt werden als die

gerichtliche (KG, Urteil vom 18.8.2005, 8 U 251/04, n. V.; Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05, n. V.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746, unter 2; OLG Braunschweig, OLGR 2001, 196, 198; *Grüneberg/Sutschet* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 241 Rdnr. 54). In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise – wenn auch unter fahrlässiger Verknennung der Rechtslage – Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erwiesen.

c) Nach Ansicht des Senats stellt jedenfalls ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt (vgl. zum Werkvertragsrecht LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301; a. A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746 und LG Konstanz, NJW-RR 1997, 722, 723). Für den Käufer liegt es auf der Hand, dass von ihm geforderte Mangelbeseitigungsarbeiten auf Seiten des Verkäufers einen nicht unerheblichen Kostenaufwand verursachen können. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordert deshalb, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen.

Eine solche Verpflichtung hat entgegen der Auffassung der Revision nicht zur Folge, dass Käufer ihr Recht, Mangelbeseitigung zu verlangen, so vorsichtig ausüben müssten, dass ihre Mängelrechte dadurch entwertet würden. Der Käufer braucht nicht vorab zu klären und festzustellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Sachmangels ist (vgl. *Malotki*, BauR 1998, 682, 688). Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der den Käufer treffenden Prüfungspflicht um den Ausschluss von Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich geht, kommt es entgegen der Auffassung der Revision auf besondere, die Kaufsache betreffende Fachkenntnisse nicht an, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt. Die Annahme einer solchen Prüfungspflicht steht auch nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 7.12.2006 (IX ZR 167/05, n. V.), die eine andere Sachverhaltsgestaltung (fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage bei einer vorprozessualen Zahlungsaufforderung) betrifft.

3. Das Berufungsgericht hat danach eine schuldhaftige Vertragsverletzung der Beklagten zu Recht bejaht. Es hat festgestellt, dass entweder die Beklagte die von der Klägerin gelieferte Anlage von vornherein fehlerhaft eingebaut hat, weil sie die erforderliche Kabelverbindung zwischen Alt- und Neubau nicht hergestellt hat, oder dass ihr Mitarbeiter R. bei der Überprüfung der Anlage nicht bemerkt hat, dass das Personal des Pflegeheims die Fehlfunktion durch eine Änderung der Einstellung verursacht hat, und es zudem nach der Überprüfung versäumt hat, die Verbindung zwischen Alt- und Neubau wieder anzukleimen. Jede dieser in Betracht kommenden, im

eigenen Verantwortungsbereich der Beklagten liegenden Ursachen hätte von ihr bzw. ihren Mitarbeitern (§ 278 BGB) bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt werden können und deshalb vor Inanspruchnahme der Klägerin berücksichtigt werden müssen.

Anmerkung:

Gerade beim Bauträgervertrag kommt es nicht selten vor, dass der Vertragspartner die Zahlung der letzten Rate mit dem Verweis auf (angebliche) Baumängel und einen daraus resultierenden Nacherfüllungsanspruch verweigert (§ 635 BGB i. V. m. § 320 BGB), obwohl das Bauwerk mangelfrei errichtet wurde und demgemäß keine Gewährleistungsansprüche bestehen. Die vorliegende Entscheidung des BGH, die im unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen grundsätzlich eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung sieht (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB), schafft für den Leid geplagten Bauträger Abhilfe. Denn dessen Vertragspartner, der erkennt oder erkennen muss, dass gar kein Mangel i. S. v. § 633 Abs. 2 BGB vorliegt, weil die Ursache der Mangelerscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt, und dennoch seinen vermeintlichen Nacherfüllungsanspruch dem Verlangen nach Zahlung der letzten Rate entgegenhält, läuft nach Ansicht des BGH Gefahr, nicht nur den Restkaufpreis, sondern darüber hinaus die Kosten der Untersuchung des Bauwerks auf Mängel und etwaige Kosten für die Beseitigung der Mangelerscheinung¹ bezahlen zu müssen. Auf diese Weise wird der Bauträger wirkungsvoll vor einer offenkundig unberechtigten Zahlungsverweigerung bzw. – nach erfolgter Zahlung – vor einem offenkundig unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen geschützt. Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie die missbräuchliche Ausübung einer vermeintlichen Rechtsposition jedenfalls im Grundsatz angemessen mit einer Schadensersatzpflicht sanktioniert. Allerdings ist – auf der Tatbestandsseite – in weitgehender Übereinstimmung mit dem BGH stets darauf zu achten, dass die Überprüfungspflicht des Vertragspartners hinsichtlich der Mangelursache nicht zu weit gefasst wird, um dessen Mängelrechte nicht zu entwerten. Auf der Rechtsfolgenseite geht die Entscheidung hingegen zu weit, indem sie die Schadensersatzpflicht auch auf die Kosten für die Beseitigung der Mangelerscheinung ausdehnt. Wenig überzeugend ist zudem die in einem *obiter dictum* angedeutete Differenzierung danach, ob die unberechtigte Geltendmachung eines Anspruchs auf einer fehlerhaften Einschätzung der Tatsachenlage oder der Rechtslage beruht.² Im letztgenannten Fall soll regelmäßig schon keine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB vorliegen.³

1. Rechtfertigungsgrund der prozessualen Inanspruchnahme

In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass die unberechtigte *gerichtliche* Geltendmachung eines Anspruchs – bei subjektiver Redlichkeit – weder eine schadensersatzpflichtige (vor-)vertragliche Pflichtverletzung i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB noch eine unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff. BGB darstellt. Denn der Prozessgegner werde durch die im

Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen, insbesondere die Kostentragungspflicht des Unterlegenen nach § 91 ZPO, grundsätzlich ausreichend und abschließend geschützt. Dies soll auch für den Fall gelten, dass ihm über die erstattungsfähigen Verfahrenskosten hinausgehende Aufwendungen entstanden sind.⁴ Anderenfalls würde die verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsweggarantie unangemessen eingeschränkt.⁵

2. Unberechtigte außerprozessuale Geltendmachung eines Anspruchs

Für die unberechtigte *außergerichtliche* Geltendmachung von Ansprüchen besteht hingegen kein vergleichbarer Rechtfertigungsgrund, da die Kostentragungsregeln der §§ 91 ff. ZPO weder direkt noch analog anwendbar sind.⁶ Ein Schadensersatzanspruch auf (vor-)vertraglicher oder außervertraglicher Grundlage kommt demnach grundsätzlich in Betracht. Dennoch war die Rechtsprechung bis zur vorliegenden Entscheidung mit der Bejahung einer Schadensersatzpflicht desjenigen, der sich unberechtigter Weise eines Anspruchs berührt, sehr zurückhaltend.⁷ Denn es gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko, mit unberechtigten Ansprüchen konfrontiert zu werden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Voraussetzungen einer speziellen Haftungsnorm vorliegen.⁸ Mit vorliegendem Urteil hat der BGH nunmehr einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei unberechtigter Geltendmachung eines Nacherfüllungsanspruchs bejaht und gleichzeitig die Anforderungen an eine Pflichtverletzung i. S. v. § 241 Abs. 2 BGB konkretisiert sowie die Reichweite der Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB festgelegt.

a) Umfang der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB setzt eine bestehende vertragliche oder vorvertragliche (§ 311 Abs. 2 BGB) Sonderverbindung voraus, welche stets gegeben ist, wenn die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten in Rede steht. Maßgeblich ist somit die Reichweite der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass es für den Käufer ersichtlich sei, dass durch sein Mangelbeseitigungsverlangen auf Seiten seines Vertragspartners ein nicht nur unerheblicher Kostenaufwand ausgelöst werden kann. Deshalb müsse er vor Geltendmachung des Nacherfüllungsverlangens sorgfältig prüfen, ob die Ursache der von ihm beanstandeten Abweichung des Vertragsgegenstands von der geschuldeten Beschaffenheit in seinem Verantwortungsbereich liegt.⁹

Entscheidende Bedeutung kommt damit der Frage zu, wie weit diese Prüfungspflicht reicht. Anders als bei Leistungs-

¹ So ausdrücklich der BGH im hier besprochenen Urteil unter II („... Schadensersatz wegen ihrer Aufwendungen für die *Beseitigung* [Hervorhebung durch Verfasser] der Störung ...“).

² BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

³ BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.) m. w. N.

⁴ BGH, NJW 2005, 3141, 3142 m. w. N.

⁵ BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2; den Rechtfertigungsgrund der prozessualen Inanspruchnahme mit guten Gründen ablehnend *Kaiser* in FS Canaris, 2007, S. 531 ff.; *dies.*, NJW 2008, 1709, 1710 f.

⁶ BGH, NJW 1988, 2032, 2033 f.

⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.) m. w. N. So im Grundsatz auch noch BGH, NJW 2007, 1458. Lediglich im Sonderfall der unberechtigten Verwarnung aus Immaterialgüterrechten hatte der BGH einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs angenommen, BGH, NJW 2005, 3141, 3142 ff.

⁸ BGH, NJW 2007, 1458, 1459; zustimmend *Ahrens*, NJW 1982, 2477, 2478; *Habscheid*, NJW 1958, 1000, 1001.

⁹ BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

pflichten steht bei der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs 2 BGB der Pflichtenumfang nicht *ex ante* fest. Vielmehr ist das Pflichtenprogramm situationsabhängig zu bestimmen, wobei die berechtigten, schutzwürdigen Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen sind (individuell-typisierender Maßstab).¹⁰ Durch die einzelfallbezogene Konkretisierung des Pflichtenprogramms kommt der Kategorie des Verschuldens keine eigenständige Bedeutung mehr zu.¹¹ Wird die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB bejaht, hat der Schuldner diese auch zu vertreten (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

aa) Für die Bestimmung der Reichweite der Prüfungspflicht des Käufers oder Werkbestellers nach § 241 Abs. 2 BGB vor Geltendmachung eines Mangelbeseitigungsverlangens sind die folgenden Umstände von Bedeutung: Keinesfalls darf diese Nebenpflicht so weit gehen, dass der Käufer oder Werkbesteller aufgrund des Haftungsrisikos seinen Nacherfüllungsanspruch nur noch sehr eingeschränkt geltend macht und dadurch die gesetzlichen Mängelrechte entwertet werden.¹² In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass derjenige Käufer oder Werkbesteller, der aus Vorsicht den Mangel selbst beseitigt, die dafür aufgewandten Kosten selbst dann nicht erstattet erhält, wenn sich herausstellt, dass es sich um einen Sachmangel i. S. d. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB handelt.¹³ Das fehlende Selbstvornahmerecht bzw. die Obliegenheit des Käufers oder Werkbestellers, dem anderen Vertragspartei Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, um die Gewährleistungsrechte nicht zu verlieren,¹⁴ führt aber in Verbindung mit einer weitreichenden Untersuchungspflicht dazu, dass die Ungewissheit über die Ursache einer negativen Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes einseitig zulasten des Käufers oder Werkbestellers ginge. Deshalb gilt es, die Anforderungen an die Erforschung der Mangelursache eng zu begrenzen.¹⁵ Während der BGH eine Haftung bereits dann annehmen möchte, wenn der Käufer oder Werkbesteller hätte erkennen können (*einfache Fahrlässigkeit*), dass die Ursache der Mangelerscheinung in seinem Verantwortungsbereich liegt,¹⁶ erscheint es überzeugender, eine Pflichtverletzung nur dann anzunehmen, wenn sich dem Käufer oder Werkbesteller dieser Umstand zumindest aufdrängen musste (*bloße Evidenzkontrolle*). Anzulegen ist hier ein objektiv-typisierender Maßstab, d. h. ein Unternehmer (§ 14 BGB) hat höhere Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen als ein Verbraucher (§ 13 BGB).

bb) Angesichts dessen, dass die Überprüfungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB auf der „Nähe“ des Käufers oder Werkbestellers zum Vertragsgegenstand basiert und auf diese Weise der Informationsvorsprung des Käufers ausgeglichen werden soll, sind die Anforderungen an die Erforschung der Mangelursache andererseits *weiter* zu fassen, als der BGH dies vorgesehen hat. Entscheidend ist nicht, dass der Käufer oder Werkbesteller erkennt oder sich ihm aufdrängen muss, dass

die Mangelursache in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Vielmehr kommt es darauf an, dass sie jedenfalls nicht seinem Vertragspartner zuzurechnen ist und deshalb aufgrund fehlenden Mangels i. S. d. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB keine Gewährleistungsansprüche bestehen.¹⁷

Nach Auffassung des BGH scheidet eine Schadensersatzpflicht in den Fällen aus, in denen nach pflichtgemäßer Prüfung Unklarheit darüber herrscht, worauf die Mangelerscheinung zurückzuführen ist. Auch diese Aussage bedarf einer Präzisierung. Sofern der Käufer oder Werkbesteller nach sorgfältiger Prüfung die Mangelursache nicht erkennen kann, liegt in der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs keine Pflichtverletzung. Ergibt die Untersuchung hingegen, dass möglicherweise Umstände aus der eigenen Sphäre oder der Sphäre eines Dritten für die Mangelerscheinung ursächlich sind, müssen diese Zweifel dem Vertragspartner offen gelegt werden.¹⁸ Anderenfalls droht trotz der Unklarheit über die Mangelursache eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

b) Sonderbehandlung fehlerhafter rechtlicher Würdigung?

Im vorliegenden Urteil erörtert der BGH ausschließlich die Prüfungspflicht des Käufers oder Werkbestellers hinsichtlich der *tatsächlichen* Grundlagen eines Nacherfüllungsanspruchs. Unterläuft Letzterem insoweit eine mindestens (grob) fahrlässige Fehleinschätzung, so haftet er seinem Vertragspartner nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Zur Frage, ob eine Schadensersatzbewehrte Prüfungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB ebenso im Hinblick auf die *rechtlichen* Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs besteht, äußert sich der BGH nicht ausdrücklich. In einem *obiter dictum* deutet der erkennende Senat aber an, dass die von ihm konkretisierten Rücksichtnahmepflichten nicht ohne weiteres auf die *fehlerhaften Einschätzung der Rechtslage* übertragbar sind¹⁹ und er insoweit nicht von der Rechtsprechung des IX. Senats²⁰ abweichen möchte.

Eine kategoriale Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Fehleinschätzung überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht. In beiden Fällen ist für den Anspruchsteller gleichermaßen erkennbar, dass sein Verlangen auf Seiten seines Vertragspartners nicht nur unerhebliche Kosten auslösen kann, sei es durch Untersuchung der behaupteten tatsächlichen Umstände, sei es infolge der Überprüfung der Rechtslage durch einen Fachmann. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage nicht. Zwar wird der Laie regelmäßig eher die Sach- als die Rechtslage beurteilen können. Dies rechtfertigt jedoch nicht die völlige Verneinung einer Prüfungspflicht in rechtlicher Hinsicht, sondern hat lediglich für den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab Bedeutung. Auf diese Weise können die ggf. geringeren individuellen Prüfungsmöglichkeiten berücksichtigt werden.

Schließlich ist die Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Fehleinschätzung wertungsmäßig nicht durchwegs überzeugend. Angenommen, im der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hätte das Altenheim die Lichtrufanlage direkt bei der Klägerin gekauft, die Beklagte mit der Installation beauftragt und anschließend – nach Auf-

¹⁰ *Grigoleit* in FS Canaris, S. 275, 277 f.

¹¹ *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; *S. Lorenz*, NJW 2005, 1889, 1890.

¹² So auch der BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

¹³ *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1710. Zum fehlenden Selbstvornahmerecht des Käufers vgl. BGHZ 162, 219, 224 ff. = NJW 2005, 1348, 1349 ff.; BGH, NJW 2005, 3211, 3212. Für das Werkvertragsrecht sind die Aufwendungen für eine Selbstvornahme nach § 637 BGB grundsätzlich nur nach vorherigem Mangelbeseitigungsverlangen erstattungsfähig.

¹⁴ BGH, NJW 2006, 1195, 1197.

¹⁵ So auch *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1710.

¹⁶ BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

¹⁷ *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1712 f.

¹⁸ Zutreffend *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1712.

¹⁹ Im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

²⁰ Zuletzt BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.); vgl. BGHZ 118, 201, 206; 74, 9, 14 f.; NJW 1980, 189, 190.

treten der Mangelercheinungen – vom Verkäufer deren Beseitigung verlangt, in dem Glauben, die verkaufte Lichtrufanlage selbst sei mangelhaft. Hierbei handelt es sich um eine *tatsächliche* Fehleinschätzung, welche jedenfalls im Grundsatz eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auslösen kann. Hätte das Altenheim als Käufer hingegen erkannt, dass die Mangelercheinung auf der mangelhaften Elektroinstallation durch das hierfür zuständige Unternehmen beruht, wäre jedoch davon ausgegangen, dass Verkäufer und Installateur für Fehler des jeweils anderen verantwortlich sind (*rechtliche* Fehleinschätzung), würde nach den Vorgaben des BGH eine Schadensersatz begründende Pflichtverletzung von vornherein ausscheiden. Richtigerweise kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Anspruchsteller sorgfaltswidrig die tatsächlichen Umstände falsch einschätzt oder – auf zutreffender Tatsachengrundlage – eine fehlerhafte rechtliche Schlussfolgerung zieht.

Aus den genannten Gründen kommt eine Schadensersatzpflicht auch dann in Betracht, wenn vermeintliche Ansprüche aufgrund fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage geltend gemacht werden. Voraussetzung ist wiederum, dass der Anspruchsteller weiß oder sich ihm aufdrängen muss, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Bei fehlerhafter rechtlicher Würdigung ist allerdings darauf zu achten, dass der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt wird. Ebenso kommt der Schadensminderungsobliegenheit des Anspruchsgegners nach § 254 BGB wesentliche Bedeutung zu. Insbesondere bei einem unberechtigten Zahlungsverlangen kann der Anspruchsgegner gehalten sein, vor Einschaltung eines Rechtsanwalts beim Anspruchsteller nachdrücklich anzufragen, ob die Rechnungsstellung auf einem Versehen beruht.²¹

c) Umfang der Schadensersatzpflicht

Nach Ansicht des BGH kann ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen dazu führen, dass der Anspruchsteller die dadurch entstandenen Mangel**eseitigungskosten** zu ersetzen hat.²² Richtigerweise beschränkt sich der Schadensersatzanspruch auf diejenigen Aufwendungen, die für die *Feststellung* der Mangelursache angefallen sind. Stellt der Verkäufer oder Werkunternehmer nämlich fest, dass die Mangelercheinung keinen Mangel i. S. v. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB begründet, ist er nicht nach §§ 434 ff., 634 ff. BGB zu deren Beseitigung verpflichtet.²³ Eine gleichwohl (auf eigene Rechnung) durchgeführte Reparatur unterbricht den Kausalzusammenhang mit dem sorgfaltswidrigen Mangelbeseitigungsverlangen. Die hierfür angefallenen Aufwendungen stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar.²⁴

3. Fazit

Nicht nur die unberechtigte Geltendmachung eines Nacherfüllungsverlangens, sondern jegliche unberechtigte außerge-

richtliche Geltendmachung eines Anspruchs kann eine Schadensersatzpflicht des Anspruchstellers nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auslösen, wenn dieser die anspruchsbegründende Sachlage entgegen der Auffassung des BGH nicht nur einfach fahrlässig, sondern zumindest grob fahrlässig falsch beurteilt hat. Gleiches sollte bei einer fehlerhaften Einschätzung der Rechtslage gelten, wobei insoweit die Sorgfaltspflichten nicht überspannt werden dürfen. Im Falle einer Schadensersatzpflicht ist erstattungsfähig, was zur Ermittlung der Mangelursache bzw. zur Klärung der Rechtslage zurechenbar aufgewandt wurde. Auf diese Weise wird jeder Vertragsteil dazu angehalten, in zumutbarer Weise auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils Rücksicht zu nehmen, ohne ihn in der Geltendmachung seiner Rechte unzumutbar einzuschränken.

Notarassessor *Sebastian Herrler*, Hof

3. BGB § 311 Abs. 2 (*Kein Vergaberecht bei Veräußerung öffentlicher Grundstücke*)

Die auf der Grundlage des Vergaberechts zu den Pflichten eines Ausschreibenden entwickelten Grundsätze können auf ein für den Verkauf des Grundstücks von einem Träger der öffentlichen Verwaltung gewähltes „Bieterverfahren“ nicht ohne weiteres übertragen werden.

BGH, Urteil vom 22.2.2008, V ZR 56/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte Bezirk war Eigentümer eines Grundstücks in M. Das Grundstück war mit Gebäuden bebaut, die zum Betrieb einer Klinik gedient hatten. Die Klinik war verlagert worden; Grundstück und Gebäude benötigte der Beklagte nicht mehr. Deshalb entschloss er sich zum Verkauf des Grundstücks mit dem Ziel der Neubebauung. Der Wert des Grundstücks war in einem Sachverständigen Gutachten mit 8.900.000 € ermittelt worden. Dieser Betrag sollte aus dem Verkauf des Grundstücks mindestens erzielt werden.

Im Frühjahr 2003 beauftragte der Beklagte die P. mit dem Nachweis eines Käufers. P. erstellte ein Exposé. In diesem wurde das Grundstück für 8.900.000 € angeboten. Es sollte etwa Juni 2003 übergeben werden, die Bebaubarkeit war entsprechend einem Vorbescheid der Lokalbaukommission mit 57% der Geschossfläche als Wohnzwecken dienend angegeben. P. versandte das Exposé an 34 Interessenten und trug diesen ihre Dienste als Maklerin an. Acht der Angeschriebenen bekundeten Interesse an einem Erwerb, darunter die Klägerin und die B.

Mit Schreiben vom 14.5.2003 informierte P. die Klägerin davon, dass die Beräumung des Grundstücks erst am 1.10.2003 möglich sein werde, und davon, dass das Grundstück nach einer mündlichen Auskunft der Lokalbaukommission auch vollständig zu Wohnzwecken genutzt werden könne. Zugleich bat P. im Hinblick „auf die anwachsende Zahl der positiven Reaktionen“ bis zum 28.5.2003, 12.00 Uhr um ein schriftliches Kaufpreisangebot. Spätere Gebote könnten nicht mehr berücksichtigt werden. Hierauf teilte die Klägerin mit, „den Wert des baureifen Grundstücks ohne Beeinträchtigung für Wohnen bei 9 Mio. € zu sehen“.

Am 25.6.2003 stimmte der Bezirksausschuss des Beklagten einem Verkauf des Grundstücks „an die meistbietende Firma über dem geforderten Mindestkaufpreis von 8.900.000 €“ zu. Gebote unter diesem Preis sollten nicht berücksichtigt werden. Der Beschluss wurde den Interessenten bekannt gegeben. Weil die abgegebenen Gebote teilweise unter Vorbehalt standen, forderte P. mit Schreiben vom 10.7.2003 den verbliebenen „kleinen Kreis von Mitbewerbern“ um das Grundstück auf, bis spätestens 18.7.2003, 12.00 Uhr die bekundete Erwerbsbereitschaft ohne Vorbehalt zu erklären. B. erklärte sich fristgerecht zum Kauf des Grundstücks für 8.900.000 € bereit. Die Klägerin erklärte, „aufgrund einer Feinkalkulation ... zu einem Kaufpreis von 8.221.083 € zu kommen“ und bat, „trotz unseres jetzt niedrigeren Gebotes in jedem Falle mit uns zu sprechen“.

²¹ Eine zu weitreichende Haftung kann im Übrigen durch die Kausalitäts- und Zurechnungsanforderungen (vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 249 Rdnr. 54 ff.) hinsichtlich des entstandenen Schadens vermieden werden.

²² BGH im hier besprochenen Urteil unter II.

²³ Gleiches gilt – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 BGB – auch dann, wenn die Mangelursache nicht geklärt werden kann oder wenn der Verkäufer oder Werkunternehmer im Vertrauen auf die Angaben seines Vertragspartners dem Nacherfüllungsverlangen Folge leistet, *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1711.

²⁴ Ebenso *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1711. Unter Umständen besteht insoweit aber ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) oder ein Bereicherungsanspruch (§§ 812 ff. BGB).

Der Beklagte schied das Angebot der Klägerin als zu niedrig aus. Hiervon unterrichtete P. die Klägerin. Während der anschließenden Verhandlungen des Beklagten mit B., die auf ihrer Seite die Firma I. in das Vorhaben einbezogen hatte, wurde offenbar, dass das Grundstück altlastenbehaftet war, die Belastung vor der Neubebauung beseitigt werden musste und sich die Neubebauung daher verzögern würde. Obwohl der Beklagte die Altlastenbeseitigung übernahm, gelang es B. in den Vertragsverhandlungen, den Kaufpreis für das Grundstück zu drücken. Mit Notarvertrag vom 27.11.2003 verkaufte der Beklagte es I./B. für 8.050.000 €; die Übergabe sollte am 1.4.2004 erfolgen.

Die Klägerin meint, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihr das Grundstück zu verkaufen, nachdem er von seiner ursprünglichen Kaufpreisforderung abgerückt sei. Mit der Klage verlangt sie Ersatz entgangenen Gewinns von 4.620.649,50 € zuzüglich Zinsen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr dem Grunde nach stattgegeben und den Rechtsstreit zur Feststellung der Höhe des Anspruchs an das LG zurückverwiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei der Klägerin nach den Grundsätzen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zum Schadensersatz verpflichtet. Das zur Auswahl eines Käufers für das Grundstück veranstaltete Verfahren sei als privatrechtliches „Bieterverfahren“ zu qualifizieren, das den Beklagten zu Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet habe. Entgegen dem Exposé habe die Lokalbaukommission eine vollständige Wohnbebauung des Grundstücks für zulässig erachtet und dies noch vor Ende des „Bieterverfahrens“ förmlich entschieden. Dies sei der Klägerin ebenso wenig bekannt gegeben worden wie die Bereitschaft des Beklagten, von dem ursprünglichen Kaufpreisverlangen Abstand zu nehmen. Der Beklagte habe das Bieterverfahren vorwerfbar nicht wieder aufgegriffen, nachdem die Belastung des Grundstücks erkannt worden war, und die Klägerin unter Verletzung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots trotz wesentlich geänderter Verkaufsbedingungen nicht mehr an dem „Bieterverfahren“ beteiligt. Bei ordnungsmäßiger Durchführung des Bieterverfahrens hätte das Grundstück der Klägerin verkauft werden müssen. Diese könne daher verlangen, so gestellt zu werden, als sei der Verkauf an sie erfolgt.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Ansprüche der Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB wegen des Verkaufs des Grundstücks an I./B. bestehen nicht.

Der Verkauf von Grundstücken, die für öffentliche Belange nicht mehr benötigt werden, muss nach §§ 97 ff. GWB und den Vorschriften des bayerischen Landesrechts nicht ausgeschrieben werden. Wird von einem Träger der öffentlichen Verwaltung oder einem von diesem mit der Suche nach einem Käufer beauftragten Unternehmen hierzu trotzdem ein „Bieterverfahren“ veranstaltet, entsteht zwischen dem Träger der öffentlichen Verwaltung und den Teilnehmern dieses Verfahrens zwar ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das außerhalb des Anwendungsbereichs der allgemeinen Vergabevorschriften und Verdingungsordnungen den Träger der öffentlichen Verwaltung zu Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet (vgl. BGH, NJW 2001, 3698). Derartige Pflichten wurden durch den Verkauf des Grundstücks an I./B. von P. oder von dem Beklagten aber nicht verletzt.

1. Die auf der Grundlage des Vergaberechts zu den Pflichten eines Ausschreibenden entwickelten Grundsätze können

auf das für den Verkauf des Grundstücks gewählte „Bieterverfahren“ nicht ohne weiteres übertragen werden, wie es das Berufungsgericht getan hat. Die Vergabeverfahren der öffentlichen Verwaltung sind dadurch gekennzeichnet, dass – außerhalb der Vergabe freiberuflicher Leistungen – der Vertragspartner grundsätzlich im Wege der Ausschreibung ermittelt wird. Hierzu schreibt der Träger der öffentlichen Verwaltung die von ihm benötigte Leistung aus. Wer in der Lage und bereit ist, die Leistung zu erbringen, beziffert als Teilnehmer an dem Ausschreibungsverfahren seine Forderung hierfür (vgl. §§ 1 bis 26 VOB/A, §§ 1 bis 26 VOL/A). Das wirtschaftlichste Gebot erhält den Zuschlag, § 97 Abs. 5 GWB. Damit kommt der Vertrag über die in der Ausschreibung beschriebene Leistung zu dem gebotenen Preis zustande, § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A (*Lausen* in jurisPK-VergR, § 28 VOB/A Rdnr. 4; *Weyand*, Vergaberecht, § 114 GWB Rdnr. 2282 ff.). Das scheidet bei einem zum Verkauf eines Grundstücks veranstalteten „Bieterverfahren“ schon deshalb aus, weil es an einem annahmefähigen Angebot des Verkäufers fehlt und den Geboten der Teilnehmer an dem Verfahren keine bindende Wirkung zukommt, § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB.

a) Vornehmlicher Zweck eines zum Verkauf eines Grundstücks eingeleiteten „Bieterverfahrens“ ist die Feststellung der Ernsthaftigkeit eines bekundeten Erwerbsinteresses und die Begrenzung der Zahl der Verhandlungspartner des Verkäufers. Kommen allein gewerbliche Interessenten für den Erwerb eines von einem Träger der öffentlichen Verwaltung angebotenen Grundstücks in Betracht, ist davon auszugehen, dass dies den Teilnehmern an einem solchen Verfahren bekannt ist. Schließt sich das Verfahren an das Exposé eines Maklers an, besteht für eine vollständige Beschreibung des zum Verkauf annoncierten Grundstücks weder Anlass, noch wird eine solche Beschreibung erwartet. Die Mitteilung vom 14.5.2003 setzte die Bieter in ausreichender Form davon in Kenntnis, dass das Grundstück vollständig zu Wohnzwecken genutzt werden konnte. Auf dieser Grundlage konnten die Interessenten ihre Angebote kalkulieren. Dazu bedurfte es nicht der Übersendung der förmlichen Entscheidung der Lokalbaukommission. Die ursprüngliche Angabe im Exposé, nach der nur zu 57% Wohnbebauung zulässig war, hatte auch keine höhere Qualität. Im einen wie im anderen Fall konnten und mussten die Interessenten auf die Richtigkeit der Angabe vertrauen. Das bedeutete für sie kein unzumutbares Risiko. An ein sich als unrichtig erweisendes Angaben kalkuliertes Angebot wäre schon im Hinblick auf § 311 b Abs. 1 BGB niemand gebunden gewesen. Im Übrigen war niemand, der der Mitteilung misstraute, an einer Nachfrage gehindert. Die Unvollständigkeit der Angaben in dem Exposé bzw. der Mitteilung von P. an die Teilnehmer vom 14.5.2003 war daher nicht geeignet, unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des bei einer Ausschreibung zu wahrenden Transparenzgebots einen Ersatzanspruch der Klägerin zu begründen.

b) Der Anspruch der Teilnehmer an dem „Bieterverfahren“ auf Gleichbehandlung ist schon deshalb nicht verletzt, weil unstreitig keinem der Teilnehmer an diesem Verfahren der förmliche Beschluss der Lokalbaukommission bekannt gegeben wurde. Alle Bieter wurden in gleicher Weise unterrichtet.

c) Über die Kontaminierung des Grundstücks und seine Bereitschaft, deshalb von dem ursprünglichen Preisverlangen Abstand zu nehmen, konnte der Beklagte die Klägerin innerhalb des „Bieterverfahrens“ nicht aufklären, weil diese Umstände erst nach Abschluss des Verfahrens bekannt wurden bzw. eintraten.

d) Auch eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes des Vergaberechts, dass es einem Träger der öffentlichen Ver-

waltung verwehrt ist, einen Vertrag zu nachteiligeren Bedingungen als in der Annonce eines Vergabeverfahrens verlautbart zu schließen, sofern das Angebot auch nur eines Bieters die Bedingungen der Annonce erfüllt (*Weyand*, Vergaberecht, § 101 GWB Rdnr. 1386), führt nicht zu einem Anspruch der Klägerin.

Der Verkauf des Grundstücks sollte zu den Bedingungen erfolgen, die in dem Exposé angegeben bzw. von P. später bekannt gegeben worden waren. Zu diesen Bedingungen konnte das Grundstück indessen nicht mehr verkauft werden, nachdem sich nach der Beendigung des „Bieterverfahrens“ herausgestellt hatte, dass das Grundstück altlastenbehaftet und der für den Beginn einer Neubebauung angegebene Zeitpunkt deshalb nicht eingehalten werden konnte. Es musste geklärt werden, ob der Beklagte oder der Käufer die notwendige Altlastenbeseitigung vornehmen, wer den hierfür notwendigen Aufwand von etwa 1.000.000 € tragen, um welchen Zeitraum sich die Neubebauung des Grundstücks verzögern und welche Auswirkungen dies auf das Preisverlangen des Beklagten und die Erwerbsbereitschaft des Käufers haben würde. Diese Fragen hatten sich in dem „Bieterverfahren“, an dem die Klägerin teilgenommen hatte und aus dem B. als Sieger hervorgegangen war, nicht gestellt. Dieses Verfahren war mit der Auswahl von B. als Verhandlungspartner des Beklagten beendet.

2. Der Beklagte war auch nicht gehalten, ein neuerliches „Bieterverfahren“ zum Verkauf des Grundstücks zu eröffnen oder das beendete Verfahren „wieder aufzugreifen“, nachdem sich die Kontamination des Grundstücks herausgestellt hatte. Dem Beklagten hatte es frei gestanden, zu bestimmen, auf welchem Wege er einen Käufer für das Grundstück suchen würde. Dass der von ihm beauftragte Makler hierzu ein „Bieterverfahren“ veranstaltet hatte, begründete keine Verpflichtung, im Hinblick auf die nunmehr für den Verkauf des Grundstücks geltenden Umstände erneut in ein Verfahren dieser Art einzutreten oder das beendete Verfahren wieder aufzunehmen. Nachdem offenbar geworden war, dass das Grundstück zu den in dem „Bieterverfahren“ genannten Bedingungen nicht verkauft werden konnte, durfte der Beklagte den Partner für die Verhandlungen um den Verkauf des Grundstücks zu den nunmehr gegebenen Bedingungen frei bestimmen. Hierzu durfte er insbesondere die mit der in dem „Bieterverfahren“ erfolgreichen B. aufgenommenen Verhandlungen fortsetzen. Ein Anspruch der Klägerin, die noch nicht einmal ein den Bedingungen dieses Verfahrens entsprechendes Gebot abgegeben hatte, in die Verhandlungen einbezogen zu werden, bestand nicht. Erst recht kann er nicht aus der Bitte der Klägerin „in jedem Falle mit ... (ihr) zu sprechen“, hergeleitet werden.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BGH verdient Zustimmung. Sie betrifft die Haftung aus c. i. c. gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB bei in der Praxis zunehmend durchgeführten Bieterverfahren zum Zwecke des Verkaufs eines Grundstücks durch einen Träger öffentlicher Staatsgewalt. Die Durchführung eines Bieterverfahrens bei der Veräußerung von Staatsvermögen verhilft der öffentlichen Hand zur Erlangung der erforderlichen Marktübersicht und zur Ermittlung des Verkehrswerts des Grundstücks. Der BGH stellt in den Entscheidungsgründen auf die Zwecke der Feststellung der Ernsthaftigkeit und der Begrenzung der Zahl der Verhandlungspartner ab.

Vorliegend beabsichtigte die öffentliche Hand den Verkauf von Grundbesitz gegen ein Meistgebot unter Angabe eines

Mindestkaufpreises. Über einen Makler wurde ein Exposé an ausgewählte Interessenten versandt. Sodann wurde im Rahmen des freiwilligen Bieterverfahrens über eine Änderung der baurechtlichen Nutzung informiert und schließlich ein Bieter ausgewählt, der zum Mindestkaufpreis seine vorbehaltlose Erwerbsbereitschaft erklärt hatte. Nach „Zuschlag“, besser: nach Einigung auf einen Vertragspartner als Käufer stellte sich eine Belastung des zu veräußernden Grundstücks mit Altlasten heraus. (Nach-)Verhandlungen angesichts dieser Bodenbeschaffenheit führten zu einer Reduzierung des ursprünglich im Bieterverfahren geforderten und im Vorfeld des Vertragsschlusses vereinbarten Kaufpreises. Das Berufungsgericht erblickte in der Gestaltung des Bieterverfahrens und in dessen fehlender Wiederaufnahme nach Kenntnis von der Altlastenproblematik einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot und bejahte einen Schadensersatzanspruch. Dem ist der BGH zu Recht entgegen getreten:

1. Keine Anwendbarkeit des Vergaberechtsregimes

Der Verkauf von Grundbesitz durch die öffentliche Hand und die Durchführung eines Bieterverfahrens eröffnen nicht den Anwendungsbereich des Vergaberechts oberhalb oder unterhalb der geltenden Schwellenwerte. Soweit nicht ausnahmsweise flankierende Vereinbarungen mit vergaberechtlicher Relevanz bestehen, beinhaltet die bloße Veräußerung von Vermögenswerten, sog. Vermögensprivatisierung, keinen gemäß §§ 97 ff. GWB vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag. Dieser Ausnahmefall war im zugrundeliegenden Sachverhalt nicht einschlägig. Insbesondere handelte es sich um keinen „Ahlhorn-Sachverhalt“, da es sowohl an einer Bauverpflichtung des Erwerbers („ob“ der Bebauung) als auch an „Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers“ an die Bebauung („wie“ der Bebauung) ermangelte.¹ Es lag kein Beschaffungscharakter vor.²

Ein fehlender Beschaffungscharakter bedingt, dass auch die Grundsätze des EG-Primärrechts keine Anwendung finden. Diese Grundsätze, insbesondere diejenigen der Gleichbehandlung und Transparenz, gelten auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht oder lediglich teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen.³ Hiervon erfasst sind in erster Linie die nicht vergabepflichtige Dienstleistungskonzession und öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte. Allerdings muss es sich stets um die Vergabe *öffentlicher Aufträge* handeln, also um die Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen. Für Veräußerungsverträge ohne beschaffungsrechtliches Element – wie der vorliegenden klassischen Vermögensprivatisierung – beanspruchen die vorgenannten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze keine Geltung. Insofern lässt der Leitsatz der zu besprechenden Entscheidung Klarheit vermissen, als er davon spricht, dass „die auf der Grundlage des Vergaberechts zu den Pflichten eines Ausschreibenden entwickelten Grundsätze“ auf ein für den Verkauf eines Grundstücks gewähltes Bieterverfahren „nicht ohne weiteres übertragen werden“ können. Ein fehlender beschaffungsrechtlicher Bezug erlaubt keine Heranziehung von primärrechtlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, die zur Funktion haben, das vergaberechtliche Sekundärrechtsregime zu ergänzen. Auch eine erweiternde Auslegung scheidet aus.

¹ Hierzu *Regler*, MittBayNot 2008, 253.

² Unzutreffend *Jasper/Seidel*, NZBau 2008, 427, 428.

³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl EU vom 1.8.2006, Nr. C 179/2.

2. Kein Bedürfnis für eine (entsprechende) Anwendung vergaberechtlicher Grundsätze

Ein Bedürfnis für die (entsprechende) Anwendung vergaberechtlicher Grundsätze ist zu verneinen. Die öffentliche Hand unterliegt bei der Vermögensprivatisierung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Für die notarielle Praxis haben insbesondere die haushaltsrechtlichen Bindungen, die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung und das Verschleuderungsverbot Relevanz.⁴ Die öffentliche Hand ist auch bei fiskalischem Staatshandeln an die Grundrechte gebunden.⁵ Dabei erfordert die Veräußerung von Grundbesitz durch einen Träger öffentlicher Verwaltung weder ein Bieterverfahren nach den vergaberechtlichen Grundsätzen noch ein sonstiges Bieterverfahren. Auch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz (Art. 3 Abs. 1 GG) verlangen kein förmliches Verfahren. Eine dennoch getroffene Entscheidung pro (freiwillige) Transparenz gereicht der öffentlichen Hand nicht zum Nachteil, solange eine gleichheitsgemäße Verfahrensgestaltung gewährleistet ist.

Der BGH stellte zum vorliegenden Sachverhalt zutreffend fest, dass diese Anforderungen im konkret durchgeführten Bieterverfahren eingehalten wurden. Die geänderte baurechtliche Nutzung des Grundbesitzes wurde allen am Verfahren beteiligten Interessenten mitgeteilt, wodurch sowohl der Allgemeine Gleichheitssatz als auch die gebotene Transparenz gewahrt wurden. Die Belastung des Veräußerungsgegenstandes mit Altlasten, die Anlass für Nachverhandlungen nach erfolgter Einigung auf einen Bieter waren, erforderte keinen Wiedereintritt in ein schon abgeschlossenes freiwilliges Bieterverfahren.

3. Haftung aus c. i. c.

Die Rechtsprechung nimmt spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch den (späteren) Bieter ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zwischen diesem und dem Ausschreibenden an.⁶ Für freiwillige Bieterverfahren gelten keine anderen Maßstäbe. Eine Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses durch den Ausschreibenden kann nach den Grundsätzen des Haftungsinstituts der c. i. c. Ersatzansprüche des betroffenen Bieters auslösen. Zu ersetzen ist in der Regel der Vertrauensschaden – negatives Interesse –, also die Kosten der Vorbereitung des Angebots und der Teilnahme am Bieterverfahren. Der Erfüllungsschaden – positives Interesse – kann geltend gemacht werden, wenn das schutzwürdige Vertrauen des Bieters darauf gerichtet ist, den Auftrag zu erhalten, d.h., wenn ihm der Auftrag bei rechtmäßigem Vorgehen zu erteilen gewesen wäre.⁷

Bieter dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass ein öffentlicher Auftraggeber das Vergabeverfahren ordnungsgemäß

einleitet und die bestehenden Bindungen, also die Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, beachtet. Im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge wurde sonach u. a. ein Haftungsanspruch bejaht bei schuldhaften Verstößen gegen die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter wegen unvollständiger Informationsweitergabe,⁸ gegen Vergabevorschriften⁹ sowie bei einer Zuschlagserteilung aus sachfremden Gründen¹⁰ oder bei rechtswidriger Aufhebung eines Vergabeverfahrens.¹¹ Diese Ausführungen sind allerdings einer Verallgemeinerung nicht zugänglich. Ein schutzwürdiges Vertrauen in die Einhaltung von Regelungen kommt nur in Betracht, wenn der avisierte öffentliche Vertragspartner zur Einhaltung dieser auch verpflichtet ist. Daher kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass er sich darüber hinaus Bindungen unterwirft, für die es an einer rechtlichen Grundlage fehlt. Ein hierauf gerichtetes Vertrauen ist nach der Judikatur des BGH¹² „regelmäßig nicht schutzwürdig“. Insofern sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich, nämlich ob nach dem gegebenen Sachverhalt die Erwartung auf Einhaltung bestimmter Regeln berechtigt erscheint. Berechtigt in diesem Sinn ist stets die Erwartung der Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme. Deren Wahrung hat der BGH im vorliegenden Urteil überzeugend dargelegt und dementsprechend eine Haftung aus c. i. c. verneint.

Zu berücksichtigen ist, dass der Anspruch aus c. i. c. bei formpflichtigen Rechtsgeschäften weiteren Anforderungen unterliegt. Der (bloße) Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund ist wegen des Schutzzwecks des Formgebots gemäß § 311 b Abs. 1 BGB nicht genügend. Zur Gewährleistung der Vertragsfreiheit soll eine Bindung der Beteiligten ohne Einhaltung der Form gerade unterbunden werden. Eine drohende Ersatzpflicht nach den Grundsätzen der c. i. c. ist jedoch geeignet, einen dem Formgebot widersprechenden mittelbaren Abschlusszwang zu erzeugen.¹³ Als haftungsbe gründend wird deshalb lediglich ein schwerer Verstoß gegen eine redliche Vertragsgestaltung angesehen.¹⁴ Hierunter lässt sich beispielsweise eine nicht offenbarte fehlende Abschlussbereitschaft subsumieren. Beim vorliegenden Sachverhalt kam es hierauf nicht mehr an.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

⁴ Das Verschleuderungsverbot stellt ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB dar, vgl. BayVerfGH, BayVBI 2008, 237; BayObLGZ 2001, 54; OLG Jena, LKV 2006, 94.

⁵ Sog. Fiskalgeltung der Grundrechte, vgl. BKartA, NJW 2000, 151, 153; OLG Brandenburg, WuW Verg 231, 929; Dreier in Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 65; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 197; Stern, Staatsrecht III/1, 1988, § 74 IV 5; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007, S. 227 ff. m. w. N.

⁶ Ständige Rspr., vgl. BGH, NJW 1998, 3636; NJW 1998, 3644; NJW 2000, 661, 662; OLG Karlsruhe, NZBau 2002, 109.

⁷ BGH, NJW 1998, 3636; NJW 1998, 3640; Horn/Graef, NZBau 2005, 505, 507.

⁸ BGH, NJW 2000, 661.

⁹ BGH, NJW 1993, 520; NJW 2001, 3698; NJW 2002, 1952.

¹⁰ BGH, NJW 1998, 3644; NJW 2000, 137.

¹¹ BGH, NJW 1998, 3636; NJW 1998, 3640; vgl. auch Wagner, NZBau 2005, 436; Horn/Graef, NZBau 2005, 505, 506 f.

¹² NJW 2001, 3698, 3699.

¹³ BGH, NJW 1992, 1037, 1038 f.; NJW 2001, 2713, 2714 m. w. N.

¹⁴ Vgl. Grüneberg in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 311 Rdnr. 58; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 311 Rdnr. 35.

4. BGB §§ 133, 1018, 1090 (*Auslegung von Grundbucheintragungen*)

Die Auslegung von Grundbucheintragungen kann ergeben, dass die Beteiligten nur auf die eintragungsfähigen Textteile Bezug nehmen wollten, auch, wenn an gleicher Stelle in der Urkunde schuldrechtliche Vereinbarungen enthalten sind.

OLG München, Beschluss vom 9.5.2008, 34 Wx 139/07; mitgeteilt von Dr. *Philipp Stoll*, Richter am OLG München

Die Beteiligte zu 1 verkaufte mit notariellem Vertrag vom 22.3.2007 ein Grundstück an die Beteiligte zu 2. In Abteilung II Nr. 2 und Nr. 3 des Grundbuchs sind seit dem 22.3.1988 Kraftfahrzeugabstellrechte für den jeweiligen Eigentümer anderer Grundstücke, ferner unter Nr. 4 ein Kraftfahrzeugabstellrecht für die Stadt D. eingetragen. Sämtliche Eintragungen nehmen Bezug auf die Grundbucheintragungen in der notariellen Urkunde vom 23.2.1988, nach denen die Eigentümerin des dienenden Grundstücks unter Abschnitt V die Eintragung

- 1) der Grunddienstbarkeiten gemäß Abschnitt III., und
- 2) der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß Abschnitt IV.

bewilligt.

In Abschnitt III bestellt die Eigentümerin des dienenden Grundstücks

„... für sich und ihre Rechtsnachfolger ... je eine – abgesehen von den nachgenannten Beendigungsrechten – immerwährende Grunddienstbarkeit für die herrschenden Grundstücke ... und zwar folgenden Inhalts:

(...)

5) Beendigung

Der Eigentümer des dienenden Grundbesitzes ist berechtigt, die Aufhebung dieser Grunddienstbarkeiten zu verlangen, wenn

- a) entweder die vorstehend festgelegten Abstellplätze bei der Stadt D. gegen Geldzahlung abgelöst werden, oder
- b) die vorstehenden Abstellplätze ersetzt werden durch gleichwertige Abstellplätze auf drittem Grundbesitz.“ (...)

Danach ist der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes zur Löschung der Grunddienstbarkeit jeweils verpflichtet, in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, sobald eine Bestätigung der Stadt D. vorliegt, dass entweder die Voraussetzungen gemäß Abs. a) oder b) erfüllt sind. Im Übrigen gilt die Grunddienstbarkeit immerwährend.

In Abschnitt IV der Urkunde wird

„... eine – abgesehen von dem Beendigungsrecht – immerwährende beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Stadt D.“

bestellt.

Die Beteiligten haben über den bevollmächtigten Notar die Löschung der Grunddienstbarkeiten und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit von Amts wegen begehrt. Sie halten die Dienstbarkeiten wegen der Verpflichtung des Eigentümers zur Löschung für ungültig. Das Grundbuchamt hat den Antrag am 14.8.2007 zurückgewiesen. Die Beschwerde hat das LG mit Beschluss vom 24.10.2007 zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten das Ziel einer Löschung der Dienstbarkeiten von Amts wegen weiter.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO statthaft. Die Beteiligten sind schon deshalb beschwerdeberechtigt, weil sie mit ihrer Erstbeschwerde erfolglos geblieben sind (BayObLGZ 2002, 413 = DNotZ 2003, 295, 414; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 78 Rdnr. 2). Die weitere Beschwerde ist auch formgerecht i. S. v. § 80 Abs. 1 GBO durch den verfahrensbevollmächtigten Notar eingelegt. Die Befugnis (Postulationsfähigkeit) folgt zwar nicht aus § 80 Abs. 1 Satz 3 GBO, denn es geht hier um eine Löschung von Amts wegen gemäß

§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, nicht um den Vollzug einer Urkunde und die Stellung eines Eintragungsantrags gemäß § 15 GBO. Die Befugnis ergibt sich aber aus § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG, der im Grundbuchverfahren neben § 80 GBO anwendbar ist (BayObLG, NJW-RR 1988, 460 m. w. N.; BayObLGZ 1989, 354, 356; a. A. *Demharter*, GBO, § 80 Rdnr. 7 i. V. m. § 1 Rdnr. 27).

Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Löschung eines Rechts als inhaltlich unzulässig ist jedenfalls mit dem Ziel statthaft, einen Amtswiderspruch einzutragen bzw. eine Amtslöschung nach § 53 GBO vorzunehmen, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO (BayObLGZ 1952, 157, 160; KEHE/*Kuntze*, GBO, 6. Aufl., § 71 Rdnr. 44; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 61). Der Zweck des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO verbietet eine Anfechtung solcher Eintragungen, an die sich, wie bei der Löschung einer Grunddienstbarkeit, ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb anschließen kann (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 37, 51). Zwar ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit grundsätzlich nicht übertragbar, § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wenn sie, wie hier, jedoch einer juristischen Person zusteht, ist eine Übertragung und damit ein gutgläubiger Erwerb nicht ausnahmslos ausgeschlossen und daher wegen § 1092 Abs. 2, § 1059 a Nr. 2 BGB ebenfalls lediglich die beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO zulässig (BayObLG, MittBay-Not 1991, 79).

2. Die weitere Beschwerde ist jedoch im Ergebnis unbegründet. (...)

bb) Der Eintragungsvermerk ist mit der Eintragungsbewilligung (Abschnitt V) und den Regelungen in Abschnitt III und IV der Urkunde als Einheit anzusehen.

Nach §§ 1018, 1090 BGB kann gesetzlicher Inhalt einer Dienstbarkeit nur ein Dulden der Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen, ein Unterlassen einzelner tatsächlicher Handlungen oder der Ausschluss der Ausübung gewisser Rechte auf dem Grundstück sein (*Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 1090 Rdnr. 4). Bei ihrer Eintragung im Grundbuch ist daher eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nur hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Nutzungen oder Unterlassungen zulässig (*Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 19). Zum gesetzlichen Inhalt der Dienstbarkeit können dagegen Ansprüche auf deren Aufhebung (Abschnitt III Nr. 5) nicht gemacht werden.

cc) Wird bei der Eintragungsbewilligung ebenso wie bei der Bestellung des dinglichen Rechts auf die in derselben Urkunde enthaltenen schuldrechtlichen Vereinbarungen Bezug genommen und gehen diese über das hinaus, was als Inhalt des dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden kann, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass Inhalt der Eintragungsbewilligung nur der eintragungsfähige Teil der Vereinbarungen ist (BayObLGZ 1967, 48, 53). Dies kann sich aber durch Auslegung der Eintragungsbewilligung ergeben (BayObLGZ 1991, 97, 100 f.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 1447; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 34).

dd) Die Eintragungsbewilligung ist vom erkennenden Senat als verfahrensrechtliche Erklärung selbständig auszulegen (BayObLGZ 1997, 246, 247; 1984, 155, 158). Dabei ist zu klären, ob schuldrechtliche Erklärungen der Beteiligten von der Eintragungsbewilligung mit umfasst werden (OLG Köln, MittRhNotK 1974, 409; OLG Frankfurt, NJW-RR 1992, 345; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 34).

Die Auslegung nach § 133 BGB ergibt, dass die Bewilligung die Regelung in Abschnitt III Ziff. 5 nicht mit umfasst. Die Auslegung hat zunächst vom Wortlaut der Erklärung unter

Berücksichtigung des sprachlichen Zusammenhangs und der Formulierung im Gesamtzusammenhang des Textes auszugehen (*Palandt/Heinrichs*, § 133 Rdnr. 14). Aus der Einleitung in Abschnitt III ergibt sich, dass die Beteiligte zu 1 dem Eigentümer der beiden herrschenden Grundstücke, zwei zeitlich unbegrenzte („mit Wirkung für sich und ihre Rechtsnachfolger“ und „immerwährende“) Grunddienstbarkeiten zur Abstellung von Kraftfahrzeugen auf ihrem Grundstück bestellen wollte.

Durch den textlichen Einschub „abgesehen von“ wird hinreichend deutlich, dass die Parteien ein dingliches Recht mit einem zulässigen Inhalt bestellen und den Bereich schuldrechtlicher Ansprüche, der nicht zum Gegenstand des dinglichen Rechts gemacht werden kann, ausklammern wollten. Ziff. 5 ist vom Sachzusammenhang her vor die Rechtsbestellung gezogen, so dass sich der anschließende Passus („und zwar folgenden Inhalts“) nur noch auf die Abschnitte 1–4 bezieht. Dass die Regelung in Abschnitt III Ziff. 5 sich im Textbereich der dinglichen Rechtsbestellung findet, dient nur dazu klarzustellen, unter welchen Umständen die Aufhebung der nicht unter einer auflösenden Bedingung („immerwährenden“) stehenden Grunddienstbarkeiten verlangt werden kann. Dies kommt auch im letzten Satz der Ziffer 5 noch einmal zum Ausdruck („Im übrigen gilt die Grunddienstbarkeit immerwährend“). Im Gesamtzusammenhang lässt die Textfassung noch hinreichend bestimmt erkennen, dass unbedingte und unbefristete Rechte eingeräumt werden, deren Beendigung unter im Einzelnen dargelegten Umständen vom Eigentümer der dienenden Grundstücke bzw. vom Berechtigten schuldrechtlich verlangt werden kann.

Auch auf die Bezugnahme in der Bewilligung schlägt diese Einschränkung durch, so dass von der Bewilligung keine Regelungen umfasst werden, die nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein können.

ee) Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gelten angesichts der gleichen Einschränkung („abgesehen von dem Beendigungsrecht“) und der Bezugnahme in Abschnitt IV auf Abschnitt III für den Rechtsinhalt („hat genau den gleichen Rechtsinhalt, wie beide gemäß Abschnitt III bestellten Grunddienstbarkeiten“) die gleichen Erwägungen.

5. BGB §§ 226, 242, 903, 917 Abs. 1, 1004 Abs. 1 (*Notwegerecht nur für notwendiges Befahren*)

Eine Zufahrtsmöglichkeit ist nur zu gewährleisten, wenn ein notwendiges Befahren vorliegt. Bei Wohngrundstücken ist das Befahren mit Fahrzeugen, verbunden mit der Möglichkeit, diese auf dem Grundstück abstellen zu können, regelmäßig nicht als für dessen ordnungsgemäße Benutzung erforderlich anzusehen. Es ist unsachgemäß, in allen Fällen, in denen Wohngrundstücke nicht mit einem Kraftfahrzeug erreichbar sind, grundsätzlich ein Notwegerecht anzunehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Urteil vom 31.5.2007, 5 U 21/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in BeckRS 2007, 15 777.

6. BGB § 1570 (*Betreuungsunterhalt nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist*)

1. **Auch wenn hinsichtlich der Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Ehegatten nicht mehr das bisherige, von der Rechtsprechung nach altem Recht entwickelte Altersphasenmodell zum Tragen kommt, und nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr stärker auf den Einzelfall und tatsächlich bestehende, zumutbare und verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abgestellt werden soll, ist – nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit – im Regelfall eine gewisse schematisierende Betrachtungsweise angemessen und geboten, von der aufgrund besonderer Umstände allerdings jederzeit abgewichen werden kann.**
2. **Danach wird im Allgemeinen dem betreuenden Elternteil nicht sogleich nach Ablauf von drei Jahren nach der Geburt des Kindes eine über den Umfang einer Geringverdienertätigkeit hinausgehende Beschäftigung anzusehen; als zeitliche Zäsur, ab der gewöhnlich eine Halbtagsstätigkeit zu erwarten ist, ist der Eintritt des Kindes in die zweite Grundschulklasse für angemessen anzusehen.**
3. **Eine Obliegenheit zur Vollerwerbstätigkeit wird im Regelfall auch nach dem 1.1.2008 nicht vor dem 15. Lebensjahr des betreuten Kindes anzunehmen sein.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 19.5.2008, 10 UF 768/07

Aus den Gründen:

A. Der Antragsgegnerin steht gegen den Antragsteller ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, der weder verwirkt noch – derzeit – zeitlich zu befristen ist.

1. Der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin besteht auch für die Zeit ab 1.1.2008. Dies ergibt sich aus § 1570 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB n. F. Danach verlängert sich der in § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelte „Basisunterhalt“ über drei Jahre nach der Geburt des betreuten Kindes hinaus, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht, wobei die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen sind.

Auch wenn damit hinsichtlich der Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Ehegatten nicht mehr das bisherige, von der Rechtsprechung nach altem Recht entwickelte Altersphasenmodell zum Tragen kommt, und nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr stärker auf den Einzelfall und tatsächlich bestehende, zumutbare und verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abgestellt werden soll, hält der Senat – nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit – für den Regelfall eine gewisse schematisierende Betrachtungsweise für angemessen und geboten, von der aufgrund besonderer Umstände allerdings jederzeit abgewichen werden kann. Danach wird im Allgemeinen dem betreuenden Elternteil nicht sogleich nach Ablauf von drei Jahren nach der Geburt des Kindes eine über den Umfang einer Geringverdienertätigkeit hinausgehende Beschäftigung anzusehen; als zeitliche Zäsur, ab der gewöhnlich eine Halbtagsstätigkeit zu erwarten ist, sieht der Senat – in Übereinstimmung mit den anderen Familiensenaten des OLG Nürnberg – den Eintritt des Kindes in die zweite Grundschulklasse für angemessen an. Eine Obliegenheit zur Vollerwerbstätigkeit wird im Regelfall nicht vor dem 15. Lebensjahr des betreuten Kindes anzunehmen sein.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, geht die Antragsgegnerin derzeit noch in ausreichendem Umfang einer Beschäftigung nach. Ebenso ist auch der Antragsteller gegenwärtig nicht gehalten, seine Erwerbstätigkeit auszuweiten. Die Unterhaltsbemessung erfolgt im Folgenden daher auf der Grundlage des aktuellen tatsächlichen – und nicht eines fiktiven – Einkommens der Parteien. Dabei ist nach der Neuregelung des § 1570 BGB der volle Unterhalt des Berechtigten nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu gewähren (vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl., Nachtrag § 1570 Rdnr. 22); entgegen der Auffassung des Antragstellers hat sich danach die Höhe des Unterhalts nicht an den durch die Kinderbetreuung erlittenen Nachteilen zu orientieren. (...)

7. BGB § 1757 (Namensführung nach Volljährigenadoption)

Bei der Volljährigenadoption reichen persönliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Interessen des Anzunehmenden aus, ihm die Beifügung seines bisherigen Nachnamens zum Familiennamen des Annehmenden zu gestatten. (Leitsatz des Einsenders)

LG Regensburg, Beschluss vom 5.8.2008, 7 T 320/08; eingeklagt von Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Die Beteiligten haben gegenüber dem AG – Vormundschaftsgericht – Regensburg die Annahme des Beteiligten J. M. als Kind des Beteiligten R. W. beantragt. Frau W.-M. hat diesem Antrag als Ehefrau des Beteiligten R. W. und als Mutter des Beteiligten J. M. zugestimmt. Zugleich wurde beantragt, dass der Beteiligte J. M. als Anzunehmender künftig den Familiennamen W.-M. führen soll.

Das Vormundschaftsgericht Regensburg hat nach Anhörung der Beteiligten die beantragte Erwachsenenadoption ausgesprochen, hat aber zugleich entschieden, dass der Anzunehmende den Familiennamen W. führen sollte. Begründend wurde ausgeführt, dass alle gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte Annahme als Kind vorlägen, so dass die Annahme auszusprechen gewesen sei. Der Antrag, dem neuen Familiennamen des Anzunehmenden W. den bisherigen Familiennamen M. anzufügen, sei abzulehnen gewesen, da schwerwiegende Gründe im Sinne der maßgeblichen Vorschrift des § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB nicht gegeben seien.

Gegen diese Entscheidung wenden sich der Anzunehmende und der Annehmende mit ihrer Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Ablehnung der beantragten Namensregelung ist nach § 19 FGG anfechtbar (vgl. *MünchKommBGB/Maurer*, 5. Aufl., § 1757 Rdnr. 11). Die Beschwerde wurde in zulässiger Weise erhoben, sie erweist sich auch in der Sache als begründet.

Zwar gelten für die Annahme Volljähriger die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß, soweit sich aus §§ 1768 bis 1772 BGB nichts anderes ergibt (§ 1767 Abs. 2 BGB). Für die Namensführung nach der Adoption enthalten die genannten Vorschriften keine Regelungen. Daher ist insoweit § 1757 BGB uneingeschränkt anwendbar (BayObLG, FamRZ 1985, 1182; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 67. Aufl., § 1767 Rdnr. 10). Gemäß § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Angenommene als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden. Im vorliegenden Fall hätte das beantragte Adoptionsdekret somit die Folge, dass der Anzunehmende als Familiennamen den von dem Annehmenden getragenen Familiennamen W. erhält, wie es das Vormundschaftsgericht auch ausgesprochen hat. Diese Entscheidung entspricht somit der regelmäßigen Rechtsfolge.

Mit § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB hat der Gesetzgeber aber die Möglichkeit eröffnet, mit dem Ausspruch der Annahme zu bestimmen, dass dem Familiennamen des Annehmenden der bisherige Familienname des Anzunehmenden vorangestellt oder angefügt wird. Damit sollte dem berechtigten Interesse des Anzunehmenden Rechnung getragen werden, den bisherigen Familiennamen beizubehalten, unter dem er bislang bekannt ist, mit dem er seine Identität verbindet. Dass mit dieser Regelung ein Ausnahmetatbestand geschaffen wurde, hat das Erstgericht zutreffend festgestellt; dies ergibt sich auch aus dem Tatbestandserfordernis der „schwerwiegenden Gründe“, die zum Wohle des Kindes diese Ausnahmeregelung erfordern müssen. Allerdings liegen derartige „schwerwiegende Gründe“ nach Auffassung der Beschwerdekammer vor.

In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Ausnahmeregelung des § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB bei der Annahme Volljähriger großzügig auszulegen ist (vgl. LG Bonn, FamRZ 1985, 109; *MünchKommBGB/Maurer*, § 1757 Rdnr. 8; *Ehrmann*, BGB, 12. Aufl., § 1757 Rdnr. 6; *Soergel*, BGB, 13. Aufl., § 1757 Rdnr. 31). So sollen bei einer Volljährigenadoption persönliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Interessen ausreichend sein, es muss mit der geänderten Namensführung dem Angenommenen „erheblich besser gedient sein“ (*Ehrmann*, § 1757 Rdnr. 6), als durch die regelmäßige Namensfolge. Dieser extensiven Auslegung der Vorschrift des § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB schließt sich die Kammer an. Die vorgenannten Voraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall gegeben. Es ist nachvollziehbar und glaubhaft, dass der Anzunehmende, wie die Beschwerdeführer haben vortragen lassen, mit dem Namen M. sehr eng deshalb verbunden ist, weil die Mutter des Anzunehmenden nach der Ehescheidung den Namen M. wieder angenommen hatte und darüber hinaus der Anzunehmende bei seinen Großeltern mütterlicherseits aufgewachsen ist, die ebenfalls diesen Namen führen. Die Anfügung des Namens M. bringt so für den Anzunehmenden die Verbundenheit mit der Familie M. zum Ausdruck und der Anzunehmende hat dies im Rahmen der amtsgerichtlichen Anhörung auch schon zum Ausdruck gebracht. Auch ist nachzuvollziehen, dass der zwischenzeitlich Dreiundzwanzigjährige im Kreise seiner Bekannten und Freunde unter seinem bisherigen Familiennamen einen entsprechenden Bekanntheitsgrad erreicht hat, den er nicht völlig aufgeben möchte. Es sind zusammenschauend berechnete Interessen gegeben, die das Tatbestandsmerkmal der „schwerwiegenden Gründe“ auszufüllen vermögen, so dass der beantragten Führung des künftigen Familiennamens W.-M. entsprochen werden konnte.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Wartenburger*, MittBayNot 2008, 504 (in diesem Heft)

8. BGB §§ 2352, 2351 (Aufhebung eines Zuwendungsverzichts)

Ein Zuwendungsverzicht kann (ebenso wie der Erbverzicht) durch notariellen Vertrag mit dem Erblasser wieder aufgehoben werden, wenn der Erblasser den Rechtszustand vor dem Verzicht durch Verfügung von Todes wegen nicht vollständig wiederherstellen könnte.

BGH, Urteil vom 20.2.2008, IV ZR 32/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten über die Erbfolge nach der am 4.3.1998 verstorbenen Großmutter des Klägers. Sie war – ebenso wie ihr am 6.3.1980 vorverstorbenen Ehemann – amerikanische Staatsangehörige, lebte aber seit 1947 in Deutschland. Der Nachlass bestand im Wesentlichen aus einem Geschäfts- und Bürohaus in H. sowie Kontenguthaben. Der Kläger, seine am 15.3.2001 nachverstorbenen Mutter und seine beiden Brüder, die Beklagten zu 1 a und 1 b, sind ebenfalls amerikanische Staatsangehörige; wie ihre Mutter leben die Parteien in Großbritannien. Der Beklagte zu 2 ist mit Beschränkung auf das in H. belegene Haus zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Am 5.10.1979 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann vor dem als Notar ansässigen Beklagten zu 2 ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten, dass die gemeinsame Tochter alleinige Erbin des zuletzt Versterbenden sein sollte. Nach deren Tod sollte der dann noch vorhandene Nachlass auf den am 28.1.1960 geborenen Kläger übergehen, ersatzweise an dessen Abkömmlinge, weiter ersatzweise an dessen am 26.4.1962 und am 3.6.1968 geborene jüngere Brüder, die Beklagten zu 1 a und 1 b. Diese Regelung sollte im Fall eines Vorversterbens der Tochter entsprechend gelten. Der Kläger wurde im Wege eines Vermächtnisses verpflichtet, seinen Brüdern einen monatlichen Betrag aus den Erträgen des Hauses in H. zu zahlen.

Die Mutter des Klägers verzichtete in notarieller Urkunde vom 30.6.1994 auf die Zuwendung aus dem notariellen Testament vom 5.10.1979 sowie auf ihre gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsansprüche am Nachlass ihrer Eltern. Die Erblasserin nahm diesen Verzicht an; der Kläger stimmte ihm zu und verpflichtete sich, nach dem Tod der Erblasserin an seine Mutter eine lebenslange monatliche Rente von 20.000 DM zu zahlen, die auf dem Hausgrundstück in H. grundbuchlich abzuschließen war. Die Erblasserin ließ sich zu diesem Vertrag durch den Hinweis ihrer Tochter sowie des Klägers bewegen, der damalige Ehemann der Tochter dürfe im Fall einer Scheidung keinen Zugriff auf das Haus in H. erhalten. Bereits am 24.3.1995 erklärten die Erblasserin und ihre Tochter ohne Mitwirkung oder Wissen des Klägers zu notariellem Protokoll des Beklagten zu 2 die Aufhebung des Verzichtsvertrages vom 30.6.1994 mit der Maßgabe, dass die Erbfolge nach dem Testament vom 5.10.1979 wiederhergestellt werde.

Spätestens ab der zweiten Hälfte des Jahres 1995 wurde die Erblasserin über verschiedene familiäre Streitigkeiten unterrichtet. Daraufhin erklärte die inzwischen 92-jährige Erblasserin am 22.4.1996 zu Protokoll eines anderen Notars die Anfechtung des Testaments vom 5.10.1979, soweit der Kläger oder seine Abkömmlinge darin als Erben oder Ersatzerben berufen sind. In der Urkunde heißt es, bei der Erbeinsetzung des Klägers seien die Erblasserin und ihr Ehemann „von der Erwartung seiner bis dahin einwandfreien Lebensführung“ ausgegangen, die sich nicht erfüllt habe. Der Kläger habe seine Mutter übervorteilt und dadurch deren wirtschaftliche Existenz ruiniert. Gewissheit habe die Erblasserin darüber erst im März 1996 aus ihr vorgelegten Schriftstücken erlangt. Außerdem habe der Kläger auch seine Brüder in eine bedrohliche finanzielle Lage gebracht, weil er sie zu hohen Darlehen veranlasst habe und deren Rückzahlung verweigere. Der Kläger habe das seit jeher bestehende enge persönliche Verhältnis zur Erblasserin vor etwa einem halben Jahr beendet, ohne dass sie ihm einen Grund dafür gegeben habe. Insgesamt sei das harmonische Leben der Familie durch das Verhalten des Klägers zerstört worden. Ihr Ehemann hätte die Erbeinsetzung ebenso wie die Erblasserin selbst bei Kenntnis dieser Sachlage nicht vorgenommen.

Auf einen Hilfsantrag des Klägers hat das LG festgestellt, dass er nach dem Tod der Vorerbin, seiner Mutter, alleiniger Nacherbe geworden sei. Den weitergehenden Antrag des Klägers auf Feststellung, dass er bereits mit dem Erbfall Alleinerbe geworden sei, hat das LG abgewiesen. Das Berufungsgericht hat diese Entscheidung auch gegenüber dem Beklagten zu 2 bestätigt und die weitergehenden Berufungsanträge aller Parteien zurückgewiesen.

Dagegen wenden sich der Kläger mit der Revision und die Beklagten mit ihren Anschlussrevisionen. Sie verfolgen mit ihren Rechtsmitteln insoweit ihre Schlussanträge zweiter Instanz weiter.

Aus den Gründen:

Die Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

A. I.

Was zunächst die Erbfolge angeht, ist nicht streitig, dass sie sich aufgrund Rückverweisung für zum Nachlass gehörende

Mobilien auf das Wohnsitzrecht und für Immobilien auf das Belegenheitsrecht insgesamt nach deutschem Recht beurteilt (vgl. *Odersky*, ZEV 2000, 492).

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Kläger nicht aufgrund des Zuwendungsverzichtsvertrages vom 30.6.1994 bereits mit dem Tod der Erblasserin deren Vollerbe geworden. (...)

II.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision des Klägers greifen nicht durch.

1. Nach ganz herrschender Meinung kann der Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) grundsätzlich ebenso wie der Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht (§ 2346 BGB) durch Vertrag mit dem Erblasser wieder aufgehoben werden (vgl. etwa LG Kempten, MittBayNot 1978, 63, 64; *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2352 Rdnr. 54; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2352 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2352 Rdnr. 27; *MünchKommBGB/Strobel*, 4. Aufl., § 2352 Rdnr. 17; *AnwKommBGB/Beck/Ullrich*, § 2352 Rdnr. 20; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2352 Rdnr. 5; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 7 III 2 a, S. 180; im Ergebnis auch *Mittenzwei*, ZEV 2004, 488; a. A. *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 82 V 2; *Kornxl*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 554 ff.).

Zwar verweist § 2352 Satz 3 BGB für den Zuwendungsverzicht lediglich auf die in §§ 2347 und 2348 BGB für den Erbverzicht geforderten persönlichen Anforderungen und Formvorschriften, nicht aber auf die in § 2351 BGB geregelte Aufhebung des Erbverzichts. Das steht jedenfalls einer analogen Anwendung des § 2351 BGB aber nicht entgegen, soweit die Interessenlage übereinstimmt. Anders als bei einem Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht kann der Erblasser bei einem Zuwendungsverzicht die Erbfolgeregelung, auf die der Begünstigte verzichtet hat, durch eine neue Verfügung von Todes wegen wieder herstellen, so dass insofern für eine Aufhebung des Zuwendungsverzichts keine Notwendigkeit besteht. Anders liegt es aber, wenn der Erblasser nicht wirksam neu verfügen kann, etwa weil er durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein wechselseitiges gemeinschaftliches Testament gebunden ist. Jedenfalls in solchen Fällen kann § 2351 BGB entsprechend auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts angewandt werden. Ob die Verweisung auf § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden kann, auch auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts trotz der insoweit bestehenden Bedenken im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers (§§ 2064, 2065 BGB) angewandt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

2. Im vorliegenden Fall ist im gemeinschaftlichen Testament vom 5.10.1979 nach dem Tod des letzten Großelternteils die Mutter des Klägers als Vorerbin und der Kläger erst nach deren Tod als Nacherbe vorgesehen. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, dass diese Bestimmungen wechselseitig und damit für die länger lebende Erblasserin bindend sind (§§ 2270, 2271 BGB). Obwohl das Testament (anders als in BGHZ 149, 363, 366 = DNotZ 2002, 661) keine Wiederverheirathungsklausel enthält, liegt nahe, dass der Ehemann die Erblasserin nur deshalb zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat, weil auch sie die gemeinsame Tochter und den ältesten Enkel als Vor- und Nacherben für den Fall bestimmt hat, dass sie als letzte starb. Auch wenn die Begriffe Vor- und Nacherbe im Testament nicht verwendet werden, sprechen die

Beschränkung der Tochter durch die Anordnung, dass der bei ihrem Tode noch vorhandene Nachlass der Großeltern auf den Enkel übergehen solle, sowie die Bevorzugung des Klägers als des alleinigen (Nach-)Erben gegenüber seinen Brüdern dafür, dass die Großeltern die Schlusserbfolge gemeinsam erwogen und in allen Einzelheiten festgelegt haben; dass dem überlebenden Großelternanteil hätte freistehen sollen, insoweit Änderungen zu verfügen, ist dem Testament nicht zu entnehmen. Sie ergeben sich nicht etwa daraus, dass im Testament zwar ein Veräußerungsverbot bezüglich des Grundstücks in H. während der Dauer der Testamentsvollstreckung angeordnet worden ist, der überlebende Ehegatte an einer Veräußerung aber nicht gehindert war. Das ändert an der bindenden Wirkung der den Nachlass des letztversterbenden Großelternanteils betreffenden Anordnungen jedoch nichts. Es entspricht auch nicht der Lebenserfahrung, dass der Erstversterbende dem überlebenden Ehegatten ganz allgemein das Recht einräumen wolle, die zugunsten von Angehörigen der übernächsten Generation getroffenen Anordnungen für den Fall einer Verschlechterung der persönlichen Beziehungen zu ändern. Davon kann insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden nicht ausgegangen werden, in denen nicht nur persönliche, sondern auch wirtschaftliche und unternehmerische Überlegungen eine Rolle für die Nachfolgeregelung gespielt haben. Im Übrigen greift hier die Regel des § 2270 Abs. 2 BGB ein.

3. Wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, hätte die Erblasserin trotz des Zuwendungsverzichts die im gemeinschaftlichen Testament vom 5.10.1979 vorgesehene Schlusserbfolge zwar inhaltsgleich erneut anordnen können; eine solche einseitige, wiederholende Verfügung hätte aber nicht an der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments teilgenommen, sondern jederzeit von der Erblasserin widerrufen werden können. Das berechtigte Interesse, das beim Erbverzicht an Aufhebung nach § 2351 BGB besteht, nämlich die vor dem Verzicht bestehende Rechtslage wiederherzustellen, ist mithin hier auch für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts gegeben.

Wie das Berufungsgericht weiter zutreffend erkannt hat, ist durch den Aufhebungsvertrag vom 24.3.1995 die im gemeinschaftlichen Testament vom 5.10.1979 vorgesehene Schlusserbfolge wieder gültig geworden. Diese Rechtsfolge tritt jedenfalls vom Zeitpunkt der Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages an ein. Ob eine der ursprünglichen Zuwendung entgegenstehende erbrechtliche Bindung, die ein Erblasser in der Zeit zwischen dem Zuwendungsverzicht und seiner Aufhebung eingegangen ist, hinfällig würde, die Aufhebung also *ex tunc* wirken würde, ist zweifelhaft (dagegen *Staudinger/Schotten*, § 2352 Rdnr. 54; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2352 Rdnr. 27 Fn. 54; *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 563 ff.; *Mittenzwei*, ZEV 2004, 488, 491 f.; a. A. LG Kempten, MittBayNot 1978, 63, 64). Die Frage bedarf hier aber keiner Entscheidung, weil die Erblasserin eine anderweitige, vom gemeinschaftlichen Testament abweichende Verfügung nicht getroffen hat.

a) Dass der Zuwendungsverzicht der Mutter ein „Nachrücken“ des Klägers in der im Testament vom 5.10.1979 angeordneten Erbfolge bewirkte, ließ keine neue, zusätzliche Bindung der Erblasserin in dem Sinne entstehen, dass sie davon etwa nicht durch Aufhebung des Zuwendungsverzichts wieder hätte abweichen können (anders *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 563, 565). Vielmehr wurde die testamentarische Regelung als solche nicht dadurch verändert, dass die Mutter des Klägers auf die ihr darin zugeordnete Begünstigung verzichtet hat. Wäre dieser Verzicht bestehen geblieben, wäre zugunsten des Klägers die Ersatzerbfolge zum Zuge gekommen, die

im Testament ausdrücklich für den Fall des Vorversterbens der Tochter vorgesehen war (vgl. §§ 2102, 2096 BGB). Die Aufhebung des Zuwendungsverzichts hat keine andere Wirkung als der Umstand, dass die Mutter des Klägers den Erbfall erlebte. Folglich bedurfte es keines Zuwendungsverzichts des Klägers, um die ursprünglich im Testament vorgesehene Vor- und Nacherbfolge wirksam werden zu lassen.

b) Der Kläger hat durch den Vertrag vom 30.6.1994 auch keine die Erblasserin bindende neue Rechtsposition erlangt. Er hat sich mit dem Zuwendungsverzicht seiner Mutter zwar einverstanden erklärt und ihn angenommen. Das wird im Hinblick auf die Abfindung verständlich, die er seiner Mutter für die Zeit nach dem Tod der Erblasserin im Vertrag vom 30.6.1994 versprochen hat. Für den Zuwendungsverzicht selbst (§ 2352 BGB) war seine Zustimmung dagegen ohne Bedeutung. Sie lässt sich auch nicht etwa als erbvertragliche Begünstigung des Klägers auslegen. Denn in dem der Zustimmung des Klägers unmittelbar vorangehenden Vertragstext ist festgehalten, der Verzicht der Mutter des Klägers habe „die Wirkung“, dass der Kläger, der bisher im gemeinschaftlichen Testament vom 5.10.1979 als Schlussnacherbe eingesetzt war, nunmehr testamentarischer Alleinerbe der Erblasserin werde. Damit ist die erbrechtliche Rechtsstellung, die der Kläger aufgrund des Verzichtsvertrages zu erwarten hatte, nicht etwa als Inhalt der getroffenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, sondern ausdrücklich als Wirkung des Verzichts beschrieben. Das genügte, um den Zweck des Vertrages zu erreichen, nämlich einen Zugriff des zweiten Ehemannes der Mutter des Klägers auf den Nachlass der Großeltern zu verhindern.

c) Ob dem Kläger im Hinblick auf die von ihm eingegangene Verpflichtung zu einer Abfindung seiner Mutter Schadensersatzansprüche zustehen, kann offen bleiben. Der Kläger macht nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass er nach dem Tod der Erblasserin Abfindungszahlungen an seine Mutter geleistet hätte oder ihm sonst ein zu ersetzender Schaden entstanden sein könnte. Deshalb handeln die Beklagten zu 1 a und 1 b auch nicht treuwidrig, wenn sie sich als Erben ihrer Mutter auf die Aufhebung des Zuwendungsverzichts berufen.

Damit erweist sich die Revision des Klägers als unbegründet.

B. I.

Das Berufungsgericht hält die Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 5.10.1979 nicht für wirksam. (...)

II.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Anschlussrevisionen der Beklagten greifen nicht durch.

1. Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein zur Anfechtung berechtigender Motivirrtum in der enttäuschten Erwartung des Erblassers liegen, seine persönlichen Beziehungen zum Bedachten würden sich harmonisch, jedenfalls frei von tief greifenden Störungen entwickeln. Diese Erwartung muss dem Erblasser im Zeitpunkt der Zuwendung nicht bewusst gewesen sein; es genügt, dass er sie als selbstverständlich vorausgesetzt hat (st. Rspr., vgl. etwa BGH, NJW-RR 1987, 1412 unter II 1; WM 1983, 567 unter 2 d). Um die Anfechtung zu rechtfertigen, muss ein Motivirrtum aber nicht nur ursächlich für den letzten Willen gewesen sein, sondern für den Erblasser den letztlich entscheidenden, ihn bewegenden Grund darstellen. Dafür kommen nur besonders schwerwiegende Umstände in Betracht, die gerade diesen Erblasser mit Sicherheit dazu gebracht hätten, anders zu testieren (BGH, NJW-RR 1987, 1412 unter II 2 a). Soweit es um enttäuschte Erwartun-

gen geht, kann deren Ursächlichkeit auch im Normalfall nicht aufgrund von Erfahrungssätzen festgestellt werden; das wäre durch die Lebenserfahrung nicht gedeckt und würde die Bindungswirkung eines Testaments praktisch weitgehend aufheben. Vielmehr muss der dem Anfechtenden obliegende Beweis der Ursächlichkeit durch die besonderen Umstände des Einzelfalls geführt werden (BGH, NJW 1963, 246 unter 6).

2. Die Anschlussrevisionen machen geltend, der Kläger bestreite nicht, dass er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung der Lieblingsenkel seiner Großeltern gewesen sei. Das Berufungsgericht sei verfahrensfehlerhaft den Beweisanträgen für die Behauptung der Beklagten nicht nachgegangen, dass die Erbeinsetzung des Klägers auf dieser Stellung als Lieblingsenkel der Großeltern beruht habe. Diese hätten dem das Testament beurkundenden Beklagten zu 2 auf dessen Frage, warum sie den Kläger bevorzugen wollten, erklärt, das besonders enge und vertrauensvolle Verhältnis zum Kläger sei der Beweggrund für dessen Erbeinsetzung. Auch nahe Bekannte und Freunde der Großeltern könnten dies aufgrund von vertraulichen Gesprächen bekunden.

Auf die in das Wissen der Zeugen und des Beklagten zu 2 gestellten Behauptungen kam es indessen nicht entscheidend an. Das Berufungsgericht konnte diese Behauptungen als wahr unterstellen, ohne dass seiner Würdigung dadurch die Grundlage entzogen wäre. Die behaupteten Äußerungen der Erblasser sind nur Indizien für ihren letzten Willen und insbesondere dafür, was für sie unter mehreren möglichen Motiven der letztlich entscheidende Beweggrund war. Auf diese Haupttatsachen hat der Tatrichter aus den vorgetragenen Indizien rechtsfehlerfrei nur mögliche, aber nicht zwingende Schlüsse ziehen können (vgl. BGHZ 121, 266, 271). Deshalb bedurfte es insoweit keiner Beweisaufnahme.

Das Berufungsgericht hebt nämlich mit Recht hervor, dass den Großeltern im Zeitpunkt der Testamentserrichtung kaum eine andere Alternative als die Einsetzung des Klägers als alleinigem Nacherben blieb, wenn sie seine Mutter nicht als unbeschränkte Alleinerbin einsetzen, das wesentliche Vermögen aber in einer Hand zusammenhalten wollten, weil die Entwicklung der Brüder des Klägers seinerzeit noch weniger voraussehen war als die des Klägers. Im Hinblick auf den Umfang des Familienvermögens und die wirtschaftliche Bedeutung, die seiner Erhaltung für alle Beteiligten zukam, sind die Zweifel des Berufungsgerichts verständlich, ob die Fortdauer auch des bei Testamentserrichtung bestehenden guten persönlichen Verhältnisses des Klägers zu seinen Großeltern bis zum Tod des Längerlebenden nicht nur der Erwartung der Großeltern entsprach, sondern auch der eigentliche Beweggrund für seine Erbeinsetzung war. Soweit sie dem Beklagten zu 2 als Notar gesagt haben, der Beweggrund für die Bevorzugung des Klägers vor seinen Brüdern sei ihr besonders enges und vertrauensvolles Verhältnis zu ihm, ergibt sich daraus nicht, dass sie von einer Einsetzung des Klägers als alleinigem Nacherben abgesehen hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass Zweifel an einem unveränderten Fortbestehen gerade dieser persönlichen Beziehung bis zu dem möglicherweise fernen Ableben des letzten Großelternanteils nicht zuverlässig auszuschließen waren.

Mithin waren die Anschlussrevisionen zurückzuweisen.

Anmerkung:

I. Problem

1. Inhalt der BGH-Entscheidung

Die vorstehende Entscheidung des BGH betrifft im Wesentlichen drei Rechtsfragen: (1) anwendbares Recht, (2) Zuläs-

sigkeit der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts und (3) Voraussetzungen der Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen wegen Motivirrtums.

Der BGH hat die erste Frage ohne weiteres in Richtung deutsches Recht beantwortet. Auch die Ausführungen zum dritten Themenkreis bringen keine grundsätzlich neuen Erkenntnisse – abgesehen von der Bestätigung, dass die Anfechtung erbrechtlich bindender Verfügungen wegen Motivirrtums häufig am Kausalitätsnachweis scheitert, an den die Rechtsprechung strenge Anforderungen stellt.¹ Bedeutsam ist die Entscheidung daher i. e. L. wegen des zweiten Problems, der Frage nach der Zulässigkeit der *Aufhebung* eines Zuwendungsverzichtsvertrages.

2. Gesetzliche Regelung lückenhaft

Für den Erbverzichtsvertrag ist in § 2351 BGB ausdrücklich geregelt, dass dieser durch notariell beurkundeten Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden wieder aufgehoben werden kann. Entsprechendes gilt für den Pflichtteilsverzichtsvertrag, der nach dem Gesetz einen Unterfall des Erbverzichtsvertrages darstellt (§ 2346 Abs. 2 BGB). Der Zuwendungsverzicht, der in § 2352 BGB eine eigenständige gesetzliche Regelung erfahren hat, enthält in § 2352 Satz 3 BGB keine ausdrückliche Verweisung auf § 2351 BGB, sondern nur auf die §§ 2347, 2348 BGB hinsichtlich der für den Erbverzicht geforderten persönlichen Anforderungen und Formvorschriften. Im Hinblick auf die Frage der Aufhebbarkeit eines Zuwendungsverzichts liegt also eine Lücke im Gesetz vor.

3. Analoge Anwendung des § 2351 BGB?

a) Standpunkt der herrschenden Meinung

Obwohl im Allgemeinen vertreten wird, dass die nicht in Bezug genommenen Vorschriften des Erbverzichts, wie z. B. § 2349 BGB oder § 2350 BGB, *nicht* analog auf den Zuwendungsverzicht angewandt werden können,² wird die analoge Anwendbarkeit des § 2351 BGB auf den Zuwendungsverzicht in der Literatur überwiegend bejaht.³

Auch die einzige gerichtliche Entscheidung, die vor Ergehen der BGH-Entscheidung zum Thema vorlag – der Beschluss des LG Kempten vom 7.12.1977⁴ – geht von der Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages aus.⁵ Dabei vertritt das LG Kempten, dass durch den Aufhebungsvertrag selbst eine in der Zeit zwischen dem Zuwendungsverzichtsvertrag und der Aufhebung dieses Vertrages begründete erbrechtliche Bindung des

¹ Vgl. dazu OLG München, Rpfleger 2007, 549 = ZEV 2007, 530 = FamRZ 2008, 550; BayObLG, NJW-RR 2006, 372 = Rpfleger 2006, 189 = MittBayNot 2006, 249 = ZEV 2006, 209 = DNotZ 2006, 528; vgl. auch BGH, NJW 1963, 246 = MDR 1963, 208.

² Vgl. nur *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2352 Rdnr. 9, 19 ff.

³ *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2352 Rdnr. 2 i. V. m. § 2351 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2352 Rdnr. 28; *Münch-KommBGB/Strobel*, 4. Aufl., § 2352 Rdnr. 17; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2352 Rdnr. 5; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl. 2001, § 7 III 2 a, S. 180; *Quantius*, Die Aufhebung des Erbverzichts, 2001, S. 139; *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2352 Rdnr. 54 m. w. N.; im Ergebnis auch *Mittenzwei*, ZEV 2004, 488.

⁴ MittBayNot 1978, 63 m. zust. Anm. *Büttel*.

⁵ Die Aufhebung des Zuwendungsverzichts hat zur Folge, dass die Zuwendung, auf die verzichtet wurde, im Rahmen der Verfügung von Todes wegen, in der sie angeordnet war, wieder wirksam wird, ohne dass der Erblasser erneut verfügen müsste.

Erblassers beseitigt werden kann, misst dem Aufhebungsvertrag also sogar *rückwirkende* Bedeutung zu.

b) Ansicht von Kornexl

In der Literatur hat sich namentlich *Kornexl*⁶ ausdrücklich gegen eine analoge Anwendung des § 2351 BGB ausgesprochen: Die Situation beim Zuwendungsverzicht sei nicht mit derjenigen beim Erb- und Pflichtteilsverzicht vergleichbar, wo sich einige Auswirkungen (vgl. z. B. § 2310 Satz 2 BGB) nicht durch Verfügungen von Todes wegen beseitigen ließen. Außerdem hält *Kornexl* die Aufhebbarkeit des Zuwendungsverzichts für problematisch, zum einen im Falle der Testierunfähigkeit des Erblassers, wenn dessen gesetzlicher Vertreter handeln müsse (§ 2065 BGB!). Zum anderen dürfe der Erblasser nicht *einseitig* mit Hilfe des Aufhebungsvertrages eine erbrechtliche Bindung beseitigen, wobei diese nach Ansicht von *Kornexl* nicht nur durch eine bindende Zuwendung nach Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages, sondern auch durch eine in der ursprünglichen Verfügung enthaltene Nachrücker-Bestimmung (Ersatzberufung als Erbe oder Vermächtnisnehmer) begründet sein kann.

II. Entscheidung

1. Nicht entschiedene Fragen

Der BGH bejaht in Übereinstimmung mit der bislang herrschenden Meinung die Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages zum Zuwendungsverzichtsvertrag. Dabei schiebt er allerdings nicht alle gegen die herrschende Meinung vorgebrachten Bedenken beiseite: Der BGH lässt zum einen ausdrücklich offen, ob wegen der bestehenden Bedenken im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers (§§ 2064, 2065 BGB) die Verweisung auf § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter geschlossen werden kann, tatsächlich auch auf die Aufhebung des Zuwendungsverzichts angewandt werden kann.

Der BGH hat zum anderen nicht ausdrücklich entschieden, ob dem Aufhebungsvertrag – wie es das LG Kempten angenommen hat (vgl. oben) – Rückwirkung zukommen kann. In dieser Frage scheint der BGH allerdings eher zur Annahme einer ex-nunc-Wirkung zu tendieren, da er eine Aufhebungswirkung ex tunc ausdrücklich als „zweifelhaft“ bezeichnet.

2. Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages im Grundsatz

Auch im Übrigen spricht sich der BGH nicht allgemein für die Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages aus, sondern allenfalls *im Grundsatz*. Denn er begrenzt die Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages beim Zuwendungsverzicht ausweislich des Leitsatzes (a. E.) auf die Fälle, in denen „der Erblasser den Rechtszustand vor dem Verzicht durch Verfügung von Todes wegen nicht vollständig wiederherstellen könnte“.

Die Bedeutung dieser Einschränkung erschließt sich dem Leser nicht unmittelbar. Dass der Erblasser den Rechtszustand durch eine (neue) Verfügung von Todes wegen nicht vollständig wiederherstellen könnte, deutet naheliegenderweise auf die Annahme einer entgegenstehenden erbrechtlichen Bindung hin (vgl. die Ausführungen des BGH unter A. II. 1 der

Entscheidungsgründe). Denn schließlich wird in der Literatur auch darauf hingewiesen, dass der Aufhebungsvertrag vor allem dann praktische Bedeutung habe, wenn der Erblasser an einer neuen Verfügung gehindert sei, z. B., weil der Erblasser durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein vor diesem Zeitpunkt errichtetes gemeinschaftliches Testament gebunden sei.⁷

Diese Interpretation des Leitsatzes des BGH steht jedoch im Widerspruch zu den Entscheidungsgründen (unter A. II. 3 und 4), in denen der BGH ausführt, dass der Zuwendungsverzicht der primär bedachten Mutter, der ein Nachrücken ihres als Ersatzerben eingesetzten Sohnes bewirkt habe, keine neue, zusätzliche Bindung der Erblasserin habe entstehen lassen und die Erblasserin nicht gehindert gewesen sei, durch neue einseitige Verfügung die ursprünglich vorgesehene Schlusserbfolge inhaltsgleich erneut anzuordnen.

Der BGH geht also offensichtlich davon aus, dass auch ein bindend berufener Ersatzerbe oder Ersatzvermächtnisnehmer durch – erneute – Verfügung zugunsten des Primärberufenen nicht i. S. v. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB beeinträchtigt wird, selbst wenn der Primärberufene zwischenzeitlich durch Zuwendungsverzicht „weggefallen“ ist und damit den Weg frei gemacht hat für den Anfall der Zuwendung an den Ersatzberufenen. Damit wird der Ersatzberufene im Ergebnis nur in dem von der ursprünglichen Verfügung vorgegebenen Rahmen, d. h. in seiner *berechtigten Erberwartung*, geschützt. Schließt man sich dieser Ansicht des BGH an, kann die – aus seiner Sicht gar nicht vorhandene – entgegenstehende erbrechtliche Bindung daher kein Argument für die Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages liefern.

Vielleicht hat der BGH mit seiner Einschränkung im Leitsatz aber auch etwas anderes als eine entgegenstehende erbrechtliche Bindung gemeint. Denn in den Entscheidungsgründen (unter A. II. 3) leitet der BGH das berechtigte Interesse für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts aus dem Umstand her, dass die Erblasserin zwar die im gemeinschaftlichen Testament vorgesehene Schlusserbfolge inhaltsgleich hätte erneut anordnen können, eine solche einseitige, wiederholende Verfügung aber nicht an der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments teilgenommen hätte, sondern jederzeit von der Erblasserin hätte widerrufen werden können. Der BGH sieht das berechtigte Interesse für die Zulassung des Aufhebungsvertrages folglich darin begründet, dass es sich bei der neuen Verfügung lediglich um eine einseitige gehandelt hätte, während die durch den Zuwendungsverzicht „ihrer Wirkung entkleidete“ Schlusserbeneinsetzung der Tochter eine wechselseitige Verfügung darstellte.

Auch diese Argumentation ist allerdings angreifbar und vermag die bejahte Analogie nicht zwingend zu begründen: Tritt der Erbfall ein und liegt eine wirksame Verfügung zugunsten der Tochter vor, wird diese Alleinerbin, egal, ob die Erbberufung auf eine einseitige oder eine erbrechtlich bindende Verfügung zurückgeht. Der Unterschied in beiden Rechtspositionen liegt also nicht in der Rechtsfolge, sondern in der Frage der lebzeitigen Abänderbarkeit der Verfügung durch den Erblasser. Letztere kann aber nicht nur durch Aufhebung des Zuwendungsverzichts und Wiederinkraftsetzung der ursprünglichen Zuwendung, sondern auch dadurch ausgeschlossen werden, dass die Erblasserin die neue Verfügung zugunsten des Verzichtenden in einem Erbvertrag trifft (naheliegenderweise mit dem Bedachten selbst). Es trifft also auch nicht vorbehaltlos zu, dass durch eine neue Verfügung der

⁶ Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 554 ff.; ablehnend auch *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 82 V 2 (allerdings ohne weitergehende Begründung); *Kramm*, Entstehung und Beseitigung der Rechtswirkungen eines Erbverzichts, 2003, S. 180.

⁷ Vgl. *Staudinger/Schotten*, § 2352 Rdnr. 54 m. w. N.

Rechtszustand wie vor dem Verzicht nicht hätte wiederhergestellt werden können, auch wenn zugegebenermaßen zum Abschluss des Erbvertrages die Mitwirkung einer weiteren Person erforderlich gewesen wäre.

Die aus meiner Sicht gegebene Schwäche der Argumentation des BGH spricht aber nicht zwingend *gegen* die Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages, wie dies *Kornel* in seiner Urteilsanmerkung annimmt.⁸ Aus meiner Sicht legitimiert sich der Aufhebungsvertrag allein dadurch, dass nur durch einen dem Zuwendungsverzicht entsprechenden *actus contrarius* die ursprüngliche Verfügung selbst wieder in Kraft gesetzt werden kann und keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen können, statt des umständlicheren Weges der Errichtung einer neuen (bindenden) Verfügung zugunsten des Verzichtenden (den der BGH für zulässig hält) den einfacheren und direkten Weg der vertraglichen Aufhebung des Zuwendungsverzichts zu wählen.

III. Fazit

Was die bislang umstrittene Frage der Zulässigkeit der vertraglichen Aufhebung des Zuwendungsverzichts anbelangt, ist die Klärung der Rechtslage im positiven Sinne durch die vorstehende BGH-Entscheidung grundsätzlich zu begrüßen. Die vom BGH zur Stützung seiner Rechtsansicht vorgebrachten Argumente überzeugen allerdings nicht restlos, ebenso wenig die Einschränkung der Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages im letzten Halbsatz des Leitsatzes. Wünschenswert wäre vielmehr eine jedenfalls im Prinzip vorbehaltlose Anerkennung des Aufhebungsvertrages gewesen.

Leider bleiben auch zwei für die Praxis wichtige Fragen zum Aufhebungsvertrag ungeklärt: die nach einer etwaigen Rückwirkung und die nach der etwaigen Vertretung eines Testierunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter. Liegt dem Notar ein solcher (aus meiner Sicht „kritischer“) Fall vor, wird er daher nicht uneingeschränkt zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages raten können.

Die im Ergebnis bedeutendste Aussage der Entscheidung betrifft m. E. aber die *Erbrechtsposition des Ersatzberufenen nach Zuwendungsverzicht des Primärberufenen*. Hier kann der Gestalter erleichtert zur Kenntnis nehmen, dass selbst im Falle einer erbrechtlich bindenden Ersatzberufung bis zum Eintritt des Erbfalles Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten des Verzichtenden (nicht aber Dritter!) bestehen. Ein nach Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages nicht mehr gewünschtes Ergebnis können der Erblasser und der Verzichtende damit nicht nur durch Aufhebungsvertrag (was schon bislang überwiegend angenommen wurde), sondern sogar durch neue Verfügung zugunsten des Verzichtenden (was bislang eher zweifelhaft war) revidieren.

Aber muss der Ersatzberufene dies tatsächlich in allen Fällen hinnehmen? Wohl nein. Zwar dürfte es nicht möglich sein, den Begünstigten derart in den Zuwendungsverzichtsvertrag einzubinden, dass der Abschluss eines Aufhebungsvertrages nur unter dessen Mitwirkung wirksam zustande kommen kann.⁹ Denn der Kreis der Vertragsschließenden eines Aufhebungsvertrages ist m. E. zwingend auf die ursprünglichen Vertragspartner, d. h. den Erblasser und den Verzichtenden, beschränkt und nicht durch Parteivereinbarung erweiterbar. Verpflichtet sich der Verzichtende aber nicht nur gegenüber dem Erblasser, sondern auch gegenüber dem Begünstigten zum Abschluss (und der Aufrechterhaltung) des Zuwendungsverzichts, würde die Auf-

hebung des Zuwendungsverzichts ohne dessen Mitwirkung zumindest Schadensersatzpflichten auslösen.¹⁰

Vor allem aber kann der Zuwendungsverzicht – wie es im BGH-Fall auch erörtert worden ist – mit einer erbvertraglichen Einsetzung des Ersatzberufenen verbunden werden, die dann durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Verzichtenden wohl nicht mehr rückwirkend beseitigt werden könnte.

Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller*, Würzburg

¹⁰ Vgl. zur entsprechenden Konstruktion beim Pflichtteilsverzicht OLG Karlsruhe, ZEV 2000, 108 mit nachfolgender Stellungnahme des BGH.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB §§ 38, 58, 488 Abs. 1 (*Sonderbeitragspflicht im Verein*)

- a) **Die bereits im Aufnahmeantrag begründete Verpflichtung eines Vereinsmitglieds, dem Verein (hier: einem Golfclub) – neben der Zahlung der Aufnahmegebühr und des Jahresbeitrags – ein zinsloses Darlehen zur Steigerung der Attraktivität des Vereins (hier: Ausbau des Platzes von 9 auf 18 Bahnen) zu den im Antrag genannten Konditionen zu gewähren, stellt eine korporationsrechtliche Pflicht nach Art einer „gespaltenen Beitragspflicht“ dar. An dem Charakter dieser Pflicht ändert sich nichts dadurch, dass das Mitglied und der Verein nach dem Beitritt über die Darlehensgewährung einen Vertrag schließen.**
- b) **Die Verpflichtung zur Erhebung eines Sonderbeitrags in Form eines solchen Darlehens bedarf dem Grunde und – in Gestalt der Angabe einer Obergrenze – der Höhe nach der Zulassung in der Satzung.**

BGH, Urteil vom 2.6.2008, II ZR 289/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin beantragte am 26.8.1993 die Aufnahme in den beklagten Golfclub. In dem von dem Beklagten angenommenen Antrag verpflichtete sie sich neben der Zahlung einer Aufnahmegebühr und des Jahresbeitrags

„zur Unterzeichnung eines Darlehensvertrags zur Gewährung eines zinslosen Darlehens über 8.000 DM, das frühestens nach zehn Jahren und nach meinem ... Ausscheiden aus dem Golfclub W. e. V. unter der Bedingung zurückgezahlt wird, dass der Golfclub W. e. V. zu diesem Zeitpunkt eine Warteliste mit mindestens 20 Interessenten führt und der Aufnahmeantrag an meiner ... Stelle ein ... neues Mitglied aufgenommen hat. Das Darlehen wird fällig bei Auftragserteilung zum Platzausbau um weitere neun Spielbahnen (voraussichtlich Frühjahr/Sommer 1994).“

Die Verpflichtung zum Abschluss eines derartigen Darlehensvertrages im Falle des Beitritts eines neuen Mitglieds hatte keine satzungrechtliche Grundlage, sondern beruhte lediglich auf einem Vorstandsbeschluss des Beklagten vom 15.7.1993.

Der Darlehensvertrag zwischen dem Beklagten und der Klägerin wurde am 18.8.1994 geschlossen; die Klägerin zahlte die Darlehenssumme im Laufe des Jahres 1994.

Nachdem die Darlehensverträge aus den Jahren 1993/94 einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen worden waren und das Gericht dabei Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit deswegen geäußert hatte, weil die Forderung nach Abschluss der Darlehensverträge lediglich vom Vorstand und nicht von der Mitgliederversammlung beschlossen worden war, fasste die Mitgliederversammlung des Beklagten am 14.6.1996 einerseits, um diesen Bedenken Rechnung zu

⁸ ZEV 2008, 240.

⁹ Vgl. auch *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 98.

tragen und den Mangel zu beheben, andererseits, um aus Gleichbehandlungsgrundsätzen nicht nur die neu eintretenden, sondern auch die Gründungsmitglieder zur Darlehensgewährung heranzuziehen, folgenden Beschluss:

„Vorbehaltlich einer juristischen Prüfung zeichnen alle Mitglieder (bei neun Gegenstimmen und sieben Enthaltungen) ein Darlehen von 5.000 DM.

Die bestehenden Darlehensverträge über verbleibende 5.000 DM werden (bei acht Gegenstimmen und acht Enthaltungen) ange-rechnet.“

Die Klägerin und der Beklagte schlossen daraufhin am 12.12.1996 einen weiteren Darlehensvertrag, der in seiner Präambel auf den obigen Beschluss der Mitgliederversammlung Bezug nimmt und in dem es weiter heißt:

„5. Hat der Darlehensgeber sich bereits in einem anderen Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer ein zins-loses Darlehen mindestens in gleicher Höhe zu gewähren, so verzichtet der Darlehensnehmer auf die Erfüllung dieses Vertrages hinsichtlich der Zahlung bis zu einer Höhe von 5.000 DM, sofern der vorliegende Darlehensvertrag zwischen den Parteien geschlossen ist.

6. Das Darlehen wird frühestens nach zehn Jahren und nach Ausscheiden des Darlehensgebers aus den Golfclub W. e. V. zurückgezahlt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Die Kündigung muss schriftlich erfolgen.

6.1 Das Darlehen kann durch den Darlehensgeber nach Ablauf der zehn Jahren jedoch nur dann gekündigt werden, wenn zu diesem Zeitpunkt der Golfclub W. e. V. eine Warteliste mit mindestens 20 Interessenten führt und der Aufnahmeantrag anstelle des kündigenden Darlehensgebers ein neues Mitglied aufnimmt oder aufgenommen hat. (...)

7. Alternativ zu dieser Darlehensvariante hat der Darlehensgeber jedoch auch das Recht, den Darlehensrückforderungsanspruch nach dem 5. Darlehensjahr – von der ersten Darlehenshingabe an gerechnet – an ein neues Mitglied entsprechend den nachfolgenden Bedingungen zu verkaufen bzw. zu übertragen:

7.1 Der bisherige Darlehensgeber hat dem Übernehmer die Bedingungen des vorliegenden Darlehensvertrages zur Auflage des Übernahmevertrages zu machen.

7.2 Der Übernehmer muss im Zeitpunkt der Übernahme die Mitgliedschaft beantragt haben.

7.3 Sind diese Auflagen gemäß Ziff. 7.1 und 7.2 nicht nach-gewiesen, ist die Übertragung des Darlehensvertrages unwirk-sam.“

Entsprechend Nr. 5 dieses Vertrages musste die Beklagte den Betrag von 5.000 DM nicht erneut zahlen.

Mit Schreiben vom 22.8.2001 kündigte die Klägerin ihre Mitgliedschaft, da sie aus gesundheitlichen Gründen den Golfsport nicht mehr ausüben konnte, und bat um Rückzahlung des Darlehens. Der Beklagte verweigerte dies unter Berufung darauf, dass weder die Rückzahlungsbedingungen des Vertrages von 1994 noch die gemäß Nr. 6.1 bzw. Nr. 7 des Darlehensvertrages von 1996 erfüllt seien und im Übrigen das Geld für den Neubau eines Clubhauses benötigt werde.

Das AG hat der Klage auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 1.533,88 € (= 3.000 DM) stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und teilweiser Abänderung der amtsgerichtlichen Entscheidung zur Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung der Darlehenssumme in Höhe von 4.090,34 € (= 8.000 DM) nebst Zinsen. (...)

II.

Das angefochtene Urteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückerstattung des Darlehensbetrages i. H. v. 4.090,34 € aus § 812 Abs. 1 BGB. Sie hat den zwecks Erfüllung einer korporationsrechtlichen Pflicht geleisteten Darlehensbetrag ohne Rechtsgrund gezahlt. Die Entscheidung der Mitgliederversammlung des Beklagten vom 14.6.1996, einen Sonderbeitrag in Form eines Darlehens zu erheben und zugleich die bereits geschlossenen Darlehensverträge mit einem Beschluss der Mitgliederversammlung zu unterlegen, hat keine ausreichende Grundlage in der Satzung.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, bei der von der Klägerin bei ihrem Beitritt übernommenen Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehens handele es sich um eine wirtschaftliche (Austausch-)Beziehung korporationsrechtlicher und nicht individualrechtlicher Art zwischen den Parteien.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 103, 219 = NJW 1988, 1729; BGH, NJW 1960, 1858, 1859; siehe auch BGH, WM 2003, 1021 m. w. N.) ist Kennzeichen und Voraussetzung korporationsrechtlicher Pflichten eines Verbandsmitglieds, dass sie unmittelbar auf der Satzung beruhen, dazu dienen, den Verbandszweck zu verwirklichen, und mitgliedschaftlicher Natur sind.

b) So liegt der Fall hier. Der Darlehensbetrag, der – schon nach dem Inhalt des Aufnahmeantrags – zur Erweiterung des Golfplatzes benötigt wurde, diene dem vom Verein verfolgten Zweck. Die Verpflichtung der Klägerin, das Darlehen zu gewähren und zu belassen, beruhte auf einem – vermeintlich (s. u. 2 a) – in Ausführung der Satzung (§ 4 Abs. 3) gefassten Beschluss der Mitgliederversammlung und war mit ihrer Mitgliedschaft verbunden, d. h. neben der Aufnahmegebühr und dem Jahresbeitrag schuldete die Klägerin das Darlehen in der Art einer „gespaltenen Beitragspflicht“. Eine Beitragspflicht besteht stets nur für Vereinsmitglieder, niemals für außenstehende Dritte.

aa) Dem steht nicht entgegen, dass in Erfüllung der korporationsrechtlichen Pflicht – zusätzlich – ein Darlehensvertrag zwischen den Parteien geschlossen worden ist (vgl. BGH, WM 2003, 1021 m. w. N.). Die Darlehensbedingungen als solche sind nicht erst in diesem Vertrag, sondern bereits in dem vom Beklagten gegenüber der Klägerin verwendeten Aufnahmeantrag in den für die Begründung der vertraglichen Rechte und Pflichten wesentlichen Einzelheiten sowie hinsichtlich der Zweckverwendung festgelegt und verbindlich geregelt worden (siehe zu einem insoweit anders gelagerten Fall BGH, NJW-RR 1992, 379).

bb) Gegen die Annahme einer korporationsrechtlichen Pflicht spricht darüber hinaus auch nicht der Umstand, dass die Verpflichtung der Klägerin, dem Beklagten das Darlehen zinslos zu belassen, auch dann nicht mit ihrem Austritt enden sollte, wenn die Zehnjahresfrist, nach deren Ablauf das Darlehen erstmals kündbar war, zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war. Ein Kennzeichen für die korporationsrechtliche Pflicht ist regelmäßig, dass sie mit der Mitgliedschaft steht und fällt (siehe insoweit BGHZ 103, 219, 222 = NJW 1988, 1729). Das ist hier insofern der Fall, als ausschließlich Mitglieder des Beklagten diese Verpflichtung eingehen müssen, niemand Mitglied werden kann, der dieselbe nicht übernimmt und diese Pflicht, dem Beklagten das Darlehen über den Zeitpunkt des Ausscheidens hinaus zu belassen, Ausdruck der aus der Mitgliedschaft resultierenden, auch nach dem Austritt fortbestehenden nachwirkenden

den Treuepflicht ist. Schon deshalb, weil – auch – diese Verpflichtung eine mitgliedschaftliche Grundlage hat, steht ihre Qualifizierung als korporationsrechtlich mit Rücksicht auf ihr Fortbestehen nach Austritt nicht in Frage; auch sonst sind derartige fortbestehende Pflichten nach Beendigung der Mitgliedschaft dem Verbandsrecht nicht fremd, wie z. B. die Regeln über die Nachhaftung im Personengesellschaftsrecht (siehe nur § 736 Abs. 2 BGB, § 160 Abs. 1 HGB) zeigen.

2. Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass die korporationsrechtliche Pflicht der Klägerin nicht wirksam begründet worden ist. Zwar ist gegen die Auslegung des Berufungsgerichts, die Mitgliederversammlung habe mit dem Beschluss vom 14.6.1996 – auch – die satzungsmäßig erforderliche Grundlage für die bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Darlehensverträge, mithin auch für den mit der Klägerin im Zusammenhang mit ihrem Beitritt im August 1994 geschlossenen, schaffen wollen, revisionsrechtlich nichts zu erinnern (a). Für den Mitgliederversammlungsbeschluss fehlt es jedoch an einer ausreichenden Grundlage in der Satzung des Beklagten (b).

a) Anlass für den Mitgliederbeschluss vom 14.6.1996 war u. a., die Zweifel, die an der rechtlichen Verbindlichkeit der in den Jahren 1993 und 1994 nur aufgrund eines Vorstandsbeschlusses geschlossenen Darlehensverträge mit den Neumitgliedern bestanden, zu beseitigen. Der Wille, diese Vertragsschlüsse mit dem nach § 4 Abs. 3 der Satzung erforderlichen Mitgliederbeschluss zu unterlegen, kommt, wie das Berufungsgericht in tatrichterlich möglicher und revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt hat, sowohl in der Formulierung des Beschlusses („Die bestehenden Darlehensverträge ... werden angerechnet“), als auch in Nr. 5 des danach mit allen Vereinsmitgliedern geschlossenen Vertrages („Hat der Darlehensgeber sich bereits in einem anderen Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer ein zinsloses Darlehen in mindestens gleicher Höhe zu gewähren, so verzichtet der Darlehensnehmer auf die Erfüllung dieses Vertrages ... bis zu einer Höhe von ... sofern der vorliegende Darlehensvertrag ... zwischen den Parteien geschlossen ist“) hinreichend deutlich zum Ausdruck.

b) Dem Beschluss fehlt jedoch die erforderliche satzungsmäßige Grundlage.

aa) Eine über die reguläre Beitragsschuld hinausgehende finanzielle Belastung des Mitglieds muss bei einem Idealverein nicht nur eindeutig aus der Vereinssatzung hervorgehen, sondern es muss auch ihre Obergrenze der Höhe nach bestimmt oder objektiv bestimmbar sein (BGH, ZIP 2007, 2264 Tz. 11 m. w. N. = DNotZ 2008, 390). Die Begründung und Vermehrung von Leistungspflichten gegenüber dem Verein setzt die Zustimmung des betroffenen Mitglieds voraus, die auch antizipiert in der Satzung erteilt werden kann. Zum Schutz des einzelnen Mitglieds vor einer schrankenlosen Pflichtenmehrung durch die Mehrheit muss sich der maximale Umfang der Pflicht dann aus der Satzung entnehmen lassen. Die mit der Mitgliedschaft verbundenen finanziellen Lasten müssen sich in überschaubaren, im Voraus wenigstens ungefähr abschätzbaren Grenzen halten (BGHZ 130, 243, 247). Das Mitglied muss erkennen können, in welchem Umfang es über die reguläre Beitragspflicht hinaus zu außerplanmäßigen Geldzahlungen verpflichtet werden kann, damit es die mit dem Beitritt verbundenen Lasten bewerten kann (BGH, ZIP 2007, 2264 Tz. 11 m. w. N. = DNotZ 2008, 390).

bb) Diesen Anforderungen genügt die Satzung des Beklagten nicht. § 4 Abs. 3 der Satzung, der die Verpflichtung zur Zahlung von Eintrittsgeld, Jahresbeitrag und Umlagen regelt, stellt schon nach seinem Wortlaut keine ausreichende Grundlage für

die Erhebung eines Sonderbeitrags in Form eines Darlehens dar. Aber selbst wenn man diese Pflicht, wie der Beklagte meint, noch unter den Begriff „Umlage“ fassen wollte, deren Erhebung – auch der Höhe nach – dann von einem Beschluss der Mitgliederversammlung abhängig ist, mangelt es – jedenfalls – an der Festlegung einer Obergrenze. Die Pflicht zur Gewährung eines Darlehens hätte daher nur durch einstimmigen Mitgliederbeschluss wirksam begründet werden können, an dem es hier fehlt. Die Darlehenshingabe seitens der Klägerin erfolgte mithin nicht nur seinerzeit ohne Rechtsgrundlage i. S. d. § 812 Abs. 1 BGB; diese Grundlage wurde auch nicht später durch den genannten Beschluss geschaffen.

cc) Dass die Erhebung des Sonderbeitrags etwa trotz fehlender Grundlage in der Satzung ausnahmsweise zulässig war, weil die Gewährung von Darlehen durch die Mitglieder des Beklagten im Zeitpunkt der Beschlussfassung für den Fortbestand des Vereins unabweisbar notwendig war (siehe insoweit BGH, ZIP 2007, 2264 Tz. 13 f. = DNotZ 2008, 390), ist schon deshalb nicht ersichtlich, weil das für die Begründung der Darlehensverpflichtung im Aufnahmeantrag genannte Investitionsvorhaben bereits durchgeführt war.

3. Angesichts der Unwirksamkeit des Mitgliederbeschlusses braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Beklagte das Darlehen nicht schon allein wegen Zweckerreichung – ohne sich auf die weiteren Rückzahlungsvoraussetzungen berufen zu können – zurückzahlen musste und es ihm versagt ist, das Darlehen nunmehr für den Neubau eines Clubhauses einzubehalten. Ebenso bedarf die Frage keiner Entscheidung, ob der Beklagte, der – unstreitig – zwei anderen Mitgliedern bei deren kündigungsbedingtem Ausscheiden das von diesen gewährte Darlehen zurückgezahlt hat, ohne auf der Einhaltung der Voraussetzungen der Nr. 6.1 oder Nr. 7 des Darlehensvertrages zu bestehen – auch – unter dem Gesichtspunkt der Pflicht zur Gleichbehandlung der Mitglieder (siehe ausführlich hierzu *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 11. Aufl., Rdnr. 771 ff.; *Stöber*, Handbuch des Vereinsrechts, 9. Aufl., Rdnr. 171 ff. jew. m. w. N.) zur Rückzahlung des Darlehens an die Klägerin verpflichtet war.

Beurkundungs- und Notarrecht

10. BauGB § 124; BeurkG § 9; BGB § 311 b (*Erschließungsvertrag ist beurkundungspflichtig*)

- 1. Erschließungsverträge sind notariell zu beurkunden, wenn sie entweder selbst eine Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks enthalten oder wenn sie mit einem Grundstücksvertrag derart rechtlich verbunden sind, dass zumindest eine Abhängigkeit des Grundstücksvertrags vom Erschließungsvertrag besteht.**
- 2. Die Beurkundung eines Erschließungsvertrags muss während der Beurkundungsverhandlung stattfinden. Ihr Fehlen kann nicht dadurch geheilt werden, dass der formunwirksam geschlossene Erschließungsvertrag dem zu beurkundenden Grundstücksvertrag als mitverlesene Anlage beigelegt wird, wenn am Grundstücksvertrag nicht die Personen beteiligt sind, die auch am Erschließungsvertrag beteiligt waren. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OVG Schleswig, Beschluss vom 12.9.2007, 2 LA 107/06

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung eines Pauschalbetrages in Höhe von 46.157,39 € und beruft sich zur Begründung ihres Anspruches auf einen zwischen den Beteiligten am 15.4.1997 geschlossenen Erschließungsvertrag für einen Teilbereich des Bebauungsplanes Nr. 21, in dessen Rahmen sich die Beklagte als Erschließungsträgerin verpflichtet hatte, „die durch den Anschluss an die Wasserversorgungsanlage entstehenden Vorteile mit einem Pauschalbetrag von 90.276 DM abzugelten“. Widerklagend begehrt die Beklagte die Rückzahlung des von ihr aufgrund desselben Vertrages bereits geleisteten Pauschalbetrages für die durch den Anschluss an die Schmutzwasserleitung entstehenden Vorteile in Höhe von 90.412 DM (= 46.226,92 €).

Parallel zum Erschließungsvertrag hatten die Beteiligten ebenfalls am 15.4.1997 einen notariell beurkundeten Grundstücksüberlassungsvertrag geschlossen. Dabei wurde die Klägerin durch einen Verwaltungsfachangestellten vertreten, ausgestattet mit einer vom Bürgermeister der Klägerin unterschriebenen und mit Dienstsiegel versehenen Vollmacht zum Abschluss eines Grundstücksüberlassungsvertrages für die Überlassung der öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen im Geltungsbereich des Bebauungsplanes Nr. 21 und zur Abgabe der hierfür notwendigen Erklärungen. In § 2 des Überlassungsvertrages heißt es:

„Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung erfolgt im Rahmen des zwischen den Vertragsbeteiligten abgeschlossenen Erschließungsvertrages für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 21 der Gemeinde T. Der zwischen den Beteiligten geschlossene Erschließungsvertrag ist in Ablichtung als Anlage II diesem Vertrag beigefügt, von dem Notar vorgelesen und von den Beteiligten genehmigt worden. Bei den zu übertragenden Trennstücken handelt es sich um die von der Gemeinde T. zu übernehmenden öffentlichen Erschließungsflächen, Knickschutzstreifen, öffentlichen Grünflächen und dem Kinderspielplatz.“

Das VG hat die Klage abgewiesen und die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 46.226,92 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Klägerin habe nicht nachweisen können, dass sie mit der Beklagten einen (formell) wirksamen öffentlichrechtlichen Vertrag geschlossen habe. Das vorgelegte Vertragsexemplar sei lediglich einfach geheftet, so dass sich schon die Frage stelle, ob es sich um eine zusammenhängende Urkunde handle. Zudem sei das erste Blatt überschrieben mit „Entwurf, Stand: 4.4.1997“. Entscheidend komme hinzu, dass das vorgelegte Vertragsexemplar auf Seiten der Klägerin nicht mit dem gemäß § 51 Abs. 2 Satz 2 GO erforderlichen Dienstsiegel versehen worden sei. Die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift führe zur Nichtigkeit des Vertrages.

Aus den Gründen:

II.

Der von der Klägerin angeführte Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegt nicht vor. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats genügt es für die Annahme ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils zwar, wenn der Erfolg des Rechtsmittels, dessen Zulassung erstrebt wird, mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie ein Misserfolg (OVG Schleswig, NordÖR 1999, 285). Daran fehlt es allerdings, weil sich das angegriffene Urteil im Ergebnis als richtig erweist.

Es kann dahinstehen, ob speziell § 12 Abs. 2 und 3 sowie § 13 des Erschließungsvertrages eine „Verpflichtung“ der Klägerin i. S. d. § 56 Abs. 2 GO enthalten oder ob der Vertrag insgesamt Verpflichtungen im Werte von mehr als 20.000 DM beinhaltet. Auf die Frage, ob dem Erschließungsvertrag ein Dienstsiegel hätte beigedrückt werden müssen und ein entsprechender Formmangel ggf. heilbar ist, kommt es nicht an.

Die Klägerin übersieht, dass der Erschließungsvertrag nicht nur der Schriftform des § 124 Abs. 4 BauGB i. V. m. § 126 Abs. 1 und 2 BGB und ggf. auch der Formvorschrift des § 56 Abs. 2 GO unterliegt, sondern dass er gemäß § 124 Abs. 4 BauGB i. V. m. § 313 Satz 1 BGB a. F. (§ 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.) seinerseits notariell zu beurkunden gewesen wäre, weil er in § 9

Abs. 1 nach Abnahme der hergestellten Erschließungsanlagen einen Grundstückserwerb durch die Klägerin vorsieht, während die Übereignung der Erschließungsflächen nach § 16 Abs. 4 mittels eines gesonderten, notariell zu beurkundenden Vertrages erfolgen soll. § 2 Satz 1 des beurkundeten Grundstücksüberlassungsvertrages geht davon aus, dass die Verpflichtung der beklagten Erschließungsträgerin zur Eigentumsübertragung im Rahmen des Erschließungsvertrages erfolgt ist.

Notariell zu beurkunden ist gemäß § 313 Satz 1 BGB a. F. (§ 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.) ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Dies gilt auch für einen öffentlich rechtlichen Erschließungsvertrag im Sinne des BauGB (BGH, DÖV 1972, 858 = DNotZ 1972, 756) und selbst dann, wenn er nur als Vorvertrag zu qualifizieren ist (OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1978, 444; BVerwGE 70, 247, 254 f.; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1996, 794, 796; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl., § 6 Rdnr. 24; *Schrödter*, BauGB, 7. Aufl., § 124 Rdnr. 22; *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 9. Aufl., § 124 Rdnr. 15; *Grziwotz* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 124 Rdnr. 99 m. w. N.). Nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte trifft die Beurkundungspflicht ferner auch solche, an sich nicht formbedürftige Vereinbarungen, die mit einem Grundstücksvertrag eine rechtliche Einheit bilden. Eine solche Einheit liegt vor, wenn beide Vereinbarungen derart voneinander abhängig sind, dass sie „miteinander stehen und fallen“. Dies setzt, sofern keine wechselseitige Abhängigkeit besteht, zumindest eine Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von dem an sich nicht formbedürftigen Vertrag voraus (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 1031; NJW 2000, 951 = DNotZ 2000, 635; OLG Köln, Urteil vom 29.6.2000, 12 UE 254/99, n. V.; von einer Aufspaltung des Erschließungsvertrages in einen Grundstücksübereignungsvertrag und einen über die sonstige Durchführung der Erschließung – d. h. in einen zu beurkundenden und einen nicht zu beurkundenden Vertrag – wird deshalb auch in der beitragsrechtlichen Literatur dringend abgeraten, vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6 Rdnr. 24; *Grziwotz* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 124 Rdnr. 100; *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 124 Rdnr. 15).

Demnach wäre auch der zwischen den Beteiligten geschlossene Erschließungsvertrag notariell zu beurkunden gewesen. Sofern man – entgegen § 2 Satz 1 des beurkundeten Grundstücksüberlassungsvertrages – Zweifel daran hat, die Beurkundungspflicht bereits aus §§ 9 Abs. 1, 16 Abs. 4 des Erschließungsvertrages herzuleiten, ergibt sie sich jedenfalls aus der gewollten Verknüpfung mit dem Grundstücksüberlassungsvertrag. Es ist davon auszugehen, dass beide Verträge rechtlich voneinander abhängen und der eine Vertrag ohne den anderen nicht geschlossen worden wäre; zumindest besteht eine erkennbare Abhängigkeit der Grundstücksüberlassung vom Bestand des Erschließungsvertrages. Die Überlassung der Erschließungsflächen an die Klägerin entbehrt ohne die vorangegangene Herstellung der Erschließungsanlagen jeglicher Veranlassung und ist für die Beteiligten nur in dieser Verknüpfung sinnvoll (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12.2.1990, 22 U 96/89, n. V.).

Die erforderliche notarielle Beurkundung auch des Erschließungsvertrages ist nicht vorgenommen worden, weder unmittelbar noch als Anlage des Grundstücksüberlassungsvertrages. Der Vertrag ist deshalb nichtig, § 125 Satz 1 BGB.

Die Beurkundung von Willenserklärungen erfolgt gemäß § 8 BeurkG durch Aufnahme einer Niederschrift über die Verhandlung. Die Niederschrift muss nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BeurkG u. a. die Bezeichnung der Beteiligten sowie deren

Erklärungen enthalten. An der Beurkundung beteiligt sind gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG die Erschienenen, deren abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen; im Vertretungsfall ist dies nicht der Vertretene, sondern sein vor der Urkundsperson erschienener Vertreter (BGH, MDR 1997, 633). Die abzugebenden Erklärungen brauchen nicht in der Niederschrift selbst enthalten zu sein, sondern können, sofern sie in einem Dokument verkörpert sind, der Niederschrift als Anlage beigefügt werden, wenn darauf mit hinreichender Deutlichkeit verwiesen wird, § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Die Verweisung ersetzt eine Wiedergabe der Erklärung in der Niederschrift selbst (BGH, NJW 1994, 1288 = DNotZ 1995, 26). Sie bringt zum Ausdruck, dass sich der Erklärende zu ihrem Inhalt bekennt (*Soergel/Harder*, BGB, 12. Aufl., § 9 BeurkG Rdnr. 5). Sie muss als Erklärung der Beteiligten protokolliert werden und den Willen erkennen lassen, dass die Erklärung in der beigefügten Anlage ebenfalls Gegenstand der Beurkundung sein soll (BGH, NJW 1994, 2095 = DNotZ 1995, 35). Schließlich muss die Niederschrift nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden. Dabei sind alle in der Niederschrift oder in den Anlagen enthaltenen Willenserklärungen der Beteiligten in vollem Umfang vorzulesen (*Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 13 BeurkG Rdnr. 2; *Soergel/Harder*, BGB, § 13 BeurkG Rdnr. 2) und von diesen zu genehmigen (*Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 13 BeurkG Rdnr. 8).

Eine wirksame Beurkundung des Erschließungsvertrages setzt folglich voraus, dass die zum Abschluss des Erschließungsvertrages erforderlichen Willenserklärungen durch die vor dem Notar erschienenen Beteiligten abgegeben wurden und hierüber eine Niederschrift gefertigt worden ist. Im Falle der Abspaltung müsste der Erschließungsvertrag dem Grundstücksüberlassungsvertrag zumindest als Anlage beigefügt worden sein und die darin enthaltenen Erklärungen – derselben formell Beteiligten – müssten verlesen und von ihnen genehmigt worden sein. Ein solcher Sachverhalt lässt sich nach dem Vortrag der Klägerin nicht feststellen. Während der vorgelegte Erschließungsvertrag vom Bürgermeister und seiner Stellvertreterin unterschrieben ist, erschien vor dem Notar ein vom Bürgermeister bevollmächtigter Verwaltungsfachangestellter, der nur zum Abschluss des Grundstücksüberlassungsvertrages, nicht aber zum (erneuten) Abschluss des Erschließungsvertrages oder zur Genehmigung der darin enthaltenen Erklärungen bevollmächtigt war. Er konnte folglich weder eine eigene Willenserklärung zwecks Abschluss des Erschließungsvertrages abgeben noch die darin bereits enthaltene Erklärung des Bürgermeisters genehmigen. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG verlangt, dass die in der Anlage enthaltene Erklärung die des am Beurkundungsvorgang formell Beteiligten ist, nicht aber die eines (nur) materiell Beteiligten, der vom formell Beteiligten bei der Beurkundung eines anderen Vertrages vertreten wird.

Die Beurkundung des in Rede stehenden Vertrages muss nach alledem während des Vertragsschlusses stattfinden. Wird der Vertrag ohne Beurkundung abgeschlossen, kann der einmal eingetretene Formmangel nicht hinterher dadurch geheilt werden, dass der unwirksam geschlossene Vertrag einem anderen zu beurkundenden Vertrag als Anlage beigefügt, notariell verlesen und von einem (insoweit vollmachtlosen) Vertreter genehmigt wird.

Der festzustellende Beurkundungsmangel im Erschließungsvertrag ist auch nicht nachträglich geheilt worden durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gemäß § 313 Satz 2 BGB a. F. (§ 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.). Eine Übereignung

der öffentlichen Erschließungsflächen hat nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten – zuletzt im Dezember 2006 – bislang nicht stattgefunden, sondern sollte gerade vom Ausgang des Prozesses vor dem VG abhängig gemacht werden.

Die nach alledem festzustellende Nichtigkeit der vereinbarten Grundstücksüberlassung im Erschließungsvertrag führt entsprechend § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Erschließungsvertrages. Bei der Frage, ob aus dieser Teilnichtigkeit die Nichtigkeit des gesamten Vertrages folgt, ist der mutmaßliche Willen der Beteiligten zu erforschen und zu prüfen, welche Entscheidung bei Berücksichtigung des Vertragszwecks unter objektiven Gesichtspunkten am vernünftigsten gewesen wäre (OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1978, 444; *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 124 Rdnr. 15). Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten ohne die Übereignungsverpflichtung an dem übrigen Erschließungsvertrag festgehalten hätten. Wie oben bereits dargelegt, bilden beide Vereinbarungen – die Grundstücksüberlassung und der Erschließungsvertrag – eine rechtliche Einheit. Zum einen ist die Grundstücksüberlassung abhängig von der Erschließung, weil die Übertragung des Eigentums an den Erschließungsflächen an die Klägerin ohne die durch die Beklagte vorzunehmende Erschließung nicht sinnvoll ist. Zum anderen kann die Herstellung der Erschließungsanlagen durch die Beklagte ohne die nachfolgende Übereignung der Erschließungsflächen an die Klägerin nicht im Interesse der Beteiligten gewesen sein. Dies ergibt sich aus den übrigen vertraglichen Regelungen, insbesondere den §§ 5 und 9 des Erschließungsvertrages. Bis zur Übernahme der Anlagen durch die Gemeinde hat der Erschließungsträger nicht nur die Verkehrssicherungspflicht im gesamten Erschließungsgebiet (§ 5 Abs. 1), sondern haftet insoweit auch für Schäden, die aus der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht einschließlich der Reinigung und Streupflicht entstehen. Zudem obliegt ihm bis zur Übernahme auch die Instandhaltung (§ 5 Abs. 2). Die Übernahme der Anlagen beinhaltet nach § 9 Abs. 1 die Übernahme in die gemeindliche Unterhaltungs- und Baulast, die ihrerseits im Anschluss an die Abnahme (i. S. d. § 7) erfolgt und vom Erwerb der öffentlichen Erschließungsflächen („wenn sie Eigentümerin ... geworden ist“) bzw. von der dinglichen Sicherung der öffentlichen Wasser- oder Abwasseranlagen abhängig ist. Anders als im Fall des zitierten Urteils des OVG Rheinland-Pfalz (DÖV 1978, 444) war und ist der Eigentumsübergang deshalb für die Beklagte von entscheidender Bedeutung, da sie bis dahin mit der Instandhaltung der Erschließungsanlagen und der Verkehrssicherungspflicht im Erschließungsgebiet belastet bleibt. (...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des OVG Schleswig verdient aus beurkundungsrechtlicher Sicht betrachtet zu werden.

1. Die Frage der Beurkundungspflicht von Erschließungsverträgen

Ein Erschließungsvertrag bedarf gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Form, wenn er die Verpflichtung des Vertragspartners zur Übertragung von Flächen – Straßen, Wege und Grünanlagen – auf die Gemeinde enthält.

Diese Frage ist nach einer Entscheidung des BGH vom 5.5.1972 geklärt.¹ Nach dieser Entscheidung war § 313 BGB a. F. auf Erschließungsverträge, in denen sich der Vertragspart-

¹ BGHZ 58, 386 = DNotZ 1972, 756.

ner der Gemeinde zur Übereignung von Grundstücksflächen verpflichtet, entsprechend anzuwenden. An der Rechtslage hat sich seit dieser Entscheidung nichts geändert. Im vorliegenden Fall hatten die Vertragsparteien in dem Erschließungsvertrag lediglich die Vereinbarungen getroffen, die aus ihrer Sicht nicht beurkundungsbedürftig waren und hatten den Grundstücksübertragungsvertrag ausgelagert. Damit wollten sie erreichen, dass dem Formgebot des § 313 BGB a. F. (§ 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.) genügt wurde. Dies ist ein, wie man immer wieder hört, beliebtes Modell. Es ist jedoch untauglich. Der Umfang der Beurkundungspflicht bezieht sich, wenn das Rechtsgeschäft über Grundstücksveräußerung oder -erwerb in Zusammenhang mit einem anderen Rechtsgeschäft steht, auch auf das andere Rechtsgeschäft, wenn die beiden Rechtsgeschäfte von den Vertragsparteien als Einheit gewollt sind. Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es auf den Willen der Parteien an.² Der BGH nimmt eine solche Einheit an, wenn beide Verträge derart miteinander verbunden sind, dass sie „miteinander stehen und fallen“.³ Im vorliegenden vom OVG Schleswig entschiedenen Fall waren richtigerweise beide Vereinbarungen voneinander abhängig. Die Gemeinde wollte den Erschließungsvertrag nur schließen, wenn sie sicher sein konnte, dass ihr auch die entsprechenden Flächen übereignet werden, ihr Vertragspartner, der Investor, hatte ein Interesse daran, nicht Eigentümer dieser Flächen zu bleiben.

Zu Recht hat deshalb das OVG Schleswig entschieden, dass der privatschriftlich geschlossene Erschließungsvertrag wegen Verstoßes gegen das Formgebot unwirksam war.

2. Die Heilung einer formunwirksamen Urkunde durch Einbeziehung in einen anderen Beurkundungsvorgang

Grundsätzlich führt der Formverstoß an dem einen Vertrag auch zum Ausfall des anderen Vertrages, der in der richtigen Form geschlossen worden ist. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hatte der den Übertragungsvertrag beurkundende Notar den Erschließungsvertrag als Anlage mitbeurkundet. Da eine Bezugnahme gemäß § 13 a BeurkG – mangels qualifizierter Protokollurkunde – nicht möglich war, wurde die Anlage vorgelesen. Es handelte sich damit um eine Anlage zur Niederschrift nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG.

§ 9 BeurkG gibt den Beteiligten zwei Möglichkeiten, ihre Willenserklärungen in den Beurkundungsvorgang einzuführen: Sie können nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ihren Willen in Form von „Erklärungen“ darlegen oder auf ein Schriftstück „verweisen“ (Abs. 1 Satz 2). Die Verweisung führt dazu, dass die in dem Schriftstück enthaltenen Erklärungen ebenso beurkundet sind wie die nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG abgegebenen Erklärungen.⁴ Beurkundungsrechtlich hatte der Notar diesen Vorgang mithin korrekt behandelt.

Da die Erklärungen durch die Verweisung zur Erklärung der Parteien geworden waren, wurden auch die im Erschließungsvertrag enthaltenen Regelungen wiederholt und erhielten die nach materiellem Recht vorgeschriebene Form.

² Im Einzelnen dazu: MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl., § 311 b Rdnr. 53 f.

³ NJW-RR 1991, 1031; diesen Fällen der mehrseitigen Abhängigkeit stehen die Fälle einseitiger Abhängigkeit gegenüber. Hier kommt auf die einseitige Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von dem nicht formbedürftigen Rechtsgeschäft an. Die zeitliche Abfolge der Verträge ist unerheblich, vgl. BGH, DNotZ 2002, 944.

⁴ Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 23.

3. Der Umfang der Vollmacht und die Nachgenehmigung

Die Beurkundung des Übertragungsvertrages geschah nach Unterzeichnung des Erschließungsvertrages, und zwar noch am gleichen Tage.

Bei Beurkundung des Übertragungsvertrages ließ sich die Gemeinde als Vertragsbeteiligte von einem Verwaltungsfachangestellten vertreten, der eine Vollmacht nur für die Überlassung der öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen im Geltungsbereich des betroffenen Bebauungsplanes und zur Abgabe der hierfür notwendigen Erklärungen hatte. Er war deshalb aus Sicht des OVG Schleswig nicht berechtigt, weitergehende Erklärungen – den Erschließungsvertrag betreffend – abzugeben.

Der Umfang einer Vollmacht ist durch Auslegung zu ermitteln. Vorliegend handelte es sich um eine Spezialvollmacht zur Vornahme eines einzelnen, in der Vollmacht bestimmten Rechtsgeschäftes. Dieses hing jedoch, wie bereits ausgeführt, davon ab, dass auch das vorangegangene Rechtsgeschäft – Erschließungsvertrag – formwirksam geschlossen war. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Vollmacht auch die Bestätigung dieses Rechtsgeschäftes in der wirksamen Form umfasste.

Bei der Feststellung des Umfangs der Vollmacht ist zunächst zwischen Innen- und Außenvollmacht zu unterscheiden. Die Innenvollmacht wird dem Bevollmächtigten meist mit dem Abschluss eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrages erteilt, während die Außenvollmacht durch Erklärung gegenüber einer Mehrzahl von Personen etwa durch gleichlautende Schreiben erfolgt. Im vorliegenden Fall lag eine Innenvollmacht vor. Bei der Innenvollmacht kommt es für die Bestimmung des Umfangs der Vollmacht grundsätzlich auf die Sicht des Bevollmächtigten, insbesondere auf seine Verständnismöglichkeiten, an.⁵ Etwas anderes gilt, wenn es sich, wie im vorliegenden Fall, um eine nach außen kundgemachte Innenvollmacht handelt. In diesem Fall richtet sich die Auslegung grundsätzlich nach den Verständnismöglichkeiten des Geschäftsgegners.⁶ Die Parteien gingen davon aus, dass sie einen wirksamen Erschließungsvertrag geschlossen hatten, sie hatten den Ablauf so gewählt, dass die Beurkundung des Übertragungsvertrages nach Abschluss des Erschließungsvertrages erfolgte. Nach der Verständnismöglichkeit des Vertragspartners der Gemeinde konnte der Vertreter deshalb nur zum Abschluss eines Übertragungsvertrages beauftragt sein. Die Vollmacht umfasste dem Wortlaut nach zwar auch die Abgabe der für die Übertragung notwendigen Erklärungen. Damit waren allerdings die mit dem Übertragungsvorgang einhergehenden zu beurkundenden Erklärungen gemeint. Da die Parteien die Trennung der Verträge ausdrücklich vorgesehen hatten, ist davon auszugehen, dass aus Sicht des Vertragspartners die Bestätigung des Erschließungsvertrages in der dafür vorgesehenen Form von der Vollmacht nicht umfasst war.

Wenn man die Vollmacht *nur* auf den Grundstücksübertragungsvertrag beschränkt, der ohne Bestätigung des Erschließungsvertrages in der notariellen Form nicht wirksam hätte geschlossen werden können, so hat der Verwaltungsfachangestellte insoweit als vollmachtloser Vertreter gehandelt. Dann muss allerdings die Frage einer möglichen Nachgenehmigung erörtert werden.

Nach § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Vollmacht grundsätzlich nicht der Form des Rechtsgeschäftes, für dessen Abschluss sie

⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 167 Rdnr. 5.

⁶ BGH, NJW-RR 1992, 1135.

erteilt ist.⁷ Die Vollmacht kann mithin grundsätzlich mündlich, schriftlich, aber auch in der für das zugrundeliegende Rechtsgeschäft notwendigen Form erteilt werden. Sie kann auch konkludent erfolgen.⁸ Diese Grundsätze gelten auch für die Genehmigung gemäß § 182 Abs. 2 BGB. Die nachträgliche Genehmigung nach § 177 BGB ist selbst dann formlos wirksam, wenn eine Vollmacht ausnahmsweise der Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB bedurft hätte.⁹

In jedem Fall bedarf die Genehmigung der öffentlich beglaubigten Form, wenn sie dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muss. Es gilt insoweit § 29 GBO. Im vorliegenden Fall bedurfte die Vollmacht bzw. die Genehmigung der öffentlich beglaubigten Form, als sie für die Grundbuchabwicklung des Übertragungsvertrages erforderlich war. Die Genehmigung bzgl. des Erschließungsvertrages bedurfte grundsätzlich nicht dieser Form, da dieser selbst keine Erklärungen zur Grundbuchabwicklung enthielt. Da allerdings ein einheitliches Rechtsgeschäft vorlag, stellt sich die Frage, ob die Genehmigung des Vertrages deshalb zu ihrer Wirksamkeit der Form des § 29 GBO bedurft hätte. § 29 GBO ist aber lediglich eine Nachweisvorschrift. Die Wirksamkeit des Geschäftes ist vom Formerfordernis des § 29 GBO nicht abhängig, lediglich seine Abwicklungsfähigkeit hängt von der Vollmachtsbestätigung in der Form des § 29 GBO ab, weil die zur Eintragung notwendigen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde *nachgewiesen* werden müssen. Die Regelung des § 29 GBO ist im Hinblick auf die Gefahren getroffen worden, die aus unrichtigen Eintragungen wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erwachsen, sie ist eine Ordnungsvorschrift.¹⁰ Es handelt sich um eine Norm, die bestimmte für die Eintragung notwendige Tatsachen nur durch einen bestimmten Nachweis zulässt.

Eine entsprechende Genehmigung in der Form des § 29 GBO war für die Frage der Wirksamkeit der Genehmigung mithin nicht entscheidend. Die Genehmigung selbst konnte somit durch schlüssiges Handeln erfolgen. Voraussetzung der Annahme einer Genehmigung durch schlüssiges Handeln ist jedoch, dass der Vertretene bzw. der Geschäftsgegner die mündliche Deutung des Verhaltens als Genehmigung bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können.¹¹ In jedem Fall dürfte die Gemeinde spätestens im gerichtlichen Verfahren durch ihr Berufen auf den Übertragungsvertrag nebst beigefügten Erschließungsvertrag die Genehmigung durch schlüssiges Verhalten für den Geschäftsgegner erkennbar erteilt haben. Die Genehmigung konnte bis zu einem Widerruf (§ 178 BGB) oder einer Aufforderung des Geschäftsgenegers gemäß § 177 Abs. 2 BGB gegenüber dem Vertreter oder der Gemeinde erklärt werden. Weder ein Widerruf noch eine Aufforderung waren erfolgt.

Eine andere Frage ist, ob die Genehmigung insgesamt in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt für den Vollzug des Übertragungsvertrages nachzuweisen war. Die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen ergaben sich zunächst aus dem beurkundeten Übertragungsvertrag. Dieser Übertragungsvertrag hing aber in seiner Wirksamkeit von dem formwirksamen Abschluss des Erschließungsvertrages ab. Die Ge-

nehmigung des vollmachtlos Handelnden hätte insoweit dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen, worauf die klagende Gemeinde einen Anspruch hatte.

Rechtsanwalt und Notar *Manfred Blank*, Lüneburg

11. BeurkG §§ 11, 28 (*Notarielle Prüfung der Geschäfts- und Testierfähigkeit*)

1. **Ein Notar darf bei der Beurkundung von Willenserklärungen eines Volljährigen im Grundsatz davon ausgehen, dass dieser geschäftsfähig ist.**
2. **Zu weiteren Nachforschungen ist der Notar allerdings verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder wegen sonstiger Umstände Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit haben muss.**
3. **Bei schwerer Erkrankung, wozu nicht nur körperliche, sondern auch psychische Erkrankungen zählen, ist der Notar in besonderem Umfang verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu prüfen. Dieser Verpflichtung kann der Notar nicht dadurch entgegenhalten, dass er es bereits an hinreichenden Ermittlungen dazu fehlen lässt, ob ein Beteiligter überhaupt schwer krank ist oder nicht. (Leitsätze der Schriftleitung)**

OLG Celle, Beschluss vom 9.11.2007, Not 16/07

Dem Notar werden im Rahmen eines Disziplinarverfahrens anlässlich der Beurkundung einer Generalvollmacht und eines Testamentes Verstöße gegen §§ 11, 28 BeurkG in zwei Fällen vorgeworfen. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach einem Unfall diagnostizierte ein Krankenhaus am 11.7.2000 bei der im Jahr 1920 geborenen F., die vermögend, kinderlos und verwitwet war, eine mittelschwere Demenzstörung vom Alzheimerstyp. Die Patientin sei zeitlich und örtlich desorientiert, weshalb die Notwendigkeit einer Beaufsichtigung bestehe.

Am 13.9.2002 beurkundete der Notar in Anwesenheit von Frau F. und Frau N. eine Generalvollmacht zugunsten von Frau N., einer nicht verwandten Pflegerin von F. Im Vorspann zur Generalvollmacht heißt es zur Person von Frau F.:

„Sie war nach Überzeugung des beurkundenden Notars zweifelsfrei geschäftsfähig, wie eine Sacherörterung ergeben hat.“

Am 22.10.2002 beurkundete der Notar in der Wohnung von Frau F. ein Testament, in welchem N. zur Alleinerbin eingesetzt wurde. Zur Geschäftsfähigkeit heißt es:

„Wie eine ausführliche Sacherörterung ergeben hat, ist die Erschienenene zur Überzeugung des beurkundenden Notars zweifelsfrei testierfähig.“

Am 29.10.2002 erstattete die Sachverständige D. ein psychiatrisches Gutachten für das Vormundschaftsgericht. Danach sei die Probandin wach und bewusstseinsklar gewesen. Im Kontakt sei sie freundlich und nach ihren Möglichkeiten kooperativ gewesen, habe aber insgesamt häufig ratlos gewirkt und habe teils auch einfache Fragen nicht erfassen können. Sie sei nur noch zu basalen Daten orientiert gewesen. In der zusammenfassenden Beurteilung heißt es dann:

„Bei der Betroffenen liegen eine schwere psychische Erkrankung in Form einer fortgeschrittenen Demenz und eine körperliche Erkrankung in Form eines gutartigen Hirntumors vor. (...) Insgesamt ist die Probandin als hilflose Person anzusehen und in allen lebenspraktischen Dingen von fremder Hilfe abhängig. (...) Die Schilderungen lassen vermuten, dass das Ausmaß der Demenz bereits vor zwei Jahren mittelschwer war, da die Probandin bereits da als hilflos eingestuft wurde. (...) Im September 2002 wurde eine notariell beglaubigte Generalvollmacht erstellt, bevollmächtigt wurde Frau N. Es bestehen erhebliche

⁷ Zu den gesetzlichen Ausnahmen siehe *Palandt/Heinrichs*, § 167 Rdnr. 2; insbesondere ist die unwiderrufliche Vollmacht zum Grundstücksverkauf oder Grundstückserwerb beurkundungsbedürftig.

⁸ BGHZ 109, 171, 177.

⁹ BGHZ 125, 218 = MittBayNot 1994, 414.

¹⁰ *Demharter*, Grundbuchordnung, 25. Aufl., § 29 Rdnr. 2.

¹¹ BGHZ 109, 171, 177.

Zweifel daran, dass Frau F. zu diesem Zeitpunkt noch in der Lage gewesen sein soll, eine Vollmacht zu erstellen. So sollte diese, wie bereits vorab mitgeteilt, umgehend durch eine Betreuung ersetzt werden. (...) Bei von Frau N. und von der Probandin bestätigtem Wunsch, eventuell eine Testamentsänderung zugunsten von Frau N. vorzunehmen, wäre aufgrund des Ausmaßes der Demenz eine Begutachtung zur Testierfähigkeit durch einen bisher nicht involvierten Psychiater empfehlenswert.“

Das AG bestellte daraufhin einen Betreuer für F., welcher die Generalvollmacht widerrief. In diversen Zivilverfahren gegen Frau N. kamen die hier ernannten Sachverständigen zu dem Ergebnis, dass Frau F. zum Zeitpunkt der jeweiligen Beurkundung – auch für medizinische Laien sofort erkennbar – nicht mehr testier- und geschäftsfähig gewesen sei.

Das LG leitete daraufhin ein Disziplinarverfahren gegen den Notar ein, zu dem dieser mehrfach Stellung nahm. Er hat insbesondere vorgebracht, für ihn hätten sich bei der Beurkundung der Generalvollmacht sowie des Testaments keine Anhaltspunkte für eine Geschäfts- oder Testierunfähigkeit von Frau F. ergeben. Bei der ersten Beurkundung habe er sie nach Personenstand, Kindern, Beruf, Urlaub und einigen Belanglosigkeiten gefragt, worauf er plausible Antworten erhalten habe. Dasselbe gelte für die weitere Beurkundung am 22.10.2002. Hier sei ein Gespräch über die frühere berufliche Tätigkeit von Frau F. in einer Apotheke sowie über einen Aufenthalt in einem Pflegeheim geführt worden. Eine Verpflichtung, ohne konkrete Anhaltspunkte eine länger dauernde Überprüfung vorzunehmen, bestehe nicht. Auch anderen Beteiligten wie Mitarbeitern von Banken sei im fraglichen Zeitraum nichts aufgefallen. Grundsätzlich dürfe ein Notar von der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen ausgehen und müsse Nachforschungen nur bei Schwerkranken anstellen. Die Erkenntnismöglichkeiten eines Notars könnten auch nicht mit denen von Ärzten, Berufsbetreuern oder sonstigen fachkundigen Personen verglichen werden. Bei ihm habe nur ein punktueller Kontakt stattgefunden, wobei die Beurkundungen je ca. 30 Minuten gedauert hätten, die weit überwiegend durch das Vorlesen der Urkunden ausgefüllt gewesen seien. Der eigentliche Gesprächskontakt habe jeweils nur 5–15 Minuten gedauert. Der Umstand, dass eine Vollmacht und ein Testament zugunsten einer außenstehenden Person erfolgten, sei bei alleinstehenden Menschen, die keinen Kontakt mehr zu entfernteren Verwandten hätten, auch nicht ungewöhnlich. Schließlich sei ihm auch nicht bekannt gewesen, dass Frau N. als Pflegerin für Frau F. tätig gewesen sei.

Mit Disziplinarverfügung vom 21.5.2007 verhängte der Präsident des LG gegen den Notar eine Geldbuße von 500 €, die dagegen eingelegte Beschwerde wies der Präsident des OLG zurück. Dagegen richtet sich der Antrag des Notars auf gerichtliche Entscheidung.

Aus den Gründen:

II.

2. Der Antrag ist unbegründet, weil der Notar in zwei Fällen fahrlässig gegen seine Amtspflichten aus § 11 BeurkG bzw. §§ 11, 28 BeurkG verstoßen hat, was als einheitlich zu wertendes Dienstvergehen nach § 95 BNotO die Verhängung einer Geldbuße von 500 € rechtfertigt.

a) Nach § 11 Abs. 1 Abs. 1 BeurkG soll ein Notar die Beurkundung ablehnen, wenn einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG soll der Notar Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten in der Niederschrift feststellen. Ist ein Beteiligter schwer krank, so soll dies in der Niederschrift vermerkt und angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat (§ 11 Abs. 2 BeurkG). § 28 BeurkG erweitert diese Pflicht bei Verfügungen von Todes wegen dahingehend, dass der Notar seine Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken soll. Die Vorschrift stellt eine Ergänzung von § 11 BeurkG dar und lässt deren Anwendungsbereich im Übrigen unberührt (*Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, 2. Aufl., § 28 BeurkG

Rdnr. 1, 5). Bei beiden Vorschriften handelt es sich, obwohl jeweils nur der Begriff „sollen“ verwendet wird, um echte Amtspflichten des Notars im Beurkundungsverfahren (BayObLG, DNotZ 1993, 471; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 2).

Soweit es zunächst um die Geschäftsfähigkeit nach §§ 11 BeurkG geht, die maßgeblich für die Beurkundung der Generalvollmacht am 13.9.2002 war, darf ein Notar bei der Beurkundung von Erklärungen eines Volljährigen im Grundsatz zwar davon ausgehen, dass der Beteiligte geschäftsfähig ist (BayObLG, DNotZ 1993, 471; *Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, § 28 BeurkG Rdnr. 2; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 11 Rdnr. 3, 8; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 11 Rdnr. 13). Zu weiteren Nachforschungen ist der Notar allerdings verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder wegen sonstiger Umstände Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit haben muss (OLG Celle, OLG 1995, 110; OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 506; *Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, § 28 BeurkG Rdnr. 4, 6; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 11 Rdnr. 13). Das kommt in Betracht bei fehlender zeitlicher und/oder örtlicher Orientierung des Betroffenen, fehlender Einsicht in die Auswirkungen der Entscheidung, nicht gegebene intellektuelle Aufnahmefähigkeit usw.

Entsprechend enthält auch § 11 Abs. 2 BeurkG eine ausdrückliche Einschränkung des Grundsatzes, dass der Notar von der Geschäftsfähigkeit volljähriger Personen ausgehen kann. Bei schwerer Erkrankung, wozu nicht nur körperliche, sondern gerade auch psychische Erkrankungen zählen, ist der Notar in besonderem Umfang verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu prüfen. Da er in der Regel nicht über die erforderlichen medizinischen Kenntnisse verfügt, wird sich die Beiziehung eines Arztes oder einer anderen kompetenten Person empfehlen (*Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, § 28 BeurkG Rdnr. 6; *Winkler*, BeurkG, § 11 Rdnr. 14 und § 28 Rdnr. 10; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 11 Rdnr. 19). Dieser Verpflichtung zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit von schwer kranken Personen kann der Notar auch nicht dadurch entgehen, dass er es bereits an hinreichenden Ermittlungen dazu fehlen lässt, ob ein Beteiligter überhaupt schwer krank ist oder nicht. Der Notar muss deshalb zunächst durch geeignete Befragungen und Erörterungen ermitteln, ob eine Person schwer krank i. S. v. § 11 Abs. 2 BeurkG ist, was gerade bei psychischen Erkrankungen nicht ohne weiteres erkennbar ist. Insofern wird in der Regel ein längeres Gespräch erforderlich sein. Überzeugt sich der Notar, dass einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt oder hätte er diese Überzeugung bei sachgerechter Prüfung gewinnen müssen, so hat er die Beurkundung abzulehnen (*Winkler*, BeurkG, § 11 Rdnr. 11).

Im Rahmen der Testierfähigkeit nach § 28 BeurkG, welche hier maßgebend für die Beurkundung vom 22.10.2002 ist, hat der Notar sich ebenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen ein eigenes Urteil über die Geschäftsfähigkeit des Urkundsbeitrags zu bilden (*Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, § 28 BeurkG Rdnr. 3). § 28 BeurkG stellt insoweit die verfahrensrechtliche Sicherstellung von § 2229 Abs. 4 BGB dar. Hiernach kann, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kein Testament errichten. Die erforderlichen Feststellungen seitens des Notars sind hierbei nicht in erster Linie bei der Begrüßung oder dem einleitenden Gespräch, sondern im Rahmen des Beurkundungshauptverfahrens zu treffen, weil der Notar beim Vorlesen und Erörtern im

Rahmen seiner Belehrungen nach § 17 BeurkG die Verständnissfähigkeit des Erblassers am besten einschätzen kann (*Eylmann/Vaasen*, BeurkG, BNotO, § 28 BeurkG Rdnr. 3).

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäftes zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Urkunde wiederzugeben. Hierbei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Erst recht gilt dies, wenn einem Beteiligten die Geschäfts- und Testierfähigkeit fehlt. Insbesondere bei alten oder schwer kranken Personen wird der Notar deshalb erreichbare Feststellungen sachverständiger Dritter einzuholen haben. Insoweit muss sich der Notar zumindest durch eine eingehende Unterhaltung mit dem Erblasser von dessen Testierfähigkeit überzeugen (*Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 28 Rdnr. 8; *Winkler*, BeurkG, § 28 Rdnr. 10).

b) Auf dieser Grundlage hat der Notar sowohl bei der Beurkundung der Generalvollmacht am 13.9.2002 als auch des Testamentes am 22.10.2002 fahrlässig gegen seine Amtspflichten verstoßen, weil er die Beurkundungen wegen erkennbarer Geschäfts- und Testierfähigkeit der Beteiligten F. hätte ablehnen, jedenfalls aber Zweifel in der Niederschrift vermerken müssen. Beides ist indessen nicht geschehen. Vielmehr hat der Notar im Gegenteil im Eingang zur Generalvollmacht vermerkt, Frau F. sei nach Überzeugung des beurkundenden Notars zweifelsfrei geschäftsfähig, wie eine Sachtererörterung ergeben habe. Im Testament heißt es ferner, eine ausführliche Sachtererörterung habe ergeben, dass Frau F. zur Überzeugung des Notars zweifelsfrei testierfähig sei. Beide Feststellungen waren offenkundig unrichtig.

aa) Tatsächlich war Frau F., wie sich aus übereinstimmenden Feststellungen von Ärzten, Betreuern, Richtern und Sachbearbeitern von Behörden ergibt, im fraglichen Zeitraum September/Oktober 2002 weder geschäfts- noch testierfähig, was auch für den Notar als medizinischen Laien bei hinreichend sorgfältiger Prüfung vor und während des Beurkundungshauptverfahrens ohne weiteres festzustellen gewesen wäre. Es liegt außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass nur diesen Personen, nicht aber dem Notar die erheblichen demenzbedingten Einschränkungen von Frau F. aufgefallen sind. (...)

bb) (...) Die Einlassungen des Notars zeigen, dass eine Sachtererörterung bzw. gar eine ausführliche Sachtererörterung, wie sie hier auch im Rahmen der Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG vorgeschrieben wird, eben gerade nicht stattgefunden hat. Hätte der Notar im Einzelnen den Sachverhalt geklärt und Frau F. über die rechtliche Bedeutung und Tragweite ihrer komplexen juristischen Erklärungen belehrt, so wäre ihm spätestens im Rahmen des Beurkundungshauptverfahrens aufgefallen, dass Frau F. überhaupt nicht überblickte, welche Erklärungen sie mit der Generalvollmacht und dem Testament abgab und was diese im Einzelnen bedeuteten. Dann wäre dem Notar wie den anderen Beteiligten im fraglichen Zeitraum beim Führen näherer Gespräche ebenfalls nicht verborgen geblieben, dass Frau F. in keiner Weise überblickte, welche Art von Erklärungen sie überhaupt abgab. Die Beurkundung bei einer annähernd 83-jährigen Frau kann sich demgegenüber nicht auf wenige Angaben zu ihren persönlichen Verhältnissen bei der Einleitung des Gesprächs beschränken, wobei i. Ü. bereits hier durch andere Personen, mit den Frau F. Kontakt hatte, erhebliche Ausfälle festgestellt worden waren und sie etwa nicht in der Lage war, Angaben zu ihrem Alter, ihrem verstorbenen Ehemann oder ihren finanziellen Verhältnissen zu machen. Erforderlich wäre

demgegenüber ein Gespräch gewesen, bei dem die Hintergründe der Beurkundungen zumindest dem Grunde nach angesprochen sowie die komplexen Rechtsfragen im Hinblick auf Sinn und Zweck einer Generalvollmacht und eines Testamentes im Einzelnen erörtert werden. Dann wäre angesichts der mittelschweren bis schweren Demenz, unter der Frau F. bereits 2002 litt, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ihre fehlende Geschäfts- und Testierfähigkeit augenscheinlich geworden.

Der Notar kann sich auch nicht darauf berufen, er habe mit Frau F. nur punktuellen Kontakt gehabt und verfüge nicht über das Erfahrungswissen von Ärzten, Betreuern oder Betreuungsrichtern. Darum geht es indessen überhaupt nicht, sondern um die Erfüllung der dem Notar selbst nach §§ 11, 17, 28 BeurkG obliegenden ureigenen Amtspflichten. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob die Begriffe Generalvollmacht und Testament jedermann geläufig sind, so dass es nicht erforderlich sei, bei derart relativ einfachen Urkundsgeschäften weitere Erkundigungen über die Geschäfts- und Testierfähigkeit einzuholen. Wer i. S. v. § 11 Abs. 2 BeurkG schwer krank ist, hier in Form einer mittelschweren bis schweren Demenz, kann eben auch die Bedeutung von Vollmacht und Testament nicht erfassen.

Der Notar hatte hier auch deshalb besonderen Anlass zu weiteren Nachforschungen, weil die Beurkundungen von erheblicher wirtschaftlicher und juristischer Tragweite waren und eine atypische Personenkonstellation betrafen. Frau F. verfügte über erhebliches Vermögen. In der Generalvollmacht war der Wert des Vermögens mit 1 Mio. € angegeben, im Testament mit 1,7 Mio. €. Der spätere Betreuer hat dann in seiner Aufstellung vom 9.11.2002 sogar ein Vermögen im Wert von ca. 2,1 Mio. € verzeichnet. Begünstigter der Generalvollmacht und des Testamentes war dagegen nicht eine Person, der Frau F. infolge familiärer Verbundenheit nahe stand, sondern eine externe Pflegekraft, die erst seit zwei Jahren bei ihr beschäftigt war. Soweit der Notar sich dahin eingelassen hat, ihm sei nicht bekannt gewesen, dass Frau N. als Pflegekraft für Frau F. tätig gewesen sei, und er sei lediglich von einem freundschaftlichen Verhältnis ausgegangen, steht das bereits der ersten Einlassung des Notars vom 12.5.2003 entgegen, Frau N. habe für ihn wie eine Haushaltshilfe gewirkt. Jedenfalls hätte der Notar hier näher klären müssen, ob Frau F. sich der Tragweite ihrer Erklärungen im Hinblick auf die Einsetzung einer familienfremden Person als Erbin und deren Bestellung zur Generalbevollmächtigten überhaupt bewusst war. Immerhin sind Frau N. durch die zunächst beurkundete Generalvollmacht umfangreichste Befugnisse übertragen worden, die eine Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten vorsah einschließlich von Verfügungen über Grundvermögen, medizinische Behandlung, Aufenthaltsbestimmungsrecht usw. Ferner sollte die Vollmacht sogar dann in Kraft bleiben, wenn Frau F. geschäftsunfähig wird. Hier wäre es, um einen persönlichen Eindruck davon zu bekommen, inwieweit Frau F. die Reichweite ihrer Erklärungen überhaupt erfasst, erforderlich gewesen, das Gespräch ggf. zunächst alleine mit ihr zu führen, nachdem sie zu dem Termin am 13.9.2002 in Begleitung von Frau N. erschienen war. Der Notar hat hier in einer Stellungnahme vom 27.4.2007 selbst eingeräumt, bei dem ersten Gesprächskontakt sei Frau N. dauerhaft mit anwesend gewesen und habe ggf. das Gespräch in eine geeignete Richtung gelenkt bzw. bei dem Drohen entsprechender Ausfallerscheinungen entgegen gewirkt, was er aber nicht erkannt habe. Eine sachgerechte Erörterung hätte angesichts des Alters von Frau F. hier mithin ohne die Anwesenheit des Begünstigten erfolgen sollen.

Auch soweit es um die Beurkundung des Testaments am 22.10.2002 in der Wohnung von Frau F. ging, in der auch Frau N. anwesend war, wäre eine intensivere Erörterung über die mit der Testamentsänderung verbundenen Rechtsfolgen angesichts des Alters von Frau F. schon deshalb angezeigt gewesen, weil der Notar Frau F. am 8.10.2002 zunächst nur den Entwurf eines Testaments zugesandt hatte, in dem die wesentliche Rubrik über die Erbeinsetzung offen gelassen war. Der Notar hatte dann eine handschriftliche Ergänzung des Testamentsentwurfs zurückerhalten, woraus sich u. a. die Erbeinsetzung zugunsten von Frau N. ergab, und danach den Beurkundungstermin vereinbart. Hier hätte bei dem Beurkundungstermin mit Frau F. erörtert werden sollen, wer eigentlich die handschriftlichen Ergänzungen vorgenommen hat. Unstreitig stammten diese von Frau N. Aus einem Vergleich mit der Unterschrift unter die Generalvollmacht vom 13.9.2002 oder anderen Schriftproben hätte der Notar ohne weiteres erkennen können, dass diese wesentlichen Zusätze im Testamentsentwurf gerade nicht von Frau F. stammten.

Insgesamt hätte der Notar deshalb bei den beiden Beurkundungen am 13.9.2002 und 22.10.2002 bei einer Erörterung der mit der Erteilung der Generalvollmacht und des Testaments zusammen hängenden Fragen, auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelregelungen, erkennen können, dass Frau F. geschäfts- und testierunfähig ist. Deren fehlende geistige Wahrnehmungsfähigkeit infolge mittlerer bis starker Demenz ist von den übrigen Beteiligten im Zeitraum Sommer bis Herbst 2000 bei einer näheren Beschäftigung mit Frau F. sofort erkannt worden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Notar diese bei korrekter Prüfung unter Erfüllung seiner Pflichten aus §§ 11, 17, 28 BeurkG nicht aufgefallen wäre. (...)

Anmerkung:

Den Ausführungen des OLG Celle ist nicht viel hinzuzufügen. Während der Notar nach § 11 BeurkG bei Rechtsgeschäften unter Lebenden Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit nur bei Zweifeln oder schwerer Krankheit in der Niederschrift zu treffen hat, verlangt § 28 BeurkG bei Verfügungen von Todes wegen in jedem Fall einen Vermerk. § 11 BeurkG wie § 28 BeurkG regeln nicht die Prüfungs- (§ 17 BeurkG), sondern die Zeugnispflicht.

1. Prüfungspflicht des Notars

a) Der Notar hat im Rahmen seiner Prüfungspflicht nach § 17 BeurkG zu prüfen, ob die Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzen.¹ Er darf dabei grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit ausgehen. § 11 BeurkG begründet für den Notar die tatsächliche Vermutung, dass ein volljähriger Beteiligter auch voll geschäftsfähig ist. Eine Pflicht zur Klärung besteht nur, wenn Anlass zu Zweifeln besteht.² Feststellungen sind grundsätzlich nicht geboten,³ soweit es sich nicht um Verfügungen von Todes wegen handelt.

b) Da es Aufgabe des Notars ist, eine materiellrechtliche wirksame Beurkundung vorzunehmen, hat er Ansuchen abzulehnen, die auf die Beurkundung von Geschäften gerichtet sind, die unwirksam sind, insbesondere wenn einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). § 11 BeurkG enthält insofern eine Konkreti-

sierung von § 4 BeurkG. Erkennt der Notar, dass einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt und beurkundet er dennoch, kann er sich der Beihilfe zum Betrug (§§ 263, 27 StGB) schuldig machen.⁴ Gegen die Ablehnung der Beurkundung durch den Notar ist die Beschwerde nach § 15 Abs. 1 BNotO gegeben.⁵

c) Bleibt der Notar im Zweifel, ob ein Beteiligter die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt, so darf er die Beurkundung nicht ablehnen. Er soll die Beteiligten aber auf seine Bedenken hinweisen, die Zweifel mit den Beteiligten erörtern und seine Zweifel in der Niederschrift vermerken. Diese Pflicht ergibt sich im Übrigen auch aus § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.⁶

2. Wie soll sich der Notar überzeugen?

Maßgebend für den Notar muss sein, ob er die Überzeugung gewinnt, dass der Beteiligte eigene Willensentschlüsse fasst und persönlich so klar zum Ausdruck bringt, dass über den Inhalt des geäußerten Willens kein Zweifel besteht.⁷ Dies ist gelegentlich zweifelhaft bei kranken oder alten Beteiligten. Dazu wird es nicht ausreichen, wie das OLG betont, wenn anlässlich der Testamentserrichtung über „Banalitäten“ geplaudert wird. Bei Zweifeln sind vielmehr weitere Nachforschungen erforderlich, die etwa in einer mit dem Beteiligten persönlich und möglichst alleine (ohne Hilfe eines vielleicht selbst interessierten Dritten) geführten eingehenden Unterhaltung liegen können. Dabei muss sicherlich kein „intellektuelles Gespräch“ geführt werden, wie es das OLG verlangt; das OLG geht wohl auch zu weit, wenn es ein „Erörtern der komplexen Rechtsfragen“ verlangt, „die dem Notar mit Sicherheit aufgezeigt hätten, dass die Beteiligte den Inhalt des Rechtsgeschäfts in keiner Weise zu erfassen vermochte“; dazu sind auch viele andere – gesunde – Beteiligte nicht in der Lage. Der Notar muss sich vielmehr von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten regelmäßig durch Erörterung des Sachverhaltes mit ihnen überzeugen, wie das auch § 17 BeurkG ganz allgemein verlangt. Dies kann er, wie das OLG zutreffend ausführt, am besten durch ein Gespräch über die Hintergründe der Beurkundung erfahren. Nur so besteht überhaupt die Möglichkeit, eine sachgerechte Urkunde zu erstellen. Abwegig erscheint es dagegen, wenn vorgeschlagen wird, Screening-Verfahren (Kurztests), wie sie in der Medizin und Psychologie entwickelt wurden, in die notarielle Praxis einzuführen⁸ und dem Notar damit im Bereich der Feststellung der Geschäftsfähigkeit die Rolle eines Universalgelehrten zuzuweisen. Bei der Verwendung psychopathologischer Kurztests durch den Notar wäre die Gefahr falscher Schlussfolgerungen größer als der potenzielle Nutzen. Es besteht kein Anlass, von der bewährten juristisch-psychiatrischen Kooperation bei der Beurteilung der Geschäfts- und Testierfähigkeit abzuweichen.⁹

Es ist selbstverständlich, dass der Notar – der zwar Zeuge des Geschehens, aber kein Sachverständiger ist – auch erreichbare sachverständige Dritte zuziehen wird; zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit und der Schwere der Krankheit wird sich der Notar daher zweckmäßig mit dem behandelnden Arzt oder einer kompetenten Krankenschwester in Verbindung set-

¹ Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 17 Rdnr. 228.

² Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 14 Rdnr. 108.

³ BGH, NJW 2001, 3135 = MittBayNot 2002, 54; BayObLG, Rpfleger 1974, 396; DNotZ 1993, 471, 473; OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 505, 506.

⁴ Keller, DNotZ 1995, 99, 108 f.

⁵ Winkler, BeurkG, § 4 Rdnr. 46 und § 28 Rdnr. 9.

⁶ Lerch, BeurkG, 3. Aufl. 2006, § 11 Rdnr. 6.

⁷ Winkler, BeurkG, § 11 Rdnr. 9.

⁸ So aber Stoppe/Lichtenwimmer, DNotZ 2005, 806.

⁹ So zutreffend Cording/Foerster, DNotZ 2006, 329; Müller, DNotZ 2006, 325.

zen.¹⁰ Oft bleibt aber kein anderes Mittel als das Gespräch mit dem Kranken.¹¹ Häufig ist es dann ratsam, den Beteiligten zu empfehlen, sich selbst vorsorglich um ein ärztliches Attest zu kümmern. In der Urkunde ist ggf. möglichst der Name des Arztes und seine Auskunft zu vermerken bzw. dass der Notar durch ein mit dem Beteiligten geführtes Gespräch die Überzeugung von dessen Geschäftsfähigkeit gewonnen hat.¹²

3. Tragweite des Rechtsgeschäfts

Zu Recht stellt das OLG für die Intensität der Nachforschungen des Notars auch ab auf die rechtliche Tragweite und die wirtschaftlichen Auswirkungen des beurkundeten Rechtsgeschäfts. Es macht einen Unterschied, ob jemand z. B. eine Vollmacht, ein Testament, einen Ehevertrag oder z. B. den Antrag auf Löschung einer getilgten Grundschuld unterzeichnet. In diesem Fall führt die Unterschrift zur Löschung der Belastung, ist für den Unterzeichner also i. d. R. vorteilhaft, in jenem werden umfangreiche Befugnisse übertragen, die z. B. bei Missbrauch der Vollmacht zur Vermögenslosigkeit führen können, bzw. werden weitreichende vermögensrechtliche Regelungen für die Zukunft getroffen. Hier ist von einer Abstufung der Prüfungspflichten des Notars auszugehen. Als weiteren Gesichtspunkt nennt das OLG zu Recht das Verhältnis der bevollmächtigten bzw. als Erbe eingesetzten Person zum Beteiligten. Steht der Begünstigte dem Beteiligten in familiärer Verbundenheit nahe, wie dies etwa der Fall bei Kindern oder Ehegatten ist, sind Nachforschungen durch den Notar weit weniger angebracht als bei einer „atypischen Personenkonstellation“, wie sie sich bei einer externen Pflegekraft darstellt. Hier ist die Gefahr, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 BeurkG), wesentlich nahe liegender.

4. Zeugnis- und Vermerkplicht

a) Allgemeines

Ist der Notar der Überzeugung, dass die Beteiligten geschäftsfähig sind, so sind Feststellungen hierüber grundsätzlich nicht erforderlich. Ist jedoch ein Beteiligter schwer krank, soll dies nach § 11 Abs. 2 BeurkG in der Niederschrift vermerkt werden. Dabei sollen die Feststellungen des Notars über die Geschäftsfähigkeit angegeben werden.

Formulierungsvorschlag:

Der Anwesende ist zwar schwerkrank, aber nach Überzeugung des Notars aufgrund der mit ihm geführten Unterredung voll geschäftsfähig.

b) Verfügung von Todes wegen

Während sich der Notar nach § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG über die Geschäftsfähigkeit nur dann zu äußern braucht, wenn deren Vorhandensein zweifelhaft oder wenn ein Beteiligter schwer krank ist, soll er nach § 28 BeurkG in jedem Fall seine Wahrnehmungen über die Geschäftsfähigkeit angeben. Diese

Regelung soll sicherstellen, dass nach dem Tod des Erblassers bei einem Streit über seine Geschäftsfähigkeit die Wahrnehmungen des Notars als Beweismittel zur Verfügung stehen.¹³ § 28 BeurkG stellt insoweit, wie das OLG betont, die verfahrensrechtliche Sicherstellung von § 2229 Abs. 4 BGB dar.

Eine solche Feststellung kann etwa lauten:

Die Anwesende erklärt, ein Testament errichten zu wollen. Aufgrund der mit ihr geführten Unterredung gewann ich, der Notar, die Überzeugung, dass sie voll geschäftsfähig und weder taub, blind, stumm oder sonst am Sprechen gehindert ist. Die Zuziehung von Zeugen war daher nicht erforderlich und wurde auch nicht gewünscht.

Die Feststellungen des Notars sind gerade bei Verfügungen von Todes wegen besonders wichtig: Die Behauptung, der Erblasser sei infolge seiner Krankheit oder bereits eingetretener Agonie nicht mehr in der Lage gewesen, die Bedeutung seiner Willenserklärungen einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, gehört zu den häufigsten Anlässen von Erbschaftsstreitigkeiten. Bei solchen Streitigkeiten ergibt es sich oft, dass der Notar als Zeuge vernommen werden soll und dann lange Zeit nach Errichtung der Urkunde auf seine Feststellungen in der Urkunde oder in seinen Nebenakten angewiesen ist.¹⁴ Aus diesem Grund hat es sich in der Praxis bewährt, ohne dass eine entsprechende Amtspflicht bestünde, dass der Notar, auch wenn er keinerlei Zweifel an der Geschäftsfähigkeit hat, bei Erblassern fortgeschrittenen Alters regelmäßig ein zeitnahes Attest hierüber einholen lässt. Jedenfalls ist dies dann zu empfehlen, wenn Personen aus der Familie übergangen werden und Streit zu befürchten ist. Im Prozess kann sich der Notar regelmäßig nicht mehr an die oft Jahre zurückliegende Beurkundung oder gar Einzelheiten hieraus erinnern. Darüber hinaus haben selbst fundierte Aussagen des Notars als Juristen gegenüber einem ärztlichen Attest einen schwächeren Beweiswert. Kann der Notar die Aufforderung des Gerichts zur Äußerung über die Geschäftsfähigkeit des Erblassers mit Übersendung eines ärztlichen Attests beantworten, so ist damit der Streit regelmäßig beendet.

c) Ort der Feststellung

Feststellungen, die der Notar trifft, sind gemäß §§ 11, 28 BeurkG in der Niederschrift selbst zu treffen, nicht aber in einem davon getrennten Vermerk.¹⁵ Dabei muss sich der Notar aber die Frage stellen, ob eingehende Erörterungen über die Krankheit und entsprechende Feststellungen in der Niederschrift den Kranken gefährden können. Nicht selten kann es daher unzulässig sein, die Feststellung in die Niederschrift aufzunehmen, um Beteiligte nicht unnötig zu belasten. Das ist etwa der Fall, wenn die Befürchtung besteht, dass der Beteiligte durch die Aufnahme der Feststellung in seinem Selbstwertgefühl ernsthaft verletzt oder seelisch belastet werden könnte;¹⁶ auch könnte das Beurkundungsziel der richtigen Rechtsgestaltung erschwert werden, wenn die Akzeptanz des Notars (als Mittler zur richtigen Gestaltung) durch den Beteiligten (als Subjekt des Beurkundungsverfahrens) darunter leidet, dass der Notar ihm aus der Sicht des Beteiligten verletzende oder jedenfalls

¹⁰ Höfer/Huhn, Allgemeines Urkundenrecht, 1968, S. 289; Huhn/v. Schuckmann/Renner, BeurkG, 4. Aufl. 2004, § 11 Rdnr. 18; Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 440; Lerch, BeurkG, § 11 Rdnr. 7.

¹¹ Haegeler, Rpfleger 1969, 414.

¹² Vgl. auch Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 101 IV; Zimmermann, BWNotZ 2000, 97; ders., BWNotZ 2001, 151; Lichtenwimmer, MittBayNot 2002, 240; Kruse, NotBZ 2001, 405, 448; Stoppe/Lichtenwimmer, DNotZ 2005, 806; Müller, DNotZ 2006, 325.

¹³ BT-Drucks. V/3282, S. 34; Lichtenwimmer, MittBayNot 2002, 240; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl., § 28 BeurkG Rdnr. 1.

¹⁴ Huhn/v. Schuckmann/Renner, BeurkG, § 11 Rdnr. 19; Huhn/v. Schuckmann/Armbrüster, BeurkG, § 28 Rdnr. 8; Formulierungsvorschläge: Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1990, Rdnr. 10.700 ff.

¹⁵ BayObLGZ 1992, 220 = DNotZ 1993, 471, 473.

¹⁶ Z. B. wenn dem Beteiligten die Schwere seiner Krankheit oder die Todesnähe nicht bekannt ist.

seine persönliche Sphäre berührende, von ihm als unsensibel empfundene Feststellungen über seine Geschäftsfähigkeit eröffnen würde.¹⁷ Es ist dann vertretbar, in der Urkunde die Geschäftsfähigkeit nur mit einer kurzen Bemerkung festzustellen, die sonstigen Wahrnehmungen aber in einer sorgfältig abgefassten Tatsachenbescheinigung zusammenzufassen.¹⁸ Eine aussagekräftige Darstellung außerhalb der Urkunde kann u. U. die Zwecke des Gesetzes besser erfüllen als eine weniger aussagekräftige, weil mit Rücksicht auf den Betroffenen vorsichtig formulierte Feststellung in der Niederschrift selbst. Der Gedanke, das Problem dadurch zu lösen, dass die Feststellungen zwar in die Niederschrift aufgenommen, dem Beteiligten aber nicht vorgelesen werden, würde gegen die zwingende Vorschrift des § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verstoßen.¹⁹

Sind die Feststellungen des Notars über die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten nach dem Gesagten außerhalb der Niederschrift zu treffen, hat dies in einer Weise zu geschehen, die die Zwecke der § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 28 BeurkG soweit wie möglich erfüllt. Deshalb sind sie zur Beweissicherung zur Urkunde zu geben und nicht in den Nebenakten zu verwahren.²⁰ Ein solcher – berechtigterweise oder vorschriftswidrig gefertigter Vermerk unterliegt der Verschwiegenheitspflicht und darf nur nach den Vorschriften des § 18 BNotO offenbart werden; er darf nicht jedem offengelegt werden, der nach § 51 Abs. 3 BeurkG ein Recht zur Einsicht in die Urschrift hat.²¹

d) Sollvorschrift

§ 11 und § 28 BeurkG enthalten ausschließlich Sollvorschriften. Fehlen oder Unrichtigkeit des Vermerks in der Niederschrift hat daher auf die Wirksamkeit der Beurkundung keinen Einfluss.²² Aber auch durch Sollvorschriften werden grundsätzlich unbedingte Amtspflichten der Beurkundungsperson begründet, von denen diese nicht nach ihrem Ermessen abweichen darf. Sollvorschriften unterscheiden sich von Mussvorschriften grundsätzlich nur dadurch, dass von ihrer Beachtung die Wirksamkeit der Beurkundung nicht abhängt.²³ Vergisst der Notar die Feststellung, so hat das auf die Wirksamkeit der Beurkundung daher keinen Einfluss. Entsteht jedoch nach dem Tod des Erblassers Streit über seine Geschäftsfähigkeit, so fehlt die schriftlich niedergelegte Wahrnehmung des Notars als Beweismittel.²⁴

Notar Prof. Dr. Karl Winkler, München

¹⁷ Haegele, Rpfleger 1969, 415; Huhn/v. Schuckmann/Renner, BeurkG, § 11 Rdnr. 19; Lerch, BeurkG, § 11 Rdnr. 7; Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 439; Staudinger/Hertel, BGB, 2004, Vorbem. zu §§ 127 a, 128 (BeurkG) Rdnr. 576.

¹⁸ Lichtenwimmer, MittBayNot 2002, 240, 244.

¹⁹ Lerch, BeurkG, § 13 Rdnr. 3; Winkler, BeurkG, § 13 Rdnr. 21.

²⁰ Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 441; vgl. BayObLGZ 1992, 220 = DNotZ 1993, 471, 473; Huhn/v. Schuckmann/Renner, BeurkG, § 11 Rdnr. 20.

²¹ Ausführlich Kanzleiter, DNotZ 1993, 434; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 41.

²² BayObLGZ 1992, 220 = DNotZ 1993, 471.

²³ BT-Drucks. V/3282, S. 24; BayObLGZ 1983, 101, 106 = MittBayNot 1983, 136; BayObLGZ 1992, 220 = DNotZ 1993, 471, 473.

²⁴ Huhn/v. Schuckmann/Armbrüster, BeurkG, § 28 Rdnr. 10.

Kostenrecht

12. KostO § 16 (Beurkundungsgebühren für eine sog. Schubladenlösung)

Die isolierte Beurkundung einer Löschungsbewilligung für eine in einem Grundstückskaufvertrag bewilligte Auflassungsvormerkung für den Fall einer Rückabwicklung des Vertrages (sog. Schubladenlösung) stellt regelmäßig eine unrichtige Sachbehandlung dar, deren Kosten außer Ansatz bleiben, wenn der Vertrag tatsächlich nicht rückabgewickelt werden muss.

Dies folgt aus dem Grundsatz, dass der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die kostengünstigste zu wählen hat, es sei denn, die Beteiligten wünschen nach ausführlicher Belehrung eine andere Gestaltung. Die Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung oder einer entsprechenden Vollmacht für den Notar im Kaufvertrag sind im Verhältnis zur isolierten Beurkundung der Löschungsbewilligung als gleich sicher anzusehen.

OLG Hamm, Beschluss vom 11.3.2008, 15 W 60/07; mitgeteilt von Helmut Engelhardt, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 beglaubigte eine Erklärung der Beteiligten zu 2 bis 5, durch welche diese die Löschung einer zu ihren Gunsten einzutragenden Auflassungsvormerkung bewilligten. Der Beteiligte zu 1 berechnete ihnen mit der Kostenrechnung hierfür u. a. eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß §§ 32, 141, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO aus einem Geschäftswert von 60.858 €.

Hintergrund der Löschungsbewilligung ist ein zeitgleich beurkundeter Kaufvertrag, durch welchen die Beteiligten zu 2 bis 5 ein Grundstück erwarben. In diesem war ihnen zur Sicherung ihres Auflassungsanspruchs eine Vormerkung bewilligt worden. Die Löschungsbewilligung diente der Absicherung der Verkäuferseite und sollte durch den Beteiligten zu 1 im Falle eines Scheiterns des Vertrages unter bestimmten, im Kaufvertrag näher vereinbarten Bedingungen zum Grundbuchamt eingereicht werden.

Der Präsident des LG hat diese Verfahrensweise des Beteiligten zu 1 im Rahmen der Geschäftsprüfung beanstandet. Er vertritt die Auffassung, dass durch das Vorgehen des Beteiligten zu 1 unnötige Kosten verursacht würden, weil es ebenso gut möglich sei, die Löschungsbewilligung in den Kaufvertrag aufzunehmen oder dem Notar oder seinen Angestellten eine Vollmacht zur Erklärung der Löschungsbewilligung zu erteilen. Nachdem der Beteiligte zu 1 dem entgegen getreten ist, hat der Präsident des LG ihn vorliegend, wie in anderen gleich gelagerten Fällen auch, angewiesen, die Entscheidung der Zivilkammer herbeizuführen.

Das LG hat auf den Antrag des Beteiligten zu 1 hin die Kostenrechnung mit der Begründung aufgehoben, es liege eine unrichtige Sachbehandlung vor. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der aus eigenem Recht eingelegten weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist infolge Zulassung durch das LG gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1 folgt daraus, dass das LG die angefochtene Kostenberechnung zu seinem Nachteil aufgehoben hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer gemäß § 156 Abs. 6 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1 ausgegangen.

In der Sache sind die durch die gesonderte Beglaubigung der Löschungsbewilligung entstandenen Kosten nur außer Ansatz

zu lassen, wenn es sich i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO um solche Kosten handelt, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift liegt nach anerkannter Auffassung nur bei einem offen zutage getretenen Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars vor (vgl. BGH, NJW 1962, 2107; BayObLGZ 1981, 165; JurBüro 1983, 592; KG, DNotZ 1976, 434, 435).

Ein solcher eindeutiger Verstoß ist mit dem LG hier darin zu sehen, dass der Notar eine gesonderte Löschungsbewilligung beurkundet hat. Der Notar hat von mehreren möglichen Gestaltungsmöglichkeiten die kostengünstigste, gleich sichere, sachdienliche und übliche zu wählen (BayObLG, JurBüro 2001, 151; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 16 Rdnr. 51 f.). Verletzt der Notar diese auf § 24 BNotO (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 16 Rdnr. 49), nach anderer Auffassung auf § 17 BeurkG (OLG Köln, JurBüro 1990, 75, 78; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 118) beruhende Pflicht, so sind die durch die unrichtige Vorgehensweise verursachten Mehrkosten gemäß §§ 141, 16 Abs. 1 KostO nicht zu erheben (KG, DNotZ 1970, 437, 438; BayObLG, JurBüro 2001, 151). Der Aufwand höherer Kosten ist aber gerechtfertigt, wenn Gründe für einen anderen Weg als den kostengünstigsten sprechen, sei es das Interesse an der Schnelligkeit, sei es das Interesse an der Sicherheit für die Beteiligten. Dabei ist dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars mit Rücksicht auf seine sachliche Unabhängigkeit (§ 1 BNotO) ein weiter Spielraum einzuräumen (OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 118, 120).

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass der Notar angesichts der Bewilligung einer alsbald einzutragenden Auflassungsvormerkung überhaupt nach einer zusätzlichen Absicherung des Verkäufers für den Fall eines Scheiterns des Kaufvertrages gesucht hat. Die Bewilligung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung stellt zwar unter rechtlichen Gesichtspunkten keine Vorleistung im engeren Sinne dar, da sie nicht verkehrsfähig ist und die Verfügungsbefugnis des Eigentümers/Verkäufers nicht beeinträchtigt (BGH, NJW 1993, 2745). Gleichwohl räumt der Verkäufer dem Käufer mit der Auflassungsvormerkung eine faktische Sperrposition gegen eine anderweitige Verwertung des Grundstücks ein, deren Beseitigung nach einem Scheitern des Vertrages für ihn mit erheblichen Schwierigkeiten, Kosten und Einbußen verbunden sein kann (*Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249; *Möller*, MittRhNot 1990, 33; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 498). Der Notar ist daher zwar nur bei besonderen Anhaltspunkten für eine Unsicherheit der Vertragserfüllung verpflichtet, die Vertragsbeteiligten entsprechend zu belehren und angemessene Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen (BGH, NJW 1993, 2745). Gleichwohl ist es kostenrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Notar auch in anderen Fällen eine zusätzliche Absicherung des Verkäufers für den Fall eines Scheiterns des Vertrages in Betracht zieht. Allerdings muss der Notar im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums hierbei stets prüfen, inwieweit der konkrete Fall tatsächlich Anlass für eine zusätzliche Absicherung gibt. Ein solcher Anlass kann insbesondere fehlen, wenn die Erreichbarkeit und Kooperationsbereitschaft des Käufers im Falle des Scheiterns des Vertrages nicht zweifelhaft sind (etwa bei öffentlichrechtlichen Körperschaften) oder dann, wenn die wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks erkennbar nicht im Vordergrund der wechselseitigen Interessen steht (etwa bei familieninternen Grundstücksgeschäften). Auch wenn danach ein zusätzliches Sicherungsinteresse durch den Notar bejaht werden kann, hat er nach den genannten Grundsätzen unter

mehreren gleich sicheren Absicherungsmöglichkeiten die kostengünstigste zu wählen.

Wie vom Beteiligten zu 1 zutreffend ausgeführt werden in der Literatur verschiedene Möglichkeiten diskutiert, wie das aus der Auflassungsvormerkung folgende Risiko des Verkäufers im Falle eines Scheiterns des Vertrages reduziert werden kann (vgl. im Einzelnen *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249; *Möller*, MittRhNot 1990, 33; *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A. I. Rdnr. 172). In diesem Zusammenhang werden, teils mit weiteren Differenzierungen, drei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht gezogen, jeweils unter näherer Vereinbarung der Bedingungen, unter denen von der Löschungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden darf, nämlich die Aufnahme einer Vollmacht des Käufers für den Notar oder einen Angestellten desselben zur Erklärung einer Löschungsbewilligung (sog. Vollmachtlösung), die Aufnahme einer Löschungsbewilligung in den Kaufvertrag oder die Erklärung der Löschungsbewilligung in gesonderter Urkunde und deren treuhänderische Hinterlegung bei dem Notar (sog. Schubladenlösung).

Hinsichtlich der Tauglichkeit dieser Gestaltungen ist zunächst festzuhalten, dass keine einen absoluten Schutz gegen die Schäden und Unannehmlichkeiten bieten kann, die dem Verkäufer bei einem Scheitern des Vertrages aus der Eintragung der Auflassungsvormerkung entstehen können (vgl. im Einzelnen *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249, 253; ebenso *Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105). Einigkeit besteht weiterhin, dass eine Optimierung des Schutzes den vertraglichen Ausschluss der Abtretung des Auflassungsanspruchs (§ 399 BGB) und die Eintragung desselben bei der Auflassungsvormerkung voraussetzt (zur Möglichkeit der Eintragung vgl. BayObLG, FGPrax 1998, 210; OLG Köln, FGPrax 2004, 207). Auch diese Möglichkeit bietet gemäß § 851 Abs. 2 ZPO allerdings keinen Schutz gegen die Pfändung des Auflassungsanspruchs. Da diese bei der Auflassungsvormerkung vermerkt werden kann und dann für eine Löschung auch die Bewilligung des Pfändungsgläubigers erforderlich ist (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., Anh. zu § 44 Rdnr. 107; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 19 Rdnr. 73), bleibt hier die Möglichkeit bestehen, dass die genannten Gestaltungen für eine erleichterte Löschung der Auflassungsvormerkung fehlschlagen. Hinsichtlich dieser Restrisiken besteht aus Sicht des Senats zwischen den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten kein Unterschied, vielmehr sind sie insoweit alle gleich sicher bzw. unsicher.

Die Auffassung des Beteiligten zu 1, die bereits bei Abschluss des Kaufvertrages erklärte Löschungsbewilligung belaste den Auflassungsanspruch mit einem „Vorbehalt“, der auch im Fall seiner Abtretung dem Zessionar gegenüber wirksam bleibe und so die Vormerkung „zur Löschung bringt“, ist rechtlich nicht tragfähig. Die Löschungsbewilligung als grundbuchverfahrensrechtliche Erklärung wird gemäß § 19 GBO durch das Grundbuchamt vollzogen, wenn der Bewilligende nach dem Grundbuchbestand als derjenige erscheint, dessen Buchposition durch die Löschung beeinträchtigt wird. Diese auch als Bewilligungsmacht bezeichnete subjektive Eintragungsvoraussetzung muss grundsätzlich im Zeitpunkt der Eintragung erfüllt sein (*Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 163; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 62). Hat der Käufer also zu einem früheren Zeitpunkt die alleinige Bewilligungsmacht durch Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des Auflassungsanspruchs verloren und ist dies im Grundbuch bei der Auflassungsvormerkung vermerkt worden, so reicht seine Löschungsbewilligung, auch wenn sie vorher erklärt worden ist, für die Löschung nicht mehr aus.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde bleibt in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, dass nach gefestigter Rechtsprechung mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers zu einem Anwartschaftsrecht erstarkt (BGHZ 83, 395 = NJW 1982, 1639 m. w. N.). Denn nach dem eigenen Vorbringen des Notars hat die von ihm gewählte Gestaltungsform lediglich das Ziel, auf einem vereinfachten Weg eine im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung zur Löschung zu bringen. Die Vormerkung ist als voll akzessorisches Recht (§ 883 Abs. 1 BGB) in ihrem Bestand ausschließlich von dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung abhängig. Die Ausführungen der weiteren Beschwerde, das dingliche Anwartschaftsrecht beschreibe nach seiner Entstehung ausschließlich die Rechtsposition des Auflassungsempfängers, diese könne von jetzt an nur durch Auflassung nach § 925 BGB übertragen werden, hingegen sei eine Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gemäß § 398 BGB nunmehr ausgeschlossen, ist erkennbar unrichtig. Denn es entspricht völlig einhelliger Auffassung, dass das dingliche Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers von dem ihm zustehenden schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, der bis zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch fortbesteht, streng zu unterscheiden ist. Beide Rechte stehen dem Erwerber unabhängig voneinander zu (vgl. etwa MünchKommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl., § 925, Rdnr. 41; Staudinger/Pfeifer, BGB, 2004, § 925, Rdnr. 142; OLG Hamm, FGPrax 2008, 9 = DNotZ 2008, 293; BayObLG, NJW-RR 1997, 1173). Ebenso wie über das Anwartschaftsrecht kann er über den schuldrechtlichen Anspruch, und zwar insoweit nach § 398 BGB, verfügen. Die dargestellten grundbuchverfahrensrechtlichen Hindernisse, die sich aus einer zwischenzeitlichen Verfügung über den Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers bis zum Zeitpunkt des Vollzugs einer beantragten Löschung der Vormerkung im Grundbuch ergeben, werden also durch die Frage der Entstehung eines dinglichen Anwartschaftsrechts und seines Fortbestandes nicht berührt.

Auch im Übrigen vermag der Senat keinen Sicherheitsvorteil der einen oder anderen Gestaltungsmöglichkeit zu erkennen. Die von dem Beteiligten zu 1 vertretene Auffassung, bei der Bevollmächtigung oder der Aufnahme der Löschungsbewilligung in den Kaufvertrag bestehe die Gefahr, dass das Grundbuchamt in Verkennung seiner Prüfungsbefugnisse den Nachweis des Eintritts der im Innenverhältnis vereinbarten Voraussetzungen für die Ausübung der Vollmacht bzw. die Beantragung der Löschung verlange, überzeugt den Senat nicht. Zum einen hält der Senat es für grundsätzlich verfehlt, ein mögliches rechtswidriges Verhalten des Grundbuchamtes zum Maßstab notarieller Ermessensausübung zu machen, zumal umgekehrt das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der verfahrensweise des Grundbuchamtes in anderem Zusammenhang durchaus Maßstab notarieller Amtsführung sein kann (zum Stichwort Sicherstellung der Eintragung vgl. BGH, DNotZ 1987, 560). Zum anderen ist zu beachten, dass die hier erörterten rechtlichen Gestaltungsformen aus den genannten Gründen nicht gewährleisten können, den Verkäufer vor jeglichen Verzögerungsrisiken bei einer Rückabwicklung des Kaufvertrages zu schützen. Geschützt werden soll er vielmehr vor dem unkooperativen Verhalten eines leistungsunfähigen oder -unwilligen Käufers. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in die Vereinbarungen für das Innenverhältnis der Ausschluss eines Nachweises der Voraussetzungen für die Vollmachtausübung bzw. die Vorlage der Löschungsbewilligung ausdrücklich aufgenommen werden kann. Die ohnehin beschränkte Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes wird

hierdurch noch einmal betont, so dass die Gefahr einer Überschätzung derselben durch das Grundbuchamt eher akademischer Natur ist.

Hinzu kommt, dass es zumindest als zweifelhaft angesehen werden muss, ob es möglich ist, mit der Schubladenlösung die Regelungen des Innenverhältnisses dem Grundbuchamt besser zu „verheimlichen“ als bei der Vollmachtlösung oder der Aufnahme der Löschungsbewilligung in die Kaufvertragsurkunde. In der Literatur (*Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105; *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A. I. Rdnr. 172; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 498; *Brambring*, DNotZ 1995, 89; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., S. 148) wird mit beachtlichen Argumenten die Auffassung vertreten, dass die Vereinbarungen darüber, unter welchen Voraussetzungen von der Löschungsbewilligung bzw. der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf, als Bestandteil des Kaufvertrages nach § 311 b BGB beurkundungsbedürftig sind. Muss der Notar danach schon aus Sicherheitsgründen die Regelung des Innenverhältnisses in die Kaufvertragsurkunde aufnehmen, wie es hier auch geschehen ist, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangt und zu einer Fehleinschätzung des Grundbuchamtes hinsichtlich seiner Prüfungsbefugnisse führt, nicht anders als bei den anderen in Frage stehenden Gestaltungsmöglichkeiten.

Soweit hinsichtlich der Vollmachtlösung Bedenken gegen die Bevollmächtigung von Angestellten des Notars vorgebracht werden (vgl. etwa *Möller*, MittRhNot 1990, 33, 37), können diese jedenfalls nicht für eine Bevollmächtigung des Notars gelten. Dessen Bevollmächtigung zur Abgabe der Löschungsbewilligung bzw. zur Beantragung der Löschung aufgrund einer in dem Kaufvertrag bereits erklärten Bewilligung kollidiert bei einer ausgewogenen Gestaltung des Innenverhältnisses jedenfalls nicht mit seiner Neutralitätspflicht, da für den Käufer selbst auch keine rechtmäßige Handlungsalternative bestehen würde (so zutreffend *Möller*, MittRhNot 1990, 33, 37).

Da somit davon auszugehen ist, dass die genannten Gestaltungsmöglichkeiten für eine erleichterte Löschung der Auflassungsvormerkung nach Scheitern des Vertrages gleichwertig sind, war der Beteiligte zu 1 verpflichtet, die kostengünstigste Alternative zu wählen. Die Beglaubigung einer isolierten Löschungsbewilligung neben dem beurkundeten Kaufvertrag löst eine zusätzliche Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO aus. Demgegenüber besteht zwischen den in einer notariellen Urkunde verbundenen Erklärungen betreffend den Kaufvertrag einerseits und der Löschungsbewilligung oder einer darauf abzielenden Vollmacht andererseits Gegenstandsgleichheit i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO, so dass bei dieser Gestaltung keine gesonderten Kosten anfallen (*Klein*, RNotZ 2004, 253; *Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105, 106 f.). Die sofortige Beurkundung einer isolierten Löschungsbewilligung führt also in allen Fällen vertragsgerechter Abwicklung des Kaufvertrages zu vermeidbaren Kosten, die gemäß § 16 KostO außer Ansatz zu bleiben haben. Da der Kaufvertrag im vorliegenden Fall ordnungsgemäß abgewickelt wurde, hat das LG die Kostenrechnung zu Recht aufgehoben.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1398–1408.

Öffentliches Recht

13. GG Art. 140 (*Keine Gebühr für kirchenaufsichtliche Genehmigung*)

Eine Kirche kann nicht unter Berufung auf ihren Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts Vorschriften erlassen, die dem Erwerber eines Grundstücks eine Verwaltungsgebühr auferlegen, die für die kirchenaufsichtliche Genehmigung der Veräußerung durch die Kirchengemeinde angefallen ist.

BVerwG, Urteil vom 10.4.2008, 7 C 47.07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZevKR 2008, 352.

14. BauGB § 24 Abs. 1 und 3, § 28 Abs. 2 (*Fristbeginn für die Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts*)

1. **Die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt erst dann, wenn eine der Kaufvertragsparteien dem Vorkaufsberechtigten mitgeteilt hat, fehlende Genehmigungen (hier: wegen Vertragsschluss durch vollmachtlosen Vertreter erforderlich) seien erteilt worden. Der Umstand, dass der Vorkaufsberechtigte aus gewissen Indizien möglicherweise darauf schließen kann, die Genehmigung sei erteilt worden, reicht nicht aus, den Fristenlauf auszulösen.**
2. **Das Wohl der Allgemeinheit rechtfertigt die Ausübung des Vorkaufsrechts auch dann, wenn die Gemeinde auf dem Grundstück eine andere Art von Gemeinbedarfseinrichtung verwirklichen will, als sie derzeit noch im Bebauungsplan festgesetzt ist und nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts eröffnet.**

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 27.5.2008, 1 ME 77/08

Die Antragsteller wenden sich mit ihrem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 BauGB durch die Antragsgegnerin. Mit Bescheid vom 6.12.2007 übte die Antragsgegnerin das Vorkaufsrecht an dem in ihrem Gemeindegebiet gelegenen Grundstück E.-straße 29 aus. Mit notariellem Vertrag vom 27.6.2007 hatten die Antragsteller von der Beigeladenen dieses Grundstück gekauft. Die Wirksamkeit dieses Kaufvertrags, der mit Schreiben vom 29.6.2007 vom Notar der Antragsgegnerin übersandt worden war, hing von der Genehmigung der von ihrer vollmachtlosen Vertreterin abgegebenen Erklärungen durch die Verkäuferin ab. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 18.7.2007 erteilte die Beigeladene die Genehmigung.

In seiner Sitzung vom 29.7.2007 beschloss der Rat der Antragsgegnerin, das Vorkaufsrecht auszuüben. In einem daraufhin mit der Beigeladenen geführten Schriftwechsel teilte diese der Antragsgegnerin mit, das Objekt sei bereits an den Käufer übergeben worden. Mit Bescheid vom 30.8.2007 übte die Antragsgegnerin zum ersten Mal das Vorkaufsrecht aus. Diesen Bescheid nahm sie später wieder zurück, weil er sich an den falschen Adressaten gerichtet hatte. Mit Schreiben vom 1.11.2007 forderte die Antragsgegnerin die Genehmigung des Kaufvertrags vom 27.6.2007 an. Diese wurde ihr vom beurkundenden Notar unter dem 6.11.2007 per Fax übersandt. Unter dem 6.12.2007 hob die Antragsgegnerin den ersten Bescheid auf und übte unter Anordnung des Sofortvollzugs mit Bescheid vom gleichen Tage erneut ihr Vorkaufsrecht aus. Dagegen wandten sich die Antragsteller mit Widerspruch und Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, dem das VG mit dem hier angegriffenen Beschluss stattgegeben hat.

Das VG begründet seine Entscheidung damit, die Antragsgegnerin habe bereits im August durch die Mitteilung, das Grundstück sei dem Käufer übergeben worden, konkludent erfahren, dass der Kaufvertrag genehmigt worden sein müsse. Aus diesem Grund sei am 6.12.2007 die Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB abgelaufen gewesen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin hat Erfolg.

Die vom VG festgestellten Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 6.12.2007 bestätigen sich nicht. Die in § 28 Abs. 2 BauGB festgelegte Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts entspricht der des § 469 Abs. 2 BGB. Rechtsprechung und Literatur zur fristgerechten Ausübung des Vorkaufsrechts gehen von einer Pflicht des Verkäufers aus, alle für die Entstehung des Vorkaufsrechts relevanten Tatsachen des Vertragsabschlusses mitzuteilen. Erst wenn diese Informationen beim Vorkaufsberechtigten vorliegen, beginnt die Ausübungsfrist zu laufen. Dazu gehört insbesondere die Mitteilung, dass ein Vertrag abgeschlossen ist und dass dieser wirksam ist. Weil beide Vorschriften keine Angaben darüber enthalten, in welcher Form diese Mitteilung erfolgen muss, kann die Mitteilung zwar auch mündlich geschehen. Sie muss aber inhaltlich vollständig sein. Dazu gehören alle Wirksamkeitsvoraussetzungen einschließlich Genehmigungsbedürftigkeit und Mitteilung, dass die Genehmigung auch erteilt worden ist. Das kann durch beide Kaufvertragsparteien geschehen.

Es besteht danach auch keine Pflicht des Vorkaufsberechtigten, sich die Kenntnis über den Abschluss des Kaufvertrages und seine Wirksamkeit selbst zu verschaffen. Da mit der Mitteilung eine Ausschlussfrist in Gang gesetzt wird, sind strenge Anforderungen an die Auslösung des Fristlaufs zu stellen (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 1.3.1996, 3 S 13/94, n. V.; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl. 2008, § 463 Rdnr. 14 und 16, § 469 Rdnr. 3 und 4; *Stock* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 28 Rdnr. 27). Diese vollständige und eindeutige Mitteilung war der Antragsgegnerin erst am 6.11.2007 als Fax zugegangen. Das vom VG herangezogene Schreiben vom 13.8.2007, in dem die Beigeladene mitteilte, das Objekt sei bereits an den Käufer übergeben worden, enthielt dagegen gerade keine ausdrückliche Mitteilung, der Vertrag sei mittlerweile genehmigt worden. Die Möglichkeit, aus dieser Mitteilung darauf zu schließen, dass erst nach Genehmigung des Vertrages durch den Verkäufer dieser das Objekt übergeben würde, reicht nicht aus. Zwar wäre eine solche Überlegung nicht lebensfremd. Möglich wäre andererseits jedoch auch, dass sonstige Absprachen zu einer vorzeitigen Übergabe des Objekts führen könnten. So waren in § 3 und § 7 des Kaufvertrags Fristen für die Erfüllung gesetzt. Damit fehlt es an der eindeutigen Aussage dieses Schreibens. Abgesehen davon enthält es jedenfalls nicht die ausdrückliche Mitteilung, dass nunmehr alle Voraussetzungen für den Beginn des Laufs der Frist aus § 28 Abs. 2 BauGB eingetreten sind.

Dass ein Vorkaufsberechtigter bereits vor dem Beginn der Ausschlussfrist auf die bloße Kenntnis von einem Vertragsabschluss hin sein Vorkaufsrecht ausüben kann, bedingt nicht, dass die Frist mit der „vorzeitigen Ausübung“ des Vorkaufsrechts, hier also des Bescheides vom 30.8.2007, bereits zu laufen beginnt. Sie gibt den Berechtigten lediglich das Recht, ihre Erklärung bereits jetzt abzugeben, ohne den Lauf der Frist abzuwarten. Dies rechtfertigt sich daraus, dass der Fristablauf dem Schutz der Vertragsparteien des Kaufvertrags dient, die nach Ablauf der Frist Gewissheit darüber haben sollen, dass ein Vorkaufsrecht nicht – mehr – ausgeübt werden kann (OVG Magdeburg, Beschluss vom 23.7.2001, A 2 S 671/99 m. w. N., n. V.; MünchKommBGB/Westermann,

§ 469 Rdnr. 6; *Stock* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 28 Rdnr. 22 und Rdnr. 16). Die vom VG in Bezug genommene Mitteilung der Beigeladenen vom 13.8.2007 genügte danach weder nach ihrem Wortlaut noch inhaltlich den Anforderungen an die fristauslösende Mitteilung. Sie konnte aber von der Antragsgegnerin auch – und für die Beigeladene erkennbar – nicht als solche aufgefasst werden. Der Antragsgegnerin war nicht bewusst gewesen, dass für den Fristablauf des § 28 BauGB wie für das Wirksamwerden ihrer Vorkaufsrechtsausübungserklärung die Wirksamkeit des Kaufvertrags Voraussetzung war. Sie hatte, ohne davon erfahren zu haben, allein auf die Übersendung des zu diesem Zeitpunkt noch nicht durch die notwendige Genehmigung wirksam gewordenen Kaufvertrags ihren Ratsbeschluss gefasst und die entsprechende Erklärung abgegeben. Dass der Kaufvertrag einer Genehmigung durch die Beigeladene bedurfte, ergab sich aus diesem selbst (§ 1). Solange eine Mitteilung hierzu fehlte, konnte die Antragsgegnerin ohne weiteres das Vorliegen dieser Genehmigung nicht unterstellen.

Die Anfrage bei der Beigeladenen vom 9.8.2007 diente ersichtlich der Meinungsbildung darüber, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt werden sollte. Die Beigeladene, die als Verkäuferin zur vollständigen Mitteilung verpflichtet war, hat sich jedoch darauf beschränkt, die ausdrücklich gestellten Fragen zu beantworten, die gerade nicht auf die Feststellung abzielten, ob und wann der Kaufvertrag durch Genehmigung wirksam geworden war. Dass sich aus ihrer Antwort gewichtige Anhaltspunkte für die Wirksamkeit des Vertrags ergaben, hätte möglicherweise Anlass für entsprechende Rückfragen geben können. Zu solchen ist der Vorverkaufsberechtigte jedoch gerade nicht verpflichtet. Die Kenntnis vom Vertragsabschluss und die allenfalls bestehende Vermutung seiner Wirksamkeit oder seines Wirksamwerdens reichen zwar aus, um die Vorverkaufserklärung abzugeben (BGHZ 139, 29 = NJW 1998, 2352 = DNotZ 1998, 895). Sie reichen jedoch nicht aus, um die Frist des § 28 BauGB in Gang zu setzen. Die von der Gemeinde mit dem später wieder aufgehobenen Bescheid erklärte Ausübung des Vorkaufsrechts gründete sich ersichtlich auch nicht auf eine aus dem Schreiben der Beigeladenen vom 13.8.2007 gewonnene Erkenntnis über die – mittlerweile tatsächlich eingetretene – Wirksamkeit des Kaufvertrags, sondern darauf, dass der Gemeinde nicht bewusst war, welche Bedeutung die sich aus dem Kaufvertrag ergebende schwebende Unwirksamkeit des Vertrags hatte. Die spätere Aufhebung des Bescheids beruhte ebenfalls für alle Beteiligten ersichtlich allein auf der Auswahl des falschen Adressaten und stellte nicht die Rücknahme der ursprünglich geäußerten Absicht der Ausübung des Vorkaufsrechts dar.

Wurde die Frist des § 28 Abs. 2 BauGB mithin erst durch die Mitteilung des Notars vom 6.11.2007 in Gang gesetzt, war der Bescheid vom 6.12.2007 noch innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB erlassen.

Unschädlich ist entgegen der Ansicht der Antragsteller, dass der Rat der Antragsgegnerin nicht noch einmal über die Ausübung des Vorkaufsrechts am 6.12.2007 entschieden hatte. Der Erlass des Bescheids stellt die Ausführung des einmal gefassten Ratsbeschlusses vom 29.7.2007 dar, der nicht durch den ersten – fehlerhaft adressierten – Bescheid „verbraucht“ worden war. Solange nicht ein gegenteiliger Ratsbeschluss gefasst worden war, verlor der Ratsbeschluss, der insoweit noch nicht endgültig umgesetzt war, nicht durch Zeitablauf seine Wirksamkeit. Der Beschluss des Verwaltungsausschusses vom 3.12.2007 bestätigte vielmehr die weiter bestehende Absicht, das Vorkaufsrecht auszuüben.

Es fehlte auch nicht offensichtlich an den Voraussetzungen des § 24 BauGB, denn der Bebauungsplan enthält für das Grund-

stück E.-straße 29 die Ausweisung Gemeinbedarfsfläche, die durch das Zeichen „Post“ für die besondere Zweckbestimmung konkretisiert ist. Durch die zwischenzeitliche „Privatisierung“ der Post ist nicht etwa eine Änderung dieser Festsetzung von Gemeinbedarfsfläche in einen Privatbedarf Post eingetreten (vgl. BVerwGE 121, 205 = BRS 67 Nr. 89). Die Festsetzung Gemeinbedarfsfläche gilt vielmehr fort. Zwar hatte die Antragsgegnerin erwogen, den Bebauungsplan auf die Anregung der Antragsteller zu ändern und die Festsetzung Gemeinbedarfsfläche aufzuheben. Diese Überlegungen sind aber vage geblieben und haben sich nicht in einem förmlichen Beschluss zur Änderung des Bebauungsplans niedergeschlagen. Die nunmehr erforderliche Änderung der besonderen Zweckbestimmung dieser Gemeinbedarfsfläche stellt hingegen keine grundlegende Änderung dar, da die Festsetzung Gemeinbedarfsfläche vorhanden ist und erhalten bleiben soll. Dass insoweit noch kein Beschluss zur Änderung des Bebauungsplans gefasst worden ist, steht daher der Umsetzung der Absichten der Gemeinde, dort eine Kindergartenfläche zu gestalten, nicht entgegen.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts steht aller Voraussicht nach auch in Übereinstimmung mit § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Danach darf die Gemeinde das Vorkaufsrecht nur dann ausüben, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt. Anders als bei der Enteignung muss das Allgemeinwohl die Ausübung dieses Rechts also nicht sogar „erfordern“. Es reicht vielmehr aus, dass überwiegende Vorteile für die Öffentlichkeit/Allgemeinheit angestrebt werden.

Dieses Erfordernis erfüllt die Ausübung des Vorkaufsrechts regelmäßig dann, wenn die Gemeinde das Eigentum am Grundstück erstrebt, um dort den in einem rechtsverbindlichen Bebauungsplan festgesetzten Gemeinbedarfszweck zu erfüllen (vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 10. Aufl., § 24 Rdnr. 22). Das bedeutet indes nicht, dass das Wohl der Allgemeinheit die Ausübung des Vorkaufsrechts nur in einem solchen Falle stützt und sie dementsprechend nicht mehr/nicht nicht rechtfertigt wäre/ist, wenn die Gemeinde das Grundstück – wie hier – zu einem anderen Gemeinbedarfszweck (Kindergarten) nutzen will, als er im derzeit rechtsverbindlichen Bebauungsplan noch festgesetzt ist („Post“). Der Erwerb eines Grundstücks ist vielmehr auch dann vom Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt, wenn die Gemeinde dort in absehbarer Zeit überhaupt einen der Zwecke verwirklichen will, der als Allgemeinwohlgrund anzusehen ist. Voraussetzung ist nur, dass auch die übrigen Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts vorliegen (so zutreffend *W. Schrödter* in Schrödter, BauGB, 7. Aufl., § 24 Rdnr. 29). Das bedeutet mit anderen Worten: Es kann durchaus sein, dass die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB erfüllt sind, weil der rechtsverbindliche Bebauungsplan noch immer einen Gemeinbedarfszweck festsetzt, und das Allgemeinwohl i. S. d. § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB aus einem anderen Grund erfüllt ist, der – wenngleich in anderer Ausprägung – ebenfalls einen Gemeinbedarfszweck darstellt. Beides kann unter anderem deshalb auseinander fallen, weil § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB mit der Allgemeinwohlklausel gegenüber § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB eine eigenständige Regelung trifft.

Das von der Antragsgegnerin verfolgte und auch im Bescheid vom 6.12.2007 entsprechend § 24 Abs. 3 Satz 2 BauGB benannte Ziel, auf dem in Rede stehenden Grundstück einen Kindergarten anzulegen, füllt dieses Merkmal aus. Soziale Einrichtungen der Kinderbetreuung stellen – neben anderen sozialen Einrichtungen wie Kranken- und Altenpflegeheimen, kulturellen, sportlichen und vergleichbaren Einrichtungen – solche dar, welche unter den Begriff des Wohls der Allgemeinheit zu fassen sind (vgl. zu § 31 Abs. 2 BBauG 1960 BVerwGE 56, 71 = NJW 1979, 939 = BauR 1978, 387).

Steuerrecht

15. EStG § 15 (*Drei-Objekt-Grenze bei beteiligungsidentischen Personengesellschaften*)

Unternehmen personenidentische Personengesellschaften Grundstücksgeschäfte, sind im Sinne der Drei-Objekt-Grenze für den gewerblichen Grundstückshandel die Zähl-objekte aller Personengesellschaften zusammenzurechnen. Wird die Grenze zum gewerblichen Grundstückshandel im Hinblick auf die Veräußerung von mehr als drei Objekten überschritten, erzielen alle Personengesellschaften jeweils in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gewerbliche Einkünfte. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Beschluss vom 31.1.2008, IV B 144/06

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in BFH/NV 2008, 1134.

16. GrEStG § 1 Abs. 3, § 5 Abs. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Vereinigung von GmbH-Anteilen in einer Gesamthand*)

Die Vergünstigungsvorschrift des § 5 Abs. 1 GrEStG ist auf eine Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) in der Person einer Gesamthand nicht (entsprechend) anwendbar.

BFH, Urteil vom 2.4.2008, II R 53/06

An der KT-GmbH (GmbH) waren im Jahr 1996 S und T zu jeweils 50 v.H. beteiligt. Die GmbH war Alleingesellschafterin der P-GmbH, G-GmbH, K-GmbH und GE-GmbH, zu deren Gesellschaftsvermögen jeweils Grundstücke gehörten. S und T gründeten mit Vertrag vom 30.9.1996 die Klägerin, eine GbR, und übertrugen dieser alle Anteile an der GmbH.

Das beklagte FA beurteilte die Übertragung der GmbH-Anteile auf die Klägerin als steuerbare (mittelbare) Vereinigung aller Anteile an der P-GmbH, G-GmbH, K-GmbH und GE-GmbH in der Hand der Klägerin gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Durch geänderten Bescheid stellte das FA gegenüber der Klägerin die Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer gemäß § 17 GrEStG gesondert fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG gab der Klage statt. Die Einbringung der Anteile an der mittelbar grundbesitzenden GmbH sei in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 GrEStG grunderwerbsteuerbefreit. In sämtlichen Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG finde ein Rechtsträgerwechsel zwischen dem übertragenden und dem erwerbenden Anteilseigner statt, der bei einem Anteilsübergang auf eine Gesamthand die entsprechende Anwendung des § 5 GrEStG gebiete. Andernfalls würde die Übertragung eines Anteils von weniger als 100 v.H. in vollem Umfang der Grunderwerbsteuer unterworfen, obwohl dieser Vorgang die geringste grunderwerbsteuerrechtliche Relevanz aufweise.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 5 GrEStG. Die Vorentscheidung habe verkannt, dass nicht bereits die Einbringung der Anteile, sondern erst die Anteilsvereinigung den Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfülle.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht die Steuerbegünstigung aus § 5 Abs. 1 GrEStG gewährt.

1. Bei einem nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steuerbaren Rechtsgeschäft werden nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GrEStG die Besteuerungsgrundlagen durch das Geschäftsleitungsfinanzamt gesondert festgestellt, wenn ein außerhalb des Bezirks des Geschäftsleitungsfinanzamts belegenes Grundstück betroffen ist. Gegenstand der nach § 17 Abs. 2 und 3 GrEStG zu treffenden gesonderten Feststellung sind die Besteuerungsgrundlagen (dazu BFHE 210, 65 = BStBl II 2005, S. 780 m.w.N.). In den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG ist im Feststellungsbescheid u. a. über die Steuerpflicht dem Grunde nach (einschließlich der Anwendung des § 5 GrEStG) sowie über die nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 10 GrEStG anzusetzende Bemessungsgrundlage zu entscheiden.

2. Mit der Einbringung aller Anteile an der GmbH durch S und T mit Vertrag vom 30.9.1996 haben sich in der Hand der Klägerin (mittelbar) alle Anteile an der P-GmbH, G-GmbH, K-GmbH und GE-GmbH vereinigt. Damit ist der Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt. Nach dieser Vorschrift unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an einer Gesellschaft begründet, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, wenn durch die Übertragung alle Anteile an dieser Gesellschaft in der Hand des Erwerbers oder in der Hand von herrschenden und abhängigen Unternehmen vereinigt würden.

a) Gegenstand der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist nicht der Anteilserwerb als solcher, sondern die durch ihn begründete Zuordnung aller Anteile in einer Hand. Mit dem Anteilserwerb wird grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als habe er die Grundstücke von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen (BFH/NV 2003, 505 m.w.N.).

b) Eine Vereinigung aller Anteile in einer Hand i. S. v. § 1 Abs. 3 Nr. 1 (und Nr. 2) GrEStG liegt nicht nur dann vor, wenn der Anteilserwerber die Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz selbst (unmittelbar) hält, sondern auch dann, wenn es sich bei der Beteiligung des Anteilserwerbers um eine nur mittelbare, d. h. über eine andere Gesellschaft vermittelte handelt, an der er zu 100 v. H. beteiligt ist (BFH/NV 2008, 693; 2003, 505; BFHE 172, 538 = BStBl II 1994, S. 121). Da die Anteilsvereinigung die über die rechtliche Verfügungsmacht an den Gesellschaftsanteilen erlangte Sachherrschaft an dem Gesellschaftsgrundstück erfasst, kommt es nicht darauf an, ob diese Sachherrschaft mittelbar durch eine zwischengeschaltete Gesellschaft – im Streitfall die GmbH – ausgeübt wird (BFH/NV 2003, 505 m.w.N.).

c) Die Besteuerung aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfGE 16, 203). Dies gilt auch insoweit, als im Streitfall für die Einbringung der GmbH-Anteile in die Klägerin kein Entgelt gezahlt worden ist. Die Grunderwerbsteuer erfasst auch Rechtsträgerwechsel, die nicht Teil eines Leistungsaustausches „Grundstück gegen Entgelt“ sind (BFH/NV 2007, 2351). Eine verfassungswidrige Übermaßbesteuerung ergibt sich nicht etwa daraus, dass bei einer Anteilsvereinigung als Bemessungsgrundlage (nach der hier maßgeblichen Rechtslage bis zum 31.12.1996) gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 10 GrEStG der Einheitswert anzusetzen war. Die Bemessung der Grunderwerbsteuer nach der Gegenleistung scheidet schon deshalb als Maßstab einer etwaigen Übermaßbesteuerung aus, weil bei einer Anteilsvereinigung eine auf das ganze Grundstück bezogene Gegenleistung weder ersichtlich ist noch den wirtschaftlichen Gegebenheiten entspräche (BFH/NV 2006, 612 m.w.N.).

d) § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist auch mit Gemeinschaftsrecht vereinbar.

aa) Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Erhebung von Grunderwerbsteuer nach Maßgabe des GrEStG auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH mit der Richtlinie 77/388/EWG vereinbar ist. Der Ansicht der Klägerin, die Grunderwerbsteuer habe den Charakter einer Umsatzsteuer, kann nicht gefolgt werden.

Das Gemeinschaftsrecht enthält beim gegenwärtigen Stand keine besondere Vorschrift, die die Befugnis der Mitgliedstaaten, andere Steuern, Abgaben oder Gebühren als die Umsatzsteuer einzuführen, ausschließt oder beschränkt (EuGH, Urteil vom 11.10.2007, C-283/06, C-312/06 – Kögáz u. a., UR 2007, 906 m. w. N.). Gemäß Art. 33 Abs. 1 der Richtlinie 77/388/EWG hindern unbeschadet anderer Gemeinschaftsbestimmungen die Bestimmungen dieser Richtlinie einen Mitgliedstaat nicht daran, Grunderwerbsteuern sowie ganz allgemein alle Steuern, Abgaben und Gebühren, die nicht den Charakter von Umsatzsteuern haben, beizubehalten oder einzuführen. Die wesentlichen Merkmale der Mehrwertsteuer sind nach der Rechtsprechung des EuGH (UR 2007, 906 Rdnr. 37 m. w. N.): Allgemeine Geltung der Mehrwertsteuer für alle sich auf Gegenstände und Dienstleistungen beziehenden Geschäfte; Festsetzung ihrer Höhe proportional zum Preis, den der Steuerpflichtige als Gegenleistung für die Gegenstände und Dienstleistungen erhält; Erhebung dieser Steuer auf jeder Produktions- und Vertriebsstufe einschließlich der Einzelhandelsstufe, ungeachtet der Zahl der vorher bewirkten Umsätze; Abzug der auf den vorhergehenden Produktions- und Vertriebsstufen bereits entrichteten Beträge von der vom Steuerpflichtigen geschuldeten Mehrwertsteuer, so dass sich diese Steuer auf einer bestimmten Stufe nur auf den auf dieser Stufe vorhandenen Mehrwert bezieht und die Belastung letztlich vom Verbraucher getragen wird.

Unter Zugrundelegung dieser Merkmale hat die nach dem GrEStG erhobene Grunderwerbsteuer nicht den Charakter einer Umsatzsteuer. Der EuGH (Urteil vom 16.12.1992, C-208/91 – Beaulande, Slg. 1992, I-6709) hat für die nach französischem Recht erhobenen Eintragungsgebühren auf ein Baugrundstück festgestellt, dass derartige Eintragungsgebühren keine allgemeinen Steuern sind, da sie nur entgeltlich übereignete unbewegliche Sachen betreffen, deren Übertragung mit einer Reihe von Formalitäten verbunden ist. Derartige Gebühren zielten somit nicht darauf ab, die Gesamtheit der wirtschaftlichen Vorgänge in dem beteiligten Mitgliedstaat zu erfassen. Ferner fehle es an einem Produktions- und Verteilungsprozess, da die Eintragungsgebühr nur erhoben werde, wenn die unbewegliche Sache in das Vermögen des Endverbrauchers übergehe. Überdies könne diese Steuer nicht von gleichartigen, aus Anlass späterer Veräußerungen entrichteten Steuern abgezogen werden. Schließlich bleibe bei der Erhebung derartiger Steuern, die auf der Grundlage des Gesamtwerts der Sache erhoben würden, der Mehrwert unberücksichtigt. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für die nach deutschem Recht erhobene Grunderwerbsteuer und schließen es aus, dieser den Charakter einer Umsatzsteuer beizulegen. Aus Art. 33 Abs. 1 der Richtlinie 77/388/EWG ergibt sich sogar, dass das Gemeinschaftsrecht mit der Mehrwertsteuer konkurrierende Abgabenregelungen zulässt (EuGH, UR 2007, 906 Rdnr. 33 und vom 8.7.1986, C-73/85 – Kerrutt, Slg. 1986, 2219 Rdnr. 22).

Hiernach erscheint dem Senat die Vereinbarkeit der Grunderwerbsteuer mit der Richtlinie 77/388/EWG so klar und eindeutig, dass in Anwendung der Grundsätze des EuGH-Urteils vom 6.10.1982, Rs. 283/81 – CILFIT (Slg. 1982, 3415 Rdnr. 10) die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 Abs. 3 EGV nicht geboten ist.

bb) Ferner hat der Senat keine Zweifel, dass die Erhebung der Grunderwerbsteuer auch mit der Richtlinie 69/335/EWG vereinbar ist. Auch insoweit ist die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH nicht geboten. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf das Urteil des Senats vom 19.12.2007 (BFH/NV 2008, 693) Bezug genommen.

3. Auf eine Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) in der Person einer Gesamthand ist die Vergünstigungsvorschrift des § 5 Abs. 1 GrEStG nicht (entsprechend) anwendbar. Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass die insoweit abweichende Rechtslage im Fall einer Übertragung der bereits vereinigten Anteile (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG) auf eine Gesamthand entsprechend auch auf eine in der Person der Gesamthand eintretende Anteilsvereinigung zu übertragen sei.

a) § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG besteuern nicht den Erwerb der Anteile als solchen, sondern die durch ihn begründete eigenständige Zuordnung der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke und stellen den Übergang aller Anteile einem Grundstücksübergang gleich. Diesen Steuertatbeständen liegt ein (fingierter) Grundstückserwerb von dem Veräußerer aller Anteile zugrunde (*Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 175). Diese Grunderwerbsteuerrechtliche Fiktion rechtfertigt es, die Veräußerung aller (bereits vereinigten) Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft wie eine Veräußerung des Grundstücks selbst zu behandeln und damit bei einer Übertragung aller Anteile auf eine Gesamthand die Steuervergünstigung des § 5 GrEStG zu gewähren (BFH/NV 2002, 1053; BFHE 105, 302 = BStBl II 1972, 590; *Viskorf* in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl., § 5 Rdnr. 41; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 5 Rdnr. 38; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 61).

b) In den Fällen der Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) scheidet eine solche Fiktion eines Grundstückserwerbs der Gesellschaft und damit die (entsprechende) Anwendung des § 5 GrEStG aus.

Grunderwerbsteuerrechtlich kann der Erwerb einzelner Anteile einer grundbesitzenden GmbH nicht dem Erwerb von Miteigentumsanteilen an Grundstücken der GmbH gleichgestellt werden (BFHE 105, 302 = BStBl II 1972, 590; BFHE 135, 556 = BStBl II 1982, 424); der Erwerb einzelner Anteile einer grundbesitzenden GmbH vermittelt keine Sachherrschaft an den Grundstücken der Gesellschaft. Demgemäß ordnen § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG erstmals die Herrschaftsmacht über die Grundstücke der Gesellschaft dem Erwerber zu, in dessen Person sich alle Anteile vereinen (so im Ergebnis auch BFHE 135, 556 = BStBl II 1982, 424; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 175). Werden daher auf die Gesamthand Anteile einer Gesellschaft übertragen und tritt dadurch in der Person der Gesamthand (erstmalig) eine Anteilsvereinigung ein, ist § 5 GrEStG mangels Miteigentümerschaft der anteilsübertragenden Gesamthänder nicht anwendbar (*Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 5 Rdnr. 38; *Viskorf* in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, § 5 Rdnr. 41; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, § 5 Rdnr. 61). Für die Annahme der Klägerin, es liege auch in diesem Fall eine die Anwendung des § 5 GrEStG rechtfertigende Übertragung eines Grundstücks auf eine Gesamthand vor, ist daher kein Raum.

c) Der Ansicht des FG, auch bei der Anteilsvereinigung liege der Grunderwerbsteuerrechtlich erhebliche Rechtsvorgang in der Anteilsübertragung und es finde zivilrechtlich und Grunderwerbsteuerrechtlich ein Rechtsträgerwechsel zwischen dem übertragenden und dem erwerbenden Anteilseigner statt, kann daher nicht gefolgt werden. Aus der Nicht-

anwendung des § 5 GrEStG in Fällen der Anteilsvereinigung folgt – entgegen der Annahme des FG – auch nicht, dass im Ergebnis eine Übertragung von weniger als 100 v. H. der Anteile als Erwerbsvorgang von „geringster grunderwerbsteuerrechtlicher Relevanz“ im vollen Umfang der Besteuerung unterworfen würde. Das FG verkennt insoweit, dass nur die Anteilsvereinigung, nicht aber die Übertragung eines Anteils von weniger als 100 v. H. der Anteile gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG steuerbar ist.

d) Die Versagung der Vergünstigung des § 5 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG verstößt – entgegen der Meinung der Klägerin – nicht gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitende Gebot der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung. Vielmehr trägt der innerhalb der Steuertatbestände des § 1 Abs. 3 GrEStG unterschiedliche Anwendungsbereich des § 5 GrEStG jeweils unterschiedlichen Ausgestaltung dieser Steuertatbestände Rechnung.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Auswirkungen einer Adoption auf die Namensführung

Es ist kein Geheimnis, dass Volljährigenadoptionen nicht immer, aber doch häufig, auch einen wirtschaftlichen Hintergrund haben. Aufgrund unserer urnenförmigen Bevölkerungsstruktur und im Hinblick auf die geplante Erbschaftsteuerreform, die unter entfernt oder nicht Verwandten zu einer gravierenden Steuerverschärfung führt und überdies die Tarifbegünstigung des § 19 a ErbStG an strengere Voraussetzungen knüpft, ist zu erwarten, dass die Nachfrage nach erbschaftsteuerlich motivierten Adoptionen ansteigt. Dies bestätigt auch der nicht ganz ernst gemeinte Steuertipp des Bundesfinanzministers vom 7.11.2007: „Finden Sie in der Steuerklasse III einen, den Sie adoptieren. Das ist ein kostenloser Rat von mir.“ Als Stolperstein für Beteiligte und Berater erweisen sich dabei die namensrechtlichen Auswirkungen der Adoption, die häufig weder bedacht noch gewünscht werden.

Grund dafür ist, dass das Namensrecht, anders als das Kosten- und Verwandtschaftsrecht, nicht zwischen der Volljährigen- und Minderjährigenadoption differenziert, sondern – Anwendbarkeit deutschen Rechts unterstellt – nach § 1767 Abs. 2 BGB auf das Minderjährigenrecht des § 1757 BGB verweist. Danach erhält der Angenommene als Geburtsnamen grundsätzlich den Familiennamen des Annehmenden. Bei Annahme durch ein Ehepaar ist dies der Ehepartner, nicht der nach § 1355 Abs. 4 und 5 BGB hinzugefügte Begleitname.

Ausgangsfall: Die Ehegatten Niko Neu und Viola Neu, geb. Vorher (oder Viola Neu-Vorher, geb. Vorher), möchten Frau Anna Alt annehmen.
Neuer Name: Anna Neu.

Wird kein Ehepartner geführt, so müssen die (kinderlosen) Annehmenden einen Namen bestimmen, wofür bei mindestens fünf Jahre alten Anzunehmenden deren Zustimmung erforderlich ist (§ 1757 Abs. 2 BGB, vgl. hierzu auch Variante 9). Wird diese nicht erteilt, so kann der Anzunehmende nicht etwa seinen eigenen Namen behalten, sondern die Adoption kommt insgesamt nicht zustande; eine gleichwohl ausgesprochene Adoption wäre aber wirksam.

Variante 1: Die Ehegatten Niko Neu und Viola Vorher adoptieren Anna Alt.

- Die Annehmenden haben bereits einen Sohn Norbert Neu: Anzunehmende wird Anna Neu.
- Die Annehmenden sind kinderlos: Einigung, ob Anna Neu oder Anna Vorher.

Die Namensänderung hat keinen Einfluss auf einen vom Anzunehmenden geführten Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamen, wenn der Ehepartner oder Lebenspartner sich der Namensänderung nicht anschließt (§§ 1757 Abs. 3, 1767 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Variante 2: Wie Ausgangsfall, die Anzunehmende ist verheiratet mit Albert Alt, geb. Jung.

a) Albert schließt sich der Namensänderung an: Anna Neu und Albert Neu, geb. Jung; Albert kann seinen Geburtsnamen nach § 1355 Abs. 4 BGB hinzufügen (Albert Neu-Jung oder Jung-Neu, geb. Jung).

b) Albert schließt sich nicht an: Anna Alt, geb. Neu und Albert Alt, geb. Jung.

Formulierungsvorschlag:

Die Annahme hat keine Auswirkung auf den Ehenamen der Anzunehmenden, da sich ihr Ehemann Albert Alt der Namensänderung nicht anschließt. Sie führt daher den Namen Anna Alt, geb. Neu.

Diese Regelung gilt selbst dann, wenn – was rechtlich unter Zugrundelegung des Rechtsgedanken aus § 1308 Abs. 2 Satz 1 BGB möglich ist – Ehegatten adoptiert werden.

Variante 3: Wie vor, aber Anna und Albert werden adoptiert und schließen sich der Namensänderung nicht an: Anna Alt, geb. Neu und Albert Alt, geb. Neu.

Eine Anschließung nach § 1757 Abs. 3 BGB ist nicht möglich, wenn der Geburtsname des verheirateten Anzunehmenden nicht Ehepartner geworden ist. Umstritten ist, welches Schicksal ein nach § 1355 Abs. 4 BGB beigefügter Name des Anzunehmenden durch die Adoption erleidet.

Variante 4: Wie Variante 2, aber Ehepartner ist Jung; Anna führt den Namen Alt-Jung. Hierzu werden drei Ansätze vertreten (vgl. *Staudinger/Frank*, BGB, 2007, § 1757 Rdnr. 37 f.):

- Der Begleitname fällt weg: Anna Jung, geb. Neu.
- Der Begleitname wird durch den neuen Geburtsnamen ersetzt: Anna Neu-Jung, geb. Neu.
- Der Begleitname wird beibehalten: Anna Alt-Jung, geb. Neu.

Die Ansichten a) und c) gestehen dem Angenommenen aber das Recht zu, den Begleitnamen „Alt“ später durch Erklärung nach § 1355 Abs. 4 BGB zu bestimmen bzw. auszutauschen.

Ist der Anzunehmende zwar verheiratet, führt aber keinen Ehenamen, so bleibt es bei der Lösung wie im Ausgangsfall. Allerdings besteht die Möglichkeit, im Vorfeld der Adoption durch Erklärung gegenüber dem Standesamt nach § 1355 BGB einen Ehenamen zu bestimmen, um die Folgen wie in den Varianten 2–4 herbeizuführen.

Nicht eindeutig geregelt ist, ob als Ehefrau i. S. v. § 1757 Abs. 3 BGB auch der gemäß § 1355 Abs. 5 BGB nach Scheidung oder Tod des Ehegatten fortgeführte Ehenamen gilt. Zwar dient § 1757 Abs. 3 BGB dem Schutz des Ehegatten, dem nicht durch die Adoption ein anderer Name aufgezwungen werden soll. Diese Gefahr besteht nach dem Ende der Ehe nicht mehr, da spätere Änderungen des Ehenamens den fortgeführten Namen des anderen nicht berühren. Dennoch wird daraus, dass eine Erklärung des Ehegatten nach § 1757 Abs. 3 BGB nach Ende der Ehe nicht mehr möglich ist, geschlossen, dass spätere Adoptionen keinen Einfluss mehr auf fortgeführte Ehenamen haben.

Variante 5: Wie Variante 2, aber die Ehe wurde vor der Adoption geschieden. Anna kann wählen, ob sie ihren Geburtsnamen „Alt“ wieder annimmt (dann Lösung wie im Ausgangsfall) oder ob sie ihren Ehenamen „Alt“ behält (dann Lösung wie Variante 2 b), da keine Anschließung mehr möglich ist.

Nachteilig ist dies unter Umständen für den Ehegatten, dessen Geburtsname nicht Ehenamen geworden ist:

Variante 6: Wie Variante 4, aber Anna hat erst nach der Scheidung ihren Geburtsnamen Alt dem fortgeführten Ehenamen Jung angefügt. Nach Auffassung von *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 98, ist dadurch das Wahlrecht nach § 1355 Abs. 5 BGB erschöpft. Anna kann ihren Geburtsnamen auch im Rahmen einer Adoption nicht mehr annehmen, es bleibt bei der Beifügung entsprechend Variante 4.

Gemäß § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Annehmenden den bisherigen Familiennamen des Anzunehmenden dem neuen Namen beifügen. Ungeachtet des einschränkenden Wortlautes der Norm wird einem solchen Antrag bei Volljährigenadoptionen regelmäßig entsprochen, wie auch der Beschluss des LG Regensburg vom 5.8.2008 (MittBayNot 2008, 481, in diesem Heft) zeigt. Dabei genügt es, wenn der Anzunehmende darlegt, dass er im Arbeitsumfeld oder im Freundeskreis unter seinem bisherigen Namen bekannt ist und diesen daher nicht ganz aufgeben möchte.

Variante 7: Wie Ausgangsfall, die Namensführung „Anna Neu-Alt“ wird gewünscht.

Formulierungsvorschlag:

Der bisherige Geburtsname „Alt“ sollte aufgrund des Lebensalters der Anzunehmenden und ihrer Bindung zu den leiblichen Eltern, welche unbeschadet des Eltern-Kind-Verhältnisses zu den Annehmenden bestehen bleibt, auch erhalten werden. Ferner ist die Anzunehmende in ihrem beruflichen Umfeld nur unter ihrem bisherigen Namen bekannt. Die Aufgabe dieses Namens würde für sie eine schwere Beeinträchtigung darstellen. Es wird daher unter allseitiger Zustimmung beantragt, dass der Geburtsname der Anzunehmenden dem durch die Annahme erworbenen Familiennamen angefügt wird, so dass der Name lautet:
Anna Neu-Alt.

Es ist allerdings umstritten, ob ein echter zweigliedriger Familienname oder ein bloßer Begleitname entsteht. Ein echter Doppelname könnte z. B. durch Eheschließung oder Adoption weitergegeben werden. Hinzugefügt werden kann nur der Geburtsname des Anzunehmenden, nicht ein etwaiger abweichender Ehenamen. Für die Erstreckung auf den Ehenamen gelten die allgemeinen Grundsätze. Allerdings sind „schwerwiegende Gründe“ kaum denkbar, wenn ohnehin der Ehenamen fortgeführt werden kann.

Variante 8: Wie Variante 2, aber Anfügung des Geburtsnamens „Alt“ wird bewilligt. Schließt sich der Ehemann der Änderung nicht an, gilt die Namensführung „Anna Alt, geb. Neu-Alt“; schließt er sich an, so wird „Neu-Alt“ zum Ehenamen, sofern man mit *Staudinger/Frank*, § 1757 Rdnr. 26 von einem echten Doppelnamen ausgeht. Folgeprobleme ergeben sich dann im Hinblick auf etwaige Beinamen nach § 1355 Abs. 4.

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass sich eine Namensänderung unter den Voraussetzungen des § 1617 c Abs. 2 BGB auch auf die Kinder des Anzunehmenden erstrecken kann.

Variante 9: Wie Ausgangsfall, Anna hat einen Sohn Arno Alt. Die Rechtsfolgen sind abhängig von Arnos Alter:

- a) 0–4 Jahre: Der Sohn erhält automatisch den Namen Arno Neu.
- b) 5–13 Jahre: Der Name ändert sich nur, wenn Anna als Sorgeberechtigte für Arno eine Anschlussklärung abgibt.
- c) 14–17 Jahre: Der Name ändert sich nur, wenn Arno mit Annas Zustimmung eine Anschlussklärung abgibt.
- d) Ab 18 Jahre: Arno entscheidet allein, ob er (ggf. auch seine Kinder!) sich der Namensänderung anschließt; ist Arno seinerseits verheiratet, so wird ein Ehenamen nach § 1617 c Abs. 3 BGB nur erfasst, wenn sich der Ehegatte der Änderung anschließt.

Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Bad Neustadt a. d. Saale

2. Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§ 8 c KStG)

BMF-Schreiben vom 4.7.2008, IV C 7 – S 2745-a/08/10001

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Anwendung der durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007 (BGBl I, S. 1912 = BStBl I, S. 630) neu geregelten allgemeinen Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften gemäß § 8 c KStG wie folgt Stellung:

Inhaltsübersicht

	<u>Tz.</u>		<u>Tz.</u>
I. Anwendungsbereich	1–2	IV. Rechtsfolgen	28–34
II. Schädlicher Beteiligungserwerb	3–23	1. Zeitpunkt und Umfang des Verlustuntergangs	28–30
1. Anteilsübertragung und vergleichbare Sachverhalte	5–8	2. Unterjähriger Beteiligungserwerb	31–33
2. Kapitalerhöhung	9–10	3. Unternehmenssanierungen	34
3. Unmittelbarer und mittelbarer Erwerb	11–12	V. Anwendungsvorschriften	35–38
4. Zeitpunkt des Erwerbs	13–15	1. Erstmalige Anwendung des § 8 c KStG	35
5. Fünf-Jahres-Zeitraum	16–23	2. Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG neben § 8 c KStG	36–38
III. Erwerber	24–27		
1. Übertragung auf nahe stehende Personen	25		
2. Übertragung auf Erwerber mit gleichgerichteten Interessen	26–27		

I. Anwendungsbereich

1 § 8 c KStG ist auf unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i. S. d. § 1 Abs. 1 KStG anzuwenden. Auch Anstalten oder Stiftungen fallen in den Anwendungsbereich des § 8 c KStG.

2 Die Abzugsbeschränkung gemäß § 8 c KStG ist auf alle nicht ausgeglichenen und nicht abgezogenen negativen Einkünfte (nicht genutzte Verluste) anwendbar und umfasst insbesondere die Verluste nach § 2 a, § 10 d (Verlustvor- und -rücktrag), § 15 Abs. 4, § 15 a und § 15 b EStG. § 8 c KStG gilt für den Zinsvortrag nach § 4 h Abs. 1 Satz 2 EStG entsprechend (§ 8 a Abs. 1 Satz 3 KStG). Auf gewerbsteuerliche Fehlbeträge ist § 8 c KStG gemäß § 10 a Satz 9 GewStG entsprechend anzuwenden.

II. Schädlicher Beteiligungserwerb

3 § 8 c KStG setzt einen schädlichen Beteiligungserwerb innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren durch Personen eines Erwerberkreises voraus. Den Erwerberkreis bildet der Erwerber gemeinsam mit ihm nahe stehenden Personen und Personen, die mit ihm oder den nahe stehenden Personen gleichgerichtete Interessen haben.

4 Der Erwerb der Beteiligung kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, z. B. im Wege der Schenkung. Ein Erwerb seitens einer natürlichen Person durch Erbfall einschließlich der unentgeltlichen Erbaueinandersetzung und der unentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge wird von § 8 c KStG nicht erfasst; dies gilt nicht, wenn der Erwerb in auch nur geringem Umfang entgeltlich erfolgt.

1. Anteilsübertragung und vergleichbare Sachverhalte

5 § 8 c KStG erfasst neben dem Erwerb von Kapitalanteilen auch den Erwerb von Mitgliedschaftsrechten und Beteiligungsrechten (jeweils auch ohne Stimmrechte) sowie von Stimmrechten und vergleichbaren Sachverhalten. Werden zu-

gleich mehrere Anteile und Rechte übertragen, ist diejenige Übertragung maßgebend, die die weitestgehende Anwendung des § 8 c KStG erlaubt.

6 Soweit es für den Erwerb auf den Übergang einer Eigentumsposition ankommt, ist auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums abzustellen.

Ein Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank im Rahmen eines Börsengangs i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 KWG bleibt unbeachtlich.

7 Vergleichbare Sachverhalte können insbesondere sein:

- der Erwerb von Genussscheinen i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG;
- Stimmrechtsvereinbarungen, Stimmrechtsbindungen, Stimmrechtsverzicht;
- die Umwandlung auf eine Verlustgesellschaft, wenn durch die Umwandlung ein Beteiligungserwerb durch einen Erwerberkreis stattfindet;
- die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils, wenn durch die Einbringung ein Beteiligungserwerb am übernehmenden Rechtsträger durch einen Erwerberkreis stattfindet;
- die Fusion von Anstalten des öffentlichen Rechts, wenn hierdurch bei der aufnehmenden Anstalt des öffentlichen Rechts mit nicht genutzten Verlusten ein Träger Beteiligungsrechte an der Anstalt (hinzu) erwirbt;
- der Erwerb eigener Anteile, wenn sich hierdurch die Beteiligungsquoten ändern;
- die Kapitalherabsetzung, mit der eine Änderung der Beteiligungsquoten einhergeht.

Auch die Kombination verschiedener Sachverhalte kann insgesamt zu einem schädlichen Beteiligungserwerb führen (BFH, BStBl II 2004, S. 468).

8 Werden neben Stammaktien auch stimmrechtslose Vorzugsaktien erworben, ist bei der Ermittlung der Quote der übertragenen Anteile für die Stammaktien im Regelfall nur

auf das stimmberechtigte Kapital und für die Vorzugsaktien auf das gesamte Stammkapital abzustellen. Verschiedene Quoten werden nicht addiert.

Beispiel 1:

Die Anteile an einer Gesellschaft entfallen zu 70 % auf Stammaktien und zu 30 % auf Vorzugsaktien. Erworben werden

- 30-%-Punkte der Vorzugsaktien (= 30 % des Nennkapitals);
- 21-%-Punkte der Stammaktien (= 30 % der Stimmrechte);
- 10-%-Punkte der Vorzugsaktien (= 10 % des Nennkapitals) und 14-%-Punkte der Stammaktien (= 20 % der Stimmrechte).

Lösung:

In den Fallvarianten a) und b) wird die schädliche Beteiligungsgrenze überschritten:

- $30/100 = 30\%$;
- $21/70 = 30\%$.

In der Fallvariante c) wird die schädliche Beteiligungsgrenze nicht überschritten, denn es werden 24 % gezeichnetes Kapital und 20 % Stimmrechte übertragen.

2. Kapitalerhöhung

9 Einem Beteiligungserwerb von mehr als 25 % ist eine Kapitalerhöhung bzw. die Erhöhung anderer Beteiligungsrechte i. S. d. Tz. 5 gleichzusetzen, bei der der neu hinzutretende Erwerberkreis nach der Kapitalerhöhung bzw. der Erhöhung anderer Beteiligungsrechte i. S. d. Tz. 5 zu mehr als 25 % des Kapitals i. S. d. Tz. 5 beteiligt ist oder sich eine bestehende Beteiligung um mehr als 25 % erhöht (§ 8 c Satz 4 KStG). Die Quote ist auf das Kapital nach der Kapitalerhöhung bzw. der Erhöhung anderer Beteiligungsrechte i. S. d. Tz. 5 zu beziehen.

10 Die Kapitalerhöhung bei einer Gesellschaft, die ihrerseits unmittelbar oder mittelbar an einer Verlustgesellschaft beteiligt ist, löst unter den genannten Voraussetzungen die Rechtsfolgen des § 8 c KStG aus, wenn sich dadurch die mittelbare Beteiligungsquote eines Erwerberkreises an der Verlustgesellschaft in schädlichem Umfang ändert.

3. Unmittelbarer und mittelbarer Erwerb

11 Der Erwerb einer Beteiligung kann unmittelbar oder mittelbar erfolgen. Der unmittelbare Erwerb ist auch schädlich, wenn er mittelbar zu keiner Änderung der Beteiligungsquote führt (keine Konzernbetrachtung). Auch die Übernahme von mehr als 25 % der Anteile an einer GmbH durch eine Mitunternehmerschaft, an der die bisherigen Gesellschafter der GmbH beteiligt sind, führt zur Anwendung des § 8 c KStG.

Beispiel 2:

Die Gesellschafterin der Verlustgesellschaft V-GmbH ist die E-GmbH, deren Gesellschafterin ist die T-GmbH, und deren Gesellschafter sind die M1-KG und die M2-KG.

Lösung:

Eine schädliche konzerninterne Umstrukturierung liegt u. a. vor, wenn:

- die E-GmbH auf die T-GmbH verschmolzen wird oder umgekehrt;
- die M1-KG auf die M2-KG verschmolzen wird oder umgekehrt;
- die Anteile an der T-GmbH aus dem Gesamthandsvermögen der M1 in das Sonder-Betriebsvermögen eines ihrer Gesellschafter übertragen werden oder umgekehrt.

Ein Formwechsel des Anteilseigners i. S. d. § 190 Abs. 1 UmwG oder ein vergleichbarer ausländischer Vorgang bewirkt keine mittelbare Übertragung der Anteile an einer nachgeordneten Körperschaft.

12 Im Falle eines mittelbaren Beteiligungserwerbs ist die auf die Verlustgesellschaft durchgerechnete Beteiligungsquote oder Stimmrechtsquote maßgeblich.

4. Zeitpunkt des Erwerbs

13 Der Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs oder des vergleichbaren Sachverhalts bestimmt sich nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.

14 Kapitalerhöhungen werden mit ihrer Eintragung ins Handelsregister wirksam (BFH, BStBl II 2006, S. 746 = NJW-RR 2007, 475). Zu diesem Zeitpunkt entstehen die neuen Mitgliedschaftsrechte.

15 Bei der Umwandlung des Anteilseigners einer Verlustgesellschaft ist für den Erwerb der Beteiligung an der Verlustgesellschaft durch den übernehmenden Rechtsträger der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend. Ein steuerlicher Rückbezug des Beteiligungserwerbs nach § 2 UmwStG scheidet aus.

5. Fünf-Jahres-Zeitraum

16 Zur Ermittlung des schädlichen Beteiligungserwerbs nach § 8 c Satz 1 KStG werden alle Erwerbe durch den Erwerberkreis innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums zusammengefasst.

17 Ein Fünf-Jahres-Zeitraum beginnt mit dem ersten unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligungserwerb an der Verlustgesellschaft durch einen Erwerberkreis. Zu diesem Zeitpunkt muss noch kein Verlustvortrag der späteren Verlustgesellschaft vorhanden sein.

18 Wird die 25-%-Grenze durch einen Erwerberkreis überschritten, beginnt – unabhängig davon, ob zu diesem Zeitpunkt ein nicht genutzter Verlust vorhanden ist – mit dem nächsten Beteiligungserwerb ein neuer Fünf-Jahres-Zeitraum i. S. d. § 8 c Satz 1 KStG für diesen Erwerberkreis.

19 Eine Mehrzahl von Erwerben durch einen Erwerberkreis gilt als ein Erwerb, wenn ihnen ein Gesamtplan zugrunde liegt. Ein schädlicher Gesamtplan in diesem Sinne wird widerleglich vermutet, wenn die Erwerbe innerhalb eines Jahres erfolgen.

20 Der Verlustabzugsbeschränkung des § 8 c Satz 2 KStG ist ein eigener Fünf-Jahres-Zeitraum zugrunde zu legen. Eine quotale Kürzung des nicht genutzten Verlustes nach § 8 c Satz 1 KStG löst deshalb keinen neuen Fünf-Jahres-Zeitraum für Zwecke des § 8 c Satz 2 KStG aus. Im Rahmen des § 8 c Satz 1 KStG berücksichtigte Erwerbsvorgänge, die eine quotale Kürzung des nicht genutzten Verlustes ausgelöst haben, sind im Rahmen des § 8 c Satz 2 KStG nochmals zu berücksichtigen.

Wird die 50-%-Grenze überschritten, beginnt – unabhängig davon, ob zu diesem Zeitpunkt ein nicht genutzter Verlust

vorhanden ist – ein neuer Fünf-Jahres-Zeitraum i. S. d. § 8 c Satz 2 KStG mit dem nächsten Beteiligungserwerb.

21 Wird innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums die 50-%-Grenze überschritten, ist der zu diesem Zeitpunkt bestehende Verlustabzug vollständig zu versagen.

22 Die mehrfache Übertragung der nämlichen Anteile ist schädlich, soweit sie je Erwerberkreis die Beteiligungsgrenzen des § 8 c KStG übersteigt. Wird mit einer unmittelbaren Übertragung einer Verlustgesellschaft gleichzeitig im Erwerberkreis auch eine mittelbare Übertragung verwirklicht, wird bei der Ermittlung der übertragenen Quote nur die unmittelbare Übertragung berücksichtigt.

Beispiel 3:

Im VZ 01 erwirbt die E-GmbH 30 % der Anteile an der Verlust-GmbH vom bisherigen Alleingesellschafter A. Von der E-GmbH erwirbt die M-AG, die an der E-GmbH zu 80 % beteiligt ist, im VZ 03 dieselben 30 %. Weitere 21 % erwirbt die M-AG in 04 direkt von A.

Lösung:

VZ 01: Quotaler Verlustuntergang nach § 8 c Satz 1 KStG wegen des Beteiligungserwerbs durch die E-GmbH von 30 %.

VZ 03: Quotaler Verlustuntergang nach § 8 c Satz 1 KStG wegen des Beteiligungserwerbs durch die M-AG von 30 %. Dem steht nicht entgegen, dass die E-GmbH und die M-AG einen Erwerberkreis bilden.

VZ 04: Der nochmalige Beteiligungserwerb durch die M-AG von 21 % führt zum Überschreiten der 50-%-Quote nach § 8 c Satz 2 KStG und damit zum vollständigen Verlustuntergang.

23 Nicht erforderlich ist, dass der schädliche Erwerb oder die zu addierenden Einzelerwerbe zu einer Zeit erfolgen, zu der die Körperschaft nicht genutzte Verluste aufweist.

Beispiel 4:

A hält 100 % der Anteile an einer GmbH. B erwirbt per 31.12.2008 25 % und per 31.12.2009 weitere 25 % der Anteile. Die GmbH erzielt in 2008 einen Gewinn von 20.000# € und in 2009 einen Verlust von 200.000 €.

Lösung:

Es kommt zu einem quotalen Untergang (zu 50 %) des nicht genutzten Verlusts der GmbH per 31.12.2009 in Höhe von 100.000 €. Der Anteilserwerb per 31.12.2008 ist ebenfalls zu berücksichtigen, obwohl er in einer Gewinnphase der GmbH erfolgte und zum Erwerbszeitpunkt noch keine nicht genutzten Verluste der GmbH vorhanden waren.

III. Erwerber

24 Erwerber kann jede natürliche Person, juristische Person oder Mitunternehmerschaft sein. Für vermögensverwaltende Personengesellschaften gilt eine anteilige Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

1. Übertragung auf nahe stehende Personen

25 Zur Begründung des „Nahestehens“ reicht jede rechtliche oder tatsächliche Beziehung zu einer anderen Person aus (H 36 KStH 2006; „Nahe stehende Person – Kreis der nahe stehenden Personen“), die bereits vor oder unabhängig von dem Anteilserwerb besteht.

2. Übertragung auf Erwerber mit gleichgerichteten Interessen

26 Personen mit gleichgerichteten Interessen gehören zum Erwerberkreis (vgl. Tz. 3).

27 Von einer Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen ist regelmäßig auszugehen, wenn eine Abstimmung zwi-

Beispiel 5:					
	Jahr 01	Jahr 02	Jahr 03	Jahr 04	Jahr 05
	€	€	€	€	€
Gezeichnetes Kapital	1.000.000	1.000.000	1.000.000	1.000.000	1.000.000
Beteiligungsverhältnisse					
Gesellschafter A	700.000	400.000	400.000	400.000	400.000
Gesellschafter B	300.000	300.000	200.000	150.000	50.000
Gesellschafter C		300.000	400.000	450.000	550.000
Übertragene Anteile im Fünf-Jahres-Zeitraum		300.000 (30 %)	400.000 (40 %)	450.000 (45 %)	550.000 (55 %)
Schädlicher Beteiligungserwerb					
		ja	nein	nein	ja
Ergebnis des laufenden VZ		-2.000.000	-600.000	3.500.000	4.700.000
davon Verlust bis zum schädlichen Beteiligungserwerb		-1.200.000	-300.000	0	0
Verbleibender Verlustabzug zum Ende des vorangegangenen VZ		20.000.000	15.640.000	16.240.000	13.740.000
Verlustabzugsverbot § 8c Satz 1 KStG		6.000.000 (30 %)	0	0	0
Verlustabzugsverbot § 8c Satz 2 KStG		0	0	0	13.740.000 (100 %)
Verlustausgleichsverbot § 8c Satz 1 KStG		360.000	0	0	0
Verlustabzug				2.500.000	
Verbleibender Verlustabzug zum Ende des VZ		15.640.000	16.240.000	13.740.000	0

schen den Erwerbern stattgefunden hat, wobei kein Vertrag vorliegen muss. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks i. S. d. § 705 BGB reicht zur Begründung gleichgerichteter Interessen aus, ist aber nicht Voraussetzung. Die gleichgerichteten Interessen müssen sich nicht auf den Erhalt des Verlustvortrags der Körperschaft richten. Gleichgerichtete Interessen liegen z. B. vor, wenn mehrere Erwerber einer Körperschaft zur einheitlichen Willensbildung zusammenwirken. Indiz gleichgerichteter Interessen ist auch die gemeinsame Beherrschung der Körperschaft; vgl. H 36 KStH 2006 („Beherrschender Gesellschafter – gleichgerichtete Interessen“).

IV. Rechtsfolgen

1. Zeitpunkt und Umfang des Verlustuntergangs

28 Werden innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 % der Anteile durch einen Erwerberkreis erworben, geht der Verlust gemäß § 8 c Satz 1 KStG quotaal entsprechend der Höhe der schädlichen Beteiligungserwerbe unter.

29 Bei einem schädlichen Beteiligungserwerb von über 50 % innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren geht der nicht genutzte Verlust gemäß § 8 c Satz 2 KStG vollständig unter.

30 Die Rechtsfolge tritt in dem Wirtschaftsjahr ein, in dem die 25-%-Grenze bzw. die 50-%-Grenze überschritten wird. Verluste, die bis zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs entstanden sind, dürfen mit danach entstandenen Gewinnen weder ausgeglichen noch von ihnen abgezogen werden. Sie dürfen auch nicht in vorangegangene Veranlagungszeiträume zurückgetragen werden.

2. Unterjähriger Beteiligungserwerb

31 Erfolgt der schädliche Beteiligungserwerb während des laufenden Wirtschaftsjahrs, unterliegt auch ein bis zu diesem Zeitpunkt erzielter Verlust der Verlustabzugsbeschränkung nach § 8 c KStG. Ein bis zum Beteiligungserwerb erzielter Gewinn kann nicht mit noch nicht genutzten Verlusten verrechnet werden.

32 Der Verlust des gesamten Wirtschaftsjahrs, in dem das schädliche Ereignis eingetreten ist, ist zeitanteilig aufzuteilen. Die Körperschaft kann eine andere, wirtschaftlich begründete Aufteilung darlegen.

33 Der Verlustabzugsbeschränkung infolge eines schädlichen Beteiligungserwerbs bei einem Organträger unterliegt auch das noch nicht zugerechnete anteilige negative Organ-einkommen. Es ist vor der Einkommenszurechnung auf Ebene der Organgesellschaft entsprechend der Ergebnisaufteilung i. S. d. Tz. 32 zu kürzen.

3. Unternehmenssanierungen

34 Im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen gilt das BMF-Schreiben vom 27.3.2003 (BStBl I, S. 240). Die Mitteilungspflicht der obersten Finanzbehörden der Länder gemäß Tz. 14 des vorgenannten BMF-Schreibens ist zu beachten.

V. Anwendungsvorschriften

1. Erstmalige Anwendung des § 8 c KStG

35 § 8 c KStG findet gemäß § 34 Abs. 7 b KStG erstmals für den Veranlagungszeitraum 2008 und auf Beteiligungserwerbe

Anwendung, bei denen das wirtschaftliche Eigentum nach dem 31.12.2007 übergeht. Die zeitlichen Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Beispiel 6:

Eine GmbH mit abweichendem Wirtschaftsjahr 1.7./30.6. erzielt im Wirtschaftsjahr 2006/2007 einen Verlust von 200.000 €. Am 30.9.2007 werden 26 % der Anteile auf einen Erwerber übertragen.

Lösung:

Auf den 31.12.2007 wird ein verbleibender Verlust von 200.000 € festgestellt. Der Beteiligungserwerb am 30.9.2007 ist zwar dem Wirtschaftsjahr 1.7.2007–30.6.2008 und damit dem Veranlagungszeitraum 2008 zuzurechnen, hat aber vor dem 1.1.2008 stattgefunden und löst somit nicht die Rechtsfolgen des § 8 c Satz 1 KStG aus.

2. Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG neben § 8 c KStG

36 § 8 Abs. 4 KStG ist neben § 8 c KStG letztmals anzuwenden, wenn mehr als die Hälfte der Anteile an einer Kapitalgesellschaft innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums übertragen werden, der vor dem 1.1.2008 beginnt, und der Verlust der wirtschaftlichen Identität vor dem 1.1.2013 eintritt. Gleiches gilt für den Verlust der wirtschaftlichen Identität einer Körperschaft nach § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG.

37 Die für die Sanierungsklausel des § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG erforderliche fünfjährige Fortführung des den Verlust verursachenden Betriebs ist ggf. bis längstens Ende 2017 zu über-wachen.

38 Die Grundsätze des BMF-Schreibens vom 2.8.2007 (BStBl I, S. 624) finden Anwendung.

Beispiel 7:

Im Jahr 2007 werden 40 % und am 30.6.2011 26 % der Anteile an der Verlustgesellschaft V von A an B veräußert. Zum Veräußerungszeitpunkt in 2011 besitzt V ein Aktivvermögen von 100.000 €. Im Anschluss daran kommt es zu Betriebsvermögenszuführungen von 50.000 € im Jahr 2011 und 60.000 € im Jahr 2012, die nicht allein der Sanierung des Geschäftsbetriebs i. S. d. § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG dienen.

Lösung:

§ 8 Abs. 4 KStG ist anwendbar, da innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren (beginnend vor dem 1.1.2008) mehr als 50 % der Anteile übertragen wurden, nach dem schädlichen Anteilseignerwechsel in 2011 innerhalb von 2 Jahren überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wurde und die wirtschaftliche Identität somit noch vor dem 1.1.2013 verloren ging. Der Verlust geht zum 30.6.2011 vollständig unter. Würde der Betrag von 60.000 € nach dem 31.12.2012 zugeführt, wäre § 8 Abs. 4 KStG nicht mehr anwendbar.

Daneben ist auch § 8 c Satz 1 KStG in 2011 anwendbar und würde zwar für sich zu einem quotalen Verlustuntergang von 26 % führen. Dieser bleibt aber ohne Auswirkung, da der Verlust infolge der Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG rückwirkend zum 30.12.2011 vollständig untergeht.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Johann Bader, Wolfratshausen, verstorben am 13.8.2008

Notar a. D. Bernd Schwaiger, München, verstorben am 20.8.2008

Notar Michael Lottner, Bad Reichenhall, verstorben am 28.9.2008

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 17.9.2008:

Notar Dr. Rolf-Peter Weinberger, München

Mit Wirkung vom 3.1.2009:

Notar Dr. Gerd Lintz, Landsberg a. Lech

Mit Wirkung vom 1.3.2009:

Notar Dr. Karl Sauer, Regensburg

Mit Wirkung vom 1.6.2009:

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.9.2008:

Mainburg	dem Notarassessor Stefan Schrenick (bisher in Rosenheim Notarstelle Lederer)
----------	---

Mit Wirkung vom 1.10.2008:

Ingolstadt (in Sozietät mit Notar Helmut Kopp)	dem Notar Dr. Klaus Macht (bisher in Bad Neustadt a. d. Saale)
--	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.10.2008:

Martin Stemmer, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleier/Dr. Winkler)

Dr. Karl Christian Vedder, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Mit Wirkung vom 1.11.2008:

Ulrich Gößl, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer)

Dr. Christoph Suttman, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Peter Wolf, Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Bianca Dähnert, Schweinfurt, führt seit 13.9.2008 den Namen Muschel

Notar Dr. Peter Veit, Pirmasens, hat mit Wirkung vom 5.10.2008 sein Amt niedergelegt und ist seit 6.10.2008 in Heidelberg als Notar tätig

Notarassessor Nico Matheis, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz), ab 1.10.2008 in München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Notarassessor Iven Köhler, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter), ist auf eigenen Wunsch zum 6.10.2008 ausgeschieden

Notarassessor Dr. Thomas Diehn, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr), ab 6.10.2008 in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Jens Schenkheld, Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin), ab 1.11.2008 in Kaiserslautern (Notarstellen Jakob/Dietrich)

Notarassessor Dr. Florian Dietz, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter), ab 1.11.2008 in Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Oberinspektor i. N. Andreas Neder, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.10.2008 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser)

Oberinspektorin i. N. Sigrid Eisl, München (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2008 in München (Notarstelle Dr. Walz)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektor i. N. Theo Lehner, Babenhausen (Notarstelle Schneider), zum 1.5.2008 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Dieter Witter, Ludwigshafen a. R. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.7.2008 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Manuela Schönmoser, ehemals Kohlmeier, Traunstein (Notarstelle Riegel), zum 30.9.2008 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Klaus Heller, Osterhofen (Notarstelle Dr. Kappler), ab 1.1.2009 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Hans Weber, München (Notarstellen Dr. Graf von Stosch/Dr. Schervier), ab 1.1.2009 im Ruhestand

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Zum Notariatsoberrat i. N. (Entgeltgruppe 14):

Sebastian Lackemeier, Landshut (Notarstelle Dr. Krebs)

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Günther Nagel, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/
Dr. Böhmer)

Udo Then, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Bernd Bös, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dorn-
höfer)

Anton Ehrl, Friedberg (Notarstellen Deutrich/Dr. Ihrig)

Werner Held, Landshut (Notarstellen Suttner/Trautner)

Wolfgang Kloos, Gemersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Helmut Reinhold, Altötting (Notarstellen Krick/Habel)

Dieter Zawadil, Grünstadt (Notarstelle Krebs)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Roland Haas, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-
Dohle)

Gerald Meier, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/
Dr. Gropengießer)

Raimund Neumann, Bad Dürkheim (Notarstellen
Unckrich/Holland)

Bernd Rupp, Rothenburg o. d. T. (Notarstelle Dr. Berger-
hoff)

Robert Schuster, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Siller/
Dr. Schrödl)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Maria Brunner, Nürnberg (Notarstellen Eckersberger/
Dr. Göppel)

Andreas Eisenreich, Bad Kötzing (Notarstelle Miedaner)

Christian Gauf, Pirmasens (Notarstelle Küper)

Karina Heuberger, Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

Georg Lappus, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Robert Stöcklein, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel)

Petra Thomas, Dinkelsbühl (Notarstelle Schrader)

Holger Tippelt, Buchloe (Notarstelle Dr. Winkelmann)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Ent-
geltgruppe 9):*

Sandra Altenhöfer, Eltmann (Notarstelle Dr. Straßer)

Christian Blaha, Burgau (Notarstelle Schmitt)

Stephanie Bürger, München (Notarstelle Zehetmeier)

Martin Eder, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/
Dr. Bernhard)

Stefan Götz, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Katrin Kratzer, Schrobenhausen (Notarstelle Dr. Hag-
maier)

Leopold Lichtenberger, Tegernsee (Notarstelle Dr. Brach-
vogel)

Marion Schneider, Schwabach (Notarstellen Dr. Joa-
chim/Dr. Böhmer)

Petra Steingruber, Weilheim (Notarstellen Dr. Reis-
necker/Dr. Selbherr)

Markus Weber, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Angelika Winterholler, Fürstenfeldbruck (Notarstellen
Siller/Dr. Schrödl)

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9):

Birgit Feuchtwurzer, Hengersberg (Notarstelle Stelzer)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Landshut, Notarstellen Suttner/Trautner,
E-Mail: notare.suttner-trautner@t-online.de

München, Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger,
E-Mail: mail@kollthall.de

München, Notarstelle Dr. Walz,
Sonnenstraße 9, 80331 München

München, Notarstelle Zehetmeier,
Sendlinger Straße 46, 80331 München

Berichtigung:
Nürnberg, Notarstellen Weser/Kühnlein,
E-Mail: info@notare-weser-kuehnlein.de

Weilheim, Notarstellen Dr. Reisnecker/Dr. Selbherr,
E-Mail: weilheim@reisnecker-selbherr.de
weitere Geschäftsstelle in Penzberg,
E-Mail: penzberg@reisnecker-selbherr.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer