

4 | MittBayNot

Begründet 1864

Juli/August 2006 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

Grenzen von Aktionärsvereinbarungen

von Notar Prof. Dr. Dieter Mayer, München

Insbesondere in den Zeiten des Börsenbooms in den Jahren 1998–2000 erlebte die Aktiengesellschaft nach jahrzehntelangem Schattendasein eine eindrucksvolle Renaissance. Die gestiegene Popularität der Aktiengesellschaft findet ihren Grund u. a. in einer Serie von Reformgesetzen, die die gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen umfassend verändert haben, sowie in dem bereits erwähnten Börsenboom. Anders als vielleicht zu erwarten war, ist auch nach dem Ende des Börsenbooms die Zahl der Aktiengesellschaften nicht zurückgegangen, sondern sogar weiter gestiegen. Gegen Ende des Jahres 2003 gab es über 15 000 Aktiengesellschaften,¹ wovon 976 an der Börse notierten.² Die jüngste Verbesserung des Klimas an den Börsen führt erneut zu steigendem Interesse an einer Börsennotierung und damit auch an der Rechtsform der AG. Aber auch der Mittelstand hat seit der Auflockerung der starren Strukturen der AG durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts³ die AG als Alternative zur GmbH entdeckt. Hiermit einhergehend hat auch die Bedeutung von Aktionärsvereinbarungen stark zugenommen. Nachfolgend soll die rechtliche Zulässigkeit und Ausgestaltung von Aktionärsvereinbarungen an Hand typischer Regelungsziele näher untersucht werden. Für die Kautelarpraxis werden Formulierungsvorschläge unterbreitet.

I. Einleitung

In Aktionärsvereinbarungen regeln Aktionäre oder Aktionärsgruppen ihre Rechtsverhältnisse untereinander und zur Gesellschaft. Gegenstand solcher Vereinbarungen sind meist Stimmrechtsbindungen, Beschränkungen bei der Veräußerung und Vererbung von Aktien, Einflussnahme auf die Besetzung von Organen der Gesellschaft aber auch Verhaltensweisen bei Kapitalmaßnahmen und zur Verwirklichung eines geplanten Börsengangs. Möglich ist auch die Begründung von Pflichten gegenüber der AG nach § 328 BGB, etwa die Pflicht in bestimmten Fällen ein Darlehen zu gewähren, einen Verlust auszugleichen u. ä., bzw. (vorbehaltlich kartellrecht-

licher Zulässigkeit) Wettbewerb gegenüber der Gesellschaft zu unterlassen.⁴ Derartige außerhalb der Satzung der Aktiengesellschaft getroffenen Vereinbarungen (satzungsergänzende Nebenabreden)⁵ gibt es in der Praxis bei Aktiengesellschaften weit häufiger als bei der GmbH. Hintergrund ist der Grundsatz der Satzungsstrenge in § 23 Abs. 5 AktG, wonach die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen darf, sofern dies ausdrücklich zugelassen ist. So würde etwa die Vereinbarung von Ankaufs- und Vorkaufsrechten in der Satzung gegen ein ungeschriebenes Prinzip des Aktienrechts, nämlich die freie Abtretbarkeit von Aktien und damit gegen § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG verstoßen.⁶ Durch solche satzungsergänzenden Nebenabreden können von den Aktionären vor-

¹ Vgl. Deutsche Bundesbank, Kapitalmarkt Statistik Dezember 2003 in Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, S. 48.

² Vgl. die Nachw. bei *Schüppen* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 1 Rdnr. 5.

³ BGBl I 1994, S. 1961 und hierzu *Lutter*, AG 1994, 429 ff.; *Hommelhoff*, AG 1995, 529 ff.; *Priester*, DB 1996, 333 ff.; *D. Mayer*, MittBayNot 2003, 96 ff.

⁴ BGH, WM 1965, 1076; BGH, DB 1986, 1512; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, 326 ff., 329 f.; *Kirchner*, GmbHR 1962, 26.

⁵ Zum Begriff *Hüffer*, AktG, 6. Aufl. 2004, § 23 Rdnr. 45; *Baumann/Reiß*, ZGR 1989, 157.

⁶ *Hüffer*, AktG, § 23 Rdnr. 38; OLG Karlsruhe, AG 1990, 499; *Westermann/Klingberg*, FS Quack, 1991, S. 545, 551.

bei oder nach der Gründung der AG von der gesetzlichen Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft abweichende Regelungen getroffen werden, die die Aktionäre schuldrechtlich binden. Gegenstand können somit auch solche Vereinbarungen sein, die im korporativen Bereich – d. h. in der Satzung – unzulässig wären.⁷ Satzungsinhalt und satzungsergänzende Nebenabreden sind selbständige Rechtsgeschäfte, die voneinander unterschieden werden müssen, und zwar auch dann, wenn alle Aktionäre zugleich an der Nebenabrede beteiligt sind.⁸ Stets sollte deshalb im Einzelfall geprüft werden, ob eine Regelung in die Satzung oder in eine Aktionärsvereinbarung aufgenommen werden soll, wobei allerdings eine echte Wahlmöglichkeit nur dann besteht, wenn es sich um Nebenabreden handelt, die als Satzungsergänzung nach § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG aufgenommen werden dürfen. Prüfungsmaßstab, soweit nicht abschließende aktienrechtliche Bestimmungen vorliegen, sind hier die ungeschriebenen Prinzipien des Aktienrechts. Die Grundsätze der freien Stimmausübung, der freien Abtretbarkeit der Aktien und der reinen Kapitalbeteiligungsqualität der Aktien stehen jedenfalls der Aufnahme von Stimmbindungen, Ankaufs- und Vorkaufsrechten und Wettbewerbsklauseln in die Satzung entgegen.⁹

II. Rechtsnatur von Aktionärsvereinbarungen

Satzungsergänzende Nebenabreden sind schuldrechtliche Verträge, die im Regelfall zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks geschlossen werden und damit zur Gründung einer (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB führen.¹⁰ Sie können – anders etwa als Regelungen in der Satzung – nur mit Zustimmung aller Beteiligten geändert werden und sind gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Auch die Folgen einer Vertragsverletzung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Sie unterliegen nicht der Handelsregisterpublizität, somit wird das Vorliegen bzw. der genaue Inhalt der Nebenabreden nicht publik gemacht. Ihr Regelungsgehalt bindet nur die Vertragsparteien während Einzelrechtsnachfolger von Aktionären nur durch Vertragsbeitritt und damit durch Vereinbarung zwischen allen Beteiligten eingebunden werden können.¹¹

Nach der – noch nicht ausdrücklich aufgegebenen – Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht¹² können Gesellschafterbeschlüsse auch wegen eines Verstoßes gegen satzungsändernde Nebenabreden angefochten werden. Der Sache nach dürfte diese Rechtsprechung allerdings zwischenzeitlich aufgegeben worden sein.¹³ Der Herleitung der Anfechtbarkeit eines Gesellschafterbeschlusses aus einem Verstoß gegen eine schuldrechtliche Nebenabrede ist mit der h. M. in der Literatur im Hinblick auf die Trennung der beiden Ebenen nicht zuzustimmen, unabhängig davon, ob alle Aktionäre aus der Nebenabrede verpflichtet sind oder

nicht.¹⁴ Insoweit verbleibt es vielmehr bei der Feststellung, dass eine Verletzung von schuldrechtlichen Nebenabreden nur schuldrechtliche Folgen nach sich zieht.

III. Allgemeine Zulässigkeitschranken und Form

1. Mitgliedschaftliche Treuepflicht

Nach allgemeiner Auffassung¹⁵ bestehen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten auch zwischen den Aktionären. Dies gilt nicht nur im Verhältnis Großaktionär/Kleinaktionär. Der BGH hat vielmehr darauf hingewiesen, dass auch dem Minderheitsaktionär eine Treuepflicht gegenüber den Mitaktionären obliegen kann.¹⁶ Die Treuepflicht wird durch schuldrechtliche Nebenabreden nicht berührt,¹⁷ d. h. durch solche Abreden kann die Treuepflicht nicht zum Nachteil der Gesellschaft modifiziert werden. Erreichen die Parteien im Rahmen einer Aktionärsvereinbarung in der Hauptversammlung eine Sperrminorität oder ein sonstiges relevantes Minderheitenquorum, so sind sie verpflichtet ihre Mitgliedschaftsrechte, insbesondere auch ihre Mitverwaltungs- und Kontrollrechte, unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen der anderen Aktionäre auszuüben. Aufgrund der unter den Aktionären bestehenden Treuepflicht ist es dem einzelnen Aktionär etwa nicht erlaubt, eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung der Gesellschaft – einschließlich Kapitalherabsetzung – aus eigennützigen Gründen zu verhindern. Treuepflichtverstöße führen nicht nur zu Schadensersatzansprüchen gegen den Aktionär, sondern auch zur Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse, die unter Verstoß gegen die Treuepflicht zustande gekommen sind.¹⁸

2. Zwingendes Aktienrecht

Insbesondere bei Stimmbindungsverträgen sind die Schranken der §§ 136, 405 AktG (dazu ausf. Ziff. V 2) zu beachten – Unzulässigkeit der Ausübung des Stimmrechts nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats – Umgehung von Stimmverboten und Stimmenkauf. Die Aktionärsvereinbarung ist in diesen Fällen gemäß § 134 BGB nichtig. Die Gültigkeit des übrigen Vertragsinhalts ist nach § 139 BGB zu beurteilen. Die Stimmabgabe selbst ist aber nicht deshalb ungültig, weil sich der Aktionär an die Absprache gehalten hat.¹⁹ Allenfalls, wenn die Umstände, welche die Nichtigkeit des Stimmbindungsvertrags begründen, neben dem Stimmbindungsvertrag auch die Stimmabgabe selbst erfassen und diese rechtsfehlerhaft machen, ist der Beschluss der Hauptversammlung nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar.²⁰

⁷ Großkommentar AktG/Röhricht, 4. Aufl. 1992 ff., § 23 Rdnr. 256, 258.

⁸ MünchKommAktG/Pentz, 1999 ff., § 23 Rdnr. 192; Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 47.

⁹ MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 193.

¹⁰ MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 190; Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 46.

¹¹ Vgl. ausführlich Großkommentar AktG/Röhricht, § 23 Rdnr. 272 f.

¹² Vgl. BGH, NJW 1983, 1910, 1911; BGH, NJW 1987, 1890, 1892.

¹³ Zutr. Goette in Henze/Timm/Westermann (Hrsg.), GesR 1995, 1996, S. 113, 119 ff. unter Hinweis auf BGHZ 123, 15, 20 = NJW 1993, 2246.

¹⁴ Gegen die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen wegen Verletzung einer schuldrechtlichen Nebenabrede: Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 47, § 243 Rdnr. 10; Ulmer, NJW 1987, 1049, 1050 f.; M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen, 1988, S. 51 f.; ders., ZHR 154 (1990), 259, 268 ff.; MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 194; i. E. dem BGH zustimmend dagegen Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 116, § 47 Rdnr. 53; Happ, ZGR 1984, 168, 175.

¹⁵ Vgl. die Nachweise in der Linotype-Entscheidung des BGH, NJW 1988, 1579.

¹⁶ BGH, BB 1995, 1201 = WM 1995, 882 („Girmes“); zustimmend Bungert, DB 1995, 1749 ff. und Lutter, JZ 1995, 1053.

¹⁷ Hüffer, AktG, § 243 Rdnr. 9 f.; Ulmer, NJW 1987, 1849; wohl auch Großkommentar AktG/Röhricht, § 23 Rdnr. 255.

¹⁸ Hierzu ausführlich Hüffer, AktG, § 53 a Rdnr. 21.

¹⁹ OLG Nürnberg, AG 1996, 228, 229; Hüffer, AktG, § 137 Rdnr. 29.

²⁰ Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 6.

Unzulässig sind auch Vereinbarungen, die eine nach § 57 AktG unzulässige Rückgewähr von Einlagen zum Gegenstand haben²¹ oder kartellrechtlich verboten sind.

3. Zwingende Satzungsbestandteile

Bestimmte Vereinbarungen und Regelungen können zwingend nur in der Satzung getroffen werden (sog. materielle Satzungsbestimmungen).²² Hierzu gehören insbesondere alle Regelungen betreffend die Gesellschaft und ihre Beziehungen zu den Gründern oder künftigen Aktionären und insbesondere auch alle zwingenden Satzungsbestimmungen gemäß § 23 Abs. 3 und 4 AktG. Auch die Ausgestaltung der mitgliederschäftlichen Einlagepflicht (Bar- oder Sacheinlage gemäß §§ 23 Abs. 2, 36 a AktG), gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen der AG gegenüber Aktionären, z. B. deren Sonderrechte, Bestimmungen zur Dauer der Gesellschaft oder zur Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und Ergänzungen gemäß § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG sind zwingend materieller Natur.²³ Solche Regelungsinhalte können nicht Gegenstand von Aktionärsvereinbarungen sein. Es besteht jedoch die Möglichkeit, in die Aktionärsvereinbarung eine Verpflichtung aufzunehmen, satzungsändernde Beschlüsse über materielle Satzungsbestandteile herbeizuführen. Ganz allgemein darf aber die Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden nicht durch eine Satzungsklausel organisationsrechtlichen Sanktionen wie etwa der Kaduzierung (vgl. § 64 AktG) unterworfen werden; eine solche Klausel verstößt gegen § 23 Abs. 5 AktG.²⁴

4. Form der Aktionärsvereinbarung

Aktionärsvereinbarungen sind als schuldrechtliche und satzungsergänzende Nebenabreden gegenüber der Satzung selbständig und unterliegen deshalb auch nicht der Formvorschrift des § 23 Abs. 1 AktG.²⁵ Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Verpflichtung aufgenommen wird, bestimmte Satzungsbestimmungen zu ändern.²⁶

IV. Typische Erscheinungsformen

1. Familiengesellschaften

Familienunternehmen, die sich diesen Charakter erhalten wollen, müssen zwangsläufig die Streuung der Aktien kontrollieren. Die Familiengesellschafter schließen einen Pool- oder Konsortialvertrag (auch Schutzgemeinschaftsvertrag genannt) mit dem Ziel, den Einfluss der Familie auf die Gesellschaft zu erhalten. In diesen Vereinbarungen wird genau bestimmt, wie vorhandene und etwa im Zuge eines späteren Börsengangs neu hinzukommende Aktien veräußert werden dürfen. Auch für den Fall des Todes eines Aktionärs werden entsprechende Vorsorgeregulungen aufgenommen. Darüber hinaus kommt es häufig zur Vereinbarung einer Stimmbündelung, um ein einheitliches Auftreten der Familie zu gewähr-

leisten und damit in den Hauptversammlungsbeschlüssen den Mehrheitswillen der Familie durchzusetzen.²⁷

2. Börsennotierte Gesellschaften

Auch bei börsennotierten Gesellschaften bestehen gelegentlich Aktionärsvereinbarungen, durch die geschlossene Aktionärsgruppen, etwa Familienmitglieder, Unternehmensgründer oder Finanzinvestoren, ihren Stimmrechtseinfluss in der Hauptversammlung bündeln. In diesem Zusammenhang ist allerdings § 30 Abs. 2 WpÜG zu beachten, wonach Stimmrechte verschiedener Parteien und Poolvereinbarungen gegenseitig zugerechnet werden und dadurch möglicherweise insgesamt die Grenze von 30 % der Stimmrechte an der entsprechenden Gesellschaft erreicht oder überschritten wird.²⁸ Hierdurch erwerben die einzelnen Mitglieder des Aktienpools gemäß § 29 Abs. 2 WpÜG die Kontrolle über die Gesellschaft und werden – wenn der Kontrollwerb nach dem 1.1.2002 erfolgt ist – gemäß § 35 WpÜG zur Abgabe eines Pflichtangebots verpflichtet.

3. Joint-Venture-Gesellschaften

Zur Durchführung von Joint Ventures werden häufig Gemeinschaftsunternehmen gegründet, in denen die Befugnisse der einzelnen Partner typischerweise über gesonderte Aktionärsvereinbarungen geregelt werden, die eine möglichst paritätische Aufteilung des Einflusses der Partner auf die Gesellschaft sichern sollen. Häufig anzutreffen sind dabei Regelungen über die Besetzung des Aufsichtsrats und des Vorstands und das Abstimmungsverhalten hinsichtlich der zu realisierenden Gemeinschaftsprojekte.²⁹ Dies ist vor allen Dingen dann angezeigt, wenn beim Gemeinschaftsunternehmen eine Pattsituation der beteiligten Aktionäre gegeben ist. Hier können im Rahmen von Aktionärsvereinbarungen ggf. Lösungen entwickelt werden, wie die Auflösung einer solchen Pattsituation erreicht werden kann – etwa durch Übertragung der Entscheidungsbefugnisse für bestimmte Angelegenheiten auf sachverständige Dritte.³⁰ Damit wird die Handlungsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens gewährleistet. Zugleich wird meist geregelt, dass die Veräußerung der Anteile an der Gesellschaft unter dem Vorbehalt der Zustimmung des jeweils anderen Partners liegt und es werden wechselseitige Andienungspflichten und/oder Vorkaufsrechte vereinbart.

4. Beteiligung von Venture-Capital-Gebnern

Aktionärsvereinbarungen zwischen den Gründern einer Aktiengesellschaft und Venture-Capital-Investoren sollen einerseits sicherstellen, dass die im Unternehmen tätigen Altaktionäre an die Gesellschaft gebunden werden und andererseits der Absicherung der Interessen der VC-Investoren dienen, die bei ihrem Engagement meist lediglich als Minderheitsgesellschafter am Unternehmen beteiligt sind. Erreicht wird dies

²¹ Großkommentar AktG/Röhricht, § 23 Rdnr. 258.

²² Vgl. hierzu im Einzelnen Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 3.

²³ Vgl. im Einzelnen auch KölnKommAktG/Zöllner, § 179 Rdnr. 23.

²⁴ RGZ 49, 77, 79; M. Winter, ZHR 154 (1990), 259, 281; Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 47; KölnKommAktG/Lutter, § 54 Rdnr. 16; MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 193; a. A. Hoffmann-Becking, ZGR 1994, 442, 461 f.

²⁵ Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 46.

²⁶ Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 2.

²⁷ Frank, ZEV 2003, 192 ff., 195; Schötter, NJW 1979, 2592, 2593; Ellesser/Lahme, BB 2002, 2201, 2202 – Formulierungsvorschläge bei: Hölters in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, Muster V.112; Langenfeld, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 2003, S. 67 ff.; Frank, ZEV 2003, 192, 196.

²⁸ Vgl. hierzu KölnKommWpÜG/v. Bülow, 2003, § 30 Rdnr. 117; Liebscher, ZIP 2002, 1005, 1007.

²⁹ Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 47.

³⁰ Hierzu Heidenhain/Meister in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, IV.25.

meist durch Regelungen über Veräußerungsbeschränkungen zu Lasten der Gründer und durch das sog. Vesting. Hier treten insbesondere die in das operative Geschäft – etwa als Vorstandsmitglieder – eingebundenen Gründer entweder eine bestimmte Anzahl ihrer Aktien an den Venture-Capital-Geber ab, der diese dann zum vereinbarten Zeitpunkt schrittweise wieder zurück überträgt oder aber sie verpflichten sich, eine bestimmte, mit der Zeit abnehmende Anzahl ihrer Aktien an den Venture-Capital-Geber zu übertragen, sollten sie vor Ablauf eines bestimmten Zeitpunkts aus der Gesellschaft ausscheiden. Ein Rückzug der Gründer-Aktionäre aus dem operativen Geschäft ist dann zumeist mit erheblichen finanziellen Verlusten verbunden. Den Wert seines Investments sichert der VC-Investor im Rahmen der Aktionärsvereinbarung durch entsprechende Verwässerungsschutzklauseln ab, die ihm sowohl den Erhalt seiner quotalen Beteiligung an der Aktiengesellschaft als auch die Einstiegsbewertung seines Investments absichern. Hierdurch wird gewährleistet, dass bei späteren Kapitalerhöhungen der Investor zu den gleichen Konditionen wie die Altaktionäre bzw. Dritte neue Aktien zeichnen können und damit die Beteiligungsquote des Investors unverändert bleibt.³¹ Auf der anderen Seite wird der VC-Investor beim „Einstieg“ in die Aktiengesellschaft regelmäßig zur Zahlung eines Aufpreises für die an ihn ausgegebenen Aktien verpflichtet sein [dazu ausf. Ziff. V 4 b]. Schließlich finden sich in derartigen Aktionärsvereinbarungen häufig Mitveräußerungsregelungen [dazu nachst. Ziff. V 1 c cc)]. Dabei soll einerseits durch Mitveräußerungsrechte sichergestellt werden, dass der VC-Geber seine Aktien mit veräußern kann, wenn „die Gründer Kasse machen wollen“, andererseits wird ihm durch Mitveräußerungspflichten der Gründer unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, bei einem planmäßigen Ausstieg einem etwaigen Erwerber nicht nur eine Minderheitsbeteiligung, sondern eine einfache oder gar qualifizierte Mehrheit verschaffen zu können. Nur so kann eine effektive Verwertungsmöglichkeit des Investors für seine Beteiligung sichergestellt werden.³² Des Weiteren lassen sich VC-Investoren typischerweise Einfluss- und Informationsrechte einräumen, wozu insbesondere die Einflussnahme über den Aufsichtsrat der Gesellschaft gehört, und zwar durch Einräumung entsprechender Entscheidungsrechte. Auch wird regelmäßig ein umfangreicher Katalog von Geschäften vereinbart, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Die entsprechenden Maßnahmen werden gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in der Satzung aufgeführt oder durch den Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats oder des Vorstands festgelegt.³³ Flankierend werden den VC-Investoren in der Satzung bestimmte Sonderrechte eingeräumt, etwa eine Präferenz bei der Verteilung des Liquidationserlöses (vgl. hierzu § 271 Abs. 2 AktG). Dazu bedarf es zunächst einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung, die nicht bereits in einem Dividendenvorzug zu sehen ist. Außerdem sind nach § 271 Abs. 2 AktG Aktien verschiedener Aktiengattungen i. S. des § 11 AktG auszugeben. Meist erfolgt die Verbindung der sog. Liquidationspräferenz mit der Ausgabe von stimmberechtigten Vorzugsaktien. Dadurch ist sichergestellt, dass bei jeder Form von Kapitalmaßnahme der Aktiengesell-

schaft Sonderbeschlüsse der Aktionäre der einzelnen Aktiengattungen eingeholt werden müssen.³⁴ Die Ausnahme in § 182 Abs. 2 AktG gilt nämlich nur für stimmrechtslose Vorzugsaktien.³⁵

V. Einzelne Regelungsinhalte

1. Verfügungsbeschränkungen

a) Allgemeines

Um eine bestimmte Zusammensetzung des Aktionärskreises sicherzustellen, enthalten Aktionärsvereinbarungen meist Regelungen zur Ausübung von Bezugsrechten bei Kapitalmaßnahmen und insbesondere auch zur Veräußerung von Aktien sowie wirtschaftlich gleichwertigen Verfügungen.

b) Abtretungs- und Belastungsbeschränkungen in der Satzung

Verfügungsbeschränkungen sind bei der GmbH nach § 15 Abs. 5 GmbHG unproblematisch. Bei der Aktiengesellschaft steht ihnen der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien entgegen.³⁶ Die gesetzliche Ausnahme bilden vinkulierte Namensaktien, deren Übertragung kann an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden (vgl. § 68 Abs. 2 Satz 1 AktG). Bei Inhaberaktien ist eine solche Einschränkung der Verkehrsfähigkeit unzulässig.³⁷ Die Vinkulierung ist notwendige echte Satzungsbestimmung und bedarf daher zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in die Satzungsurkunde.³⁸ In aller Regel wird die Vinkulierung in der ursprünglichen Satzung von den Gründern aufgenommen. Die spätere Aufnahme und die nachträgliche Verschärfung einer Vinkulierung erfordern eine Satzungsänderung, die gemäß § 180 Abs. 2 AktG der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf.

Das Zustimmungserfordernis darf sich nur auf die Übertragung von Namensaktien beziehen, also nur auf das dingliche Verfügungsgeschäft, nicht aber auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft. Eine Bindung an die Zustimmung aller Gesellschafter ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 68 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht möglich. Auch einzelnen Aktionären oder Dritten kann die Entscheidung nicht übertragen werden.³⁹ Über die Erteilung der Zustimmung entscheidet der Vorstand (§ 68 Abs. 2 Satz 2 AktG). Die Satzung kann jedoch bestimmen, dass der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung zuständig sind (§ 68 Abs. 2 Satz 3 AktG). Die Vinkulierung kann so beschränkt werden, dass einzelne Übertragungsfälle, wie etwa die Übertragung an andere Aktionäre oder an Familienmitglieder, keiner Zustimmung bedürfen. Die Satzung kann nach § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG auch einzelne Verweigerungsgründe bestimmen, etwa die Nichtzugehörigkeit zur Familie.

³⁴ Vgl. etwa §§ 179 Abs. 3, 182 Abs. 2, 193 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. §§ 182 Abs. 2, 202 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 182 Abs. 2 und § 222 Abs. 2 AktG.

³⁵ Zu den Einzelheiten siehe *D. Mayer* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, GmbH, 2. Aufl. 2003, § 73 Rdnr. 283.

³⁶ Hüffer, AktG, § 68 Rdnr. 10.

³⁷ Hüffer, AktG, § 68 Rdnr. 10.

³⁸ *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 14 Rdnr. 19.

³⁹ Vgl. die Nachweise bei *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 14 Rdnr. 26.

³¹ Im Einzelnen *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 49.

³² Siehe auch *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 54.

³³ Vgl. dazu im Einzelnen – mit Formulierungsvorschlag – *D. Mayer*, MittBayNot 2003, 96 ff., 100.

Formulierungsvorschlag:

§ ... Vinkulierte Namensaktien

1. Die Aktien lauten auf den Namen. Zur Eintragung in das Aktienregister haben die Aktionäre der Gesellschaft die Zahl der von ihnen gehaltenen Aktien sowie ihren Namen, ihre Anschrift und ihr Geburtsdatum, bei juristischen Personen ihre Firma, Geschäftsanschrift und Sitz mitzuteilen.
2. Die Aktien sind nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar. Dies gilt auch für die Übertragung im Wege der Erbauseinandersetzung oder Vermächtniserfüllung, für die Belastung mit einem Nießbrauch und die Verpfändung. Über die Zustimmung entscheidet der Aufsichtsrat. Keiner Zustimmung bedarf die Übertragung an andere Aktionäre, an Ehegatten und an Abkömmlinge eines Aktionärs sowie die Bestellung eines Nießbrauchs für den Ehegatten.

c) Regelungen in Aktionärsvereinbarungen

Die Übertragbarkeit der Aktie kann über den in § 68 Abs. 2 AktG für Namensaktien abgesteckten Rahmen hinaus nicht – auch nicht durch die Satzung – mit dinglicher Wirkung eingeschränkt werden. Unbenommen bleibt es dagegen, in eine Aktionärsvereinbarung schuldrechtliche Beschränkungen aufzunehmen.

aa) Veräußerungsverbote

Durch ein vertragliches Veräußerungsverbot wird die Veräußerung der gebundenen Aktien untersagt und damit ein rein schuldrechtliches Abtretungshindernis begründet (§ 137 BGB).⁴⁰ Solche Vereinbarungen sind flexibler als die nur in engen Grenzen möglichen Satzungsregelungen, insbesondere kann die Übertragung nicht nur an die Zustimmung des Vorstands, des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung, sondern auch an die Zustimmung eines einzelnen Aktionärs oder auch eines außenstehenden Dritten (beispielsweise eines Finanzinvestors, der seinen Beitritt zur AG beabsichtigt) geknüpft werden sowie auch Inhaberaktien einbeziehen. Bei Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten eines beitragswilligen Dritten sollte das Zustimmungserfordernis aber in jedem Fall vom wirksamen Beitritt abhängig gemacht werden.⁴¹

Meist werden die schuldrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen von entsprechenden Vinkulierungsklauseln in der Satzung – im Rahmen der dargestellten Grenzen – flankiert. Allerdings kann die Satzung nicht bestimmen, dass die Erlaubnis zur Übertragung versagt werden muss, wenn der Erwerber der Aktien der gesondert abgeschlossenen Aktionärsvereinbarung nicht beiträgt.⁴² Das gewünschte Ziel kann aber dadurch erreicht werden, dass die Satzung die Zustimmung zur Übertragung an eine Entscheidung der Hauptversammlung bindet und sich die Beteiligten in der Aktionärsvereinbarung verpflichten ihr Stimmrecht entsprechend auszuüben.

bb) Erwerbsvorrechte (Vorkaufsrechte, Ankaufsrechte)

Wegen des Grundsatzes der freien Verfügbarkeit der Aktien ist bei der AG keine Satzungsregelung betreffend die Vereinbarung von Ankaufs- oder Vorkaufsrechten möglich, sondern nur eine separate schuldrechtliche Vereinbarung zwischen

den Aktionären.⁴³ Durch die Vereinbarung einer Andienungspflicht wird der veräußerungswillige Aktionär verpflichtet, vor Abschluss eines Kaufvertrags den übrigen an der Aktionärsvereinbarung beteiligten Aktionären die zu veräußernden Aktien zum Ankauf anzubieten. Neben einem solchen Ankaufs- oder Vorerwerbsrecht kann auch ein Vorkaufsrecht vereinbart werden, dessen Abwicklung dem Ankaufs- bzw. Vorerwerbsrecht im Ablauf der Veräußerung nachfolgt.⁴⁴ Durch das Vorkaufsrecht erhält der Vorkaufsberechtigte die Möglichkeit, nach Abschluss eines Kaufvertrags zwischen dem vorkaufsverpflichteten Aktionär und dem Erwerber die Aktien zu den gleichen Konditionen wie dieser zu erwerben. Meist wird vereinbart, dass das Vorkaufsrecht zu dem Ankaufs- bzw. Vorerwerbsrecht nur dann hinzukommt, wenn mit dem Dritten günstigere Konditionen vereinbart werden, als sie dem Vorerwerbsangebot an die übrigen beteiligten Aktionäre zu Grunde liegen.

Formulierungsvorschlag:⁴⁵

§ ... Veräußerung gebundener Aktien

1. Die Veräußerung gebundener Aktien ist nur nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen zulässig.
2. Beabsichtigt ein Poolbeteiligter, seine Aktien sämtlich oder zu einem Teil an einen Dritten zu veräußern, so hat er sie zuvor sämtlichen übrigen Poolbeteiligten mittels eingeschriebenen Brief an seinen Vorsitzenden, der für die Weiterleitung an die Poolbeteiligten sorgt, zum Erwerb anzubieten. Dabei sind der Preis und die Bedingungen für die Abgabe der Aktien anzugeben. Das Angebot kann nur durch eingeschriebenen Brief innerhalb von einem Monat seit Zugang des Angebotschreibens angenommen werden. Nehmen mehrere Poolbeteiligte das Angebot an, so erwerben sie die Aktien, sofern sie sich untereinander nicht anderweitig verständigen, im Verhältnis des bisherigen Aktienbesitzes zueinander. Soweit sich hierbei einzelne Aktien als Spitzen ergeben, sind diese unter ihnen zu verlosen. Das Angebot kann nur als Ganzes angenommen werden, wobei es jedoch, wenn einzelne Poolbeteiligte das Angebot nur für einen Teil der angebotenen Aktien annehmen, genügt, dass die mehreren Annahmeerklärungen zusammen die gesamten angebotenen Aktien erfassen. Bei mehreren Erwerbern haftet jeder nur für den Teil des Gegenwerts, der auf die von ihm erworbenen Aktien entfällt.
3. Wird das Angebot nicht angenommen oder decken die Annahmeerklärungen nicht die gesamten angebotenen Aktien, so können die angebotenen Aktien nunmehr innerhalb von drei Monaten nach Angebotsabgabe gegenüber dem Vorsitzenden an beliebige Dritte veräußert werden. Innerhalb der ersten drei Jahre nach Abschluss des Poolvertrags steht die Veräußerungsmöglichkeit an Dritte jedoch unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Poolversammlung mit drei Viertel Mehrheit.
4. Dem Vorsitzenden sind unverzüglich und vor Abschluss des Vertrages mit einem Dritten alle relevanten Unterlagen betreffend die Veräußerung, insbesondere der unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Poolversammlung stehende Veräußerungsvertrag in notariell beglaubigter Form zu übergeben. Diesen Unterlagen hinzuzufügen ist eine verbindliche und unbedingte Erklärung des Erwerbers, dass ihm die Pool-

⁴⁰ *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 13.

⁴¹ *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 13.

⁴² MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 61 m. w. N.; Großkommentar AktG/Barz, § 68 Rdnr. 6.

⁴³ BayObLG, ZIP 1989, 638, 641; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 14 Rdnr. 18; *Böcker*, RNotZ 2002, 129, 150.

⁴⁴ Vgl. hierzu *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 16.

⁴⁵ *Hölters* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, S. 872 f.; *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 16.

bindung der zu erwerbenden Aktien bekannt ist und dass er dem Pool beitrifft. Will der Veräußerer jedoch die Aktien zu einem Preis abgeben, der unter dem Angebotspreis nach Abs. 2 liegt, oder zu Konditionen, die günstiger sind, als er sie den Poolbeteiligten angeboten hatte, so muss er zunächst wieder die Aktien zu diesem Preis und zu diesen Konditionen den übrigen Poolbeteiligten nach Maßgabe des vorstehenden Gesagten andienen.

5. Die gebundenen Aktien bleiben auch nach einer Veräußerung poolgebunden. Bei Erwerb durch einen Dritten ist dieser entsprechend zu verpflichten. Die Poolbeteiligten verpflichten sich, in einer Hauptversammlung der Gesellschaft einem Beschluss über die Zustimmung zur Übertragung gebundener Aktien gemäß § ... der Satzung der Gesellschaft zuzustimmen, wenn der Erwerber vorher seinen Beitritt zur Poolvereinbarung erklärt hat und alle weiteren Regelungen dieser Poolvereinbarung über die Veräußerung gebundener Aktien eingehalten worden sind. Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, sind die Poolbeteiligten verpflichtet, der Übertragung der Aktien in der Hauptversammlung der Gesellschaft die Zustimmung zu versagen.
6. Eine Übertragung gebundener Aktien ist unverzüglich dem Vorsitzenden mitzuteilen.

cc) Mitveräußerungsregelungen

Schließlich sind in Aktionärsvereinbarungen häufig sog. Mitveräußerungsregelungen anzutreffen. Diese können entweder die Form von Mitveräußerungsrechten (sog. take-along-Klauseln) oder Mitveräußerungspflichten (sog. drag-along-Klauseln) annehmen. Für den Fall, dass ein Aktionär sämtliche oder einen Teil seiner gebundenen Aktien veräußern möchte, begründet ein Mitveräußerungsrecht das Recht der anderen Aktionäre, ihre gebundenen Aktien an den gleichen Erwerber und zu den gleichen Konditionen zu veräußern.

Formulierungsvorschlag:⁴⁶

§ ... Mitveräußerungsrecht

- (1) Unbeschadet des Vorkaufsrechts gemäß § ... steht ... auch das Recht zu, binnen einer Frist von zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Mitteilung des veräußerungswilligen Aktionärs gemäß § ... über einen beabsichtigten Aktienverkauf den veräußerungswilligen Aktionär zu verpflichten, neben dessen eigenen Aktien auch sämtliche oder einen Teil der von ... gehaltenen Aktien dem potentiellen Erwerber zum Mitverkauf zu den gleichen Konditionen anzudienen (Mitveräußerungsrecht).
- (2) Ist der Dritte nicht bereit, über die vom veräußerungswilligen Aktionär angebotenen Aktien hinaus sämtliche von ... gemäß Abs. 1 angebotenen Aktien zu erwerben, hat der Verkauf der Aktien so zu erfolgen, dass an den Erwerber zunächst sämtliche von ... angebotenen Aktien verkauft und übertragen werden, bevor der veräußerungswillige Aktionär eigene Aktien an den Erwerber verkauft und überträgt.
- (3) Im Fall der Veräußerung von Aktien an der Gesellschaft durch Altaktionäre an einen oder mehrere Dritte, der/die hierdurch allein oder zusammen zumindest 25 % des Grundkapitals der Gesellschaft erwerben, verpflichten sich die betreffenden Altaktionäre weiterhin, diesem oder diesen Dritten die Verpflichtung aufzuerlegen, ... anzubieten, seine sämtlichen Aktien zu denselben Konditionen zu erwerben wie die Aktien des oder der veräußerungswilligen Altaktionäre. Als Dritte im Sinne dieses Abs. 3 gelten auch Personen, die bereits Aktionäre der Gesellschaft sind. Sind die Konditionen der das Mitveräußerungsrecht von ... auslösenden Transaktion ohne sachlichen Grund schlechter als die Konditionen früherer Transaktionen mit denselben dritten Personen, so gelten für das Mitveräußerungsrecht die Konditionen der früheren Transaktionen.

Mitveräußerungspflichten begründen demgegenüber die Pflicht der übrigen Aktionäre, ihre gebundenen Aktien an einen Erwerber mit zu veräußern. Insbesondere Venture-Capital-Gebern wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, einem potentiellen Erwerber der Aktien eine Mehrheit des Aktienkapitals zur Verfügung zu stellen. Fehlt eine entsprechende vertragliche Bindung, so besteht keine Pflicht eines einzelnen Mitglieds der Aktionärsvereinbarung zur Veräußerung, und zwar auch nicht aus Gründen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.⁴⁷

Formulierungsvorschlag:⁴⁸

§ ... Mitveräußerungspflicht

Sämtliche Poolbeteiligten sind verpflichtet, auf Antrag eines Poolbeteiligten sämtliche von ihm gehaltenen Aktien an einen von diesem Poolbeteiligten benannten Dritten zu gleichen Bedingungen zu übertragen, sofern eine solche Veräußerung aller Aktien der Gesellschaft von der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von mindestens 80 % aller abgegebenen Stimmen beschlossen wird und der Dritte bereit ist, alle Aktien zu erwerben.

d) Veräußerungsbeschränkung durch Bündelung der Aktien

Auch wenn vinkulierte Namensaktien vorgesehen sind, besteht dennoch die Möglichkeit, die Vinkulierung zu umgehen, beispielsweise durch Treuhandvereinbarungen, Stimmrechtsvollmachten, Unterbeteiligung usw.⁴⁹ Auch entsprechende Aktionärsvereinbarungen binden den Aktionär lediglich auf schuldrechtlicher Ebene, weshalb eine verbotswidrig erfolgte Veräußerung an Dritte wirksam wäre. Aus diesem Grund wird häufig – insbesondere bei im Familienbesitz befindlichen Aktien – vorgesehen, dass die Aktien in das Gesamthandsvermögen einer bestimmten Aktionärsgruppe (organisiert als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts oder als vermögensverwaltende GmbH & Co. KG) eingebracht werden. Die Veräußerlichkeit der Aktien kann so vollständig beschränkt werden. Die Gesellschafter der GbR können nicht über einen Anteil an den Wirtschaftsgütern der Gesellschaft verfügen (§ 719 BGB). Eine Abtretung ist nur möglich, wenn alle Gesellschafter zustimmen.⁵⁰

2. Stimmbindungsvereinbarungen

Durch Stimmbindungsvereinbarungen verpflichten sich die Aktionäre, ihr Stimmrecht generell oder bei einer einzelnen Abstimmung in einem bestimmten Sinne auszuüben oder von der Ausübung des Stimmrechts Abstand zu nehmen.⁵¹ Nach ganz h. M. sind Stimmbindungsverträge grundsätzlich zulässig.⁵² Dies gilt unzweifelhaft für Stimmbindungen gegenüber Mitaktionären, also auch für Stimmbindungen im Rahmen

⁴⁶ Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 20.

⁴⁷ OLG Stuttgart, DSrR 2004, 1622 m. zust. Anm. Wälzholz.

⁴⁸ Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 12.

⁴⁹ MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 116 ff.

⁵⁰ Einzelheiten bei Wälzholz, DSrR 2004, 819, 820.

⁵¹ Einzelheiten bei Semler in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 38 Rdnr. 41.

⁵² Vgl. BGHZ 48, 163, 166 ff. = NJW 1967, 1963; BGH, NJW 1983, 1910, 1911; BGH, NJW 1987, 1890, 1892; OLG Koblenz, GmbHR 1986, 430, 431; OLG Köln, WM 1988, 974 und die weiteren Nachweise bei Semler in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 38 Rdnr. 42.

einer Aktionärsvereinbarung. Zweifelhaft ist dagegen die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen mit Nichtaktionären.⁵³ Zu beachten ist überdies, dass das Aktiengesetz Einzelbestimmungen enthält, die dem Inhalt von Stimmbindungsverträgen Grenzen setzen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Stimmbindung selbst. Nach § 405 Abs. 3 Nr. 4 und 5 AktG kann derjenige, der aus seinen Aktien selbst das Stimmrecht nicht ausüben darf, ein ähnliches Ergebnis nicht dadurch erzielen, dass er einen Dritten verpflichtet, in seinem Sinne abzustimmen. Darüber hinaus ergibt sich aus § 405 Abs. 3 Nr. 6 und 7 AktG, dass es nicht zulässig ist, über einen Stimmenkauf auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Darüber hinaus sind Vereinbarungen nichtig, durch die sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder eines abhängigen Unternehmens zu stimmen (§ 136 Abs. 2 AktG).⁵⁴ Auch außerhalb dieses Bereichs ergibt sich eine Beschränkung der Reichweite der Stimmbindung zunächst insoweit, als sie den Aktionär nicht zu einer treuwidrigen Stimmabgabe verpflichten darf, eine Stimmbindungsvereinbarung also nur in den durch die gesellschaftliche Treuepflicht (dazu vorst. Ziff. III 1) gezogenen Grenzen Wirkung entfaltet. Dies ergibt sich im Regelfall bereits aus der Auslegung der Vereinbarung, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien auch eine Verpflichtung zur treuwidrigen Stimmabgabe vereinbaren wollen; darüber hinaus wäre eine dem widersprechende Stimmbindung aber auch nichtig.⁵⁵

Stimmbindungsverträge haben ausschließlich schuldrechtlichen Charakter und damit keine Außenwirkung, so dass eine entgegen der Vereinbarung abgegebene Stimme trotzdem wirksam ist. Sie können gleichwohl in die Satzung aufgenommen werden, verlieren aber dadurch im Regelfall ihre rein schuldrechtliche Wirkung nicht.⁵⁶ Die damit verbundene Publizität wird jedoch in der Praxis nicht gesucht. Viele Einzelheiten hierzu sind noch nicht abschließend geklärt, so etwa die Frage nach der Durchsetzbarkeit von Stimmbindungsverträgen⁵⁷, insbesondere im vorläufigen Rechtsschutz⁵⁸ und die Frage inwieweit gesetzliche Mehrheitserfordernisse sich unmittelbar auf die Verhältnisse in einem Stimmenpool auswirken können.⁵⁹ Hinsichtlich der Auswirkung gesetzlicher Mehrheitserfordernisse sprechen gute Gründe dafür, der Stimmbindung von vornherein insoweit die Wirksamkeit zu versagen, als das Gesetz besondere qualifizierte Mehrheitserfordernisse unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes aufstellt. Denn der gesetzlich verfolgte Zweck kann in diesen Fällen, sofern nicht alle Aktionäre Mitglieder des Stimmenpools sind und dadurch eine Übertragung der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse auf die Ebene des Stimmenpools möglich ist, durch eine Übertragung der Mehrheitsverhältnisse auf die erforderliche Stimmenmehrheit innerhalb des Stimmenpools nicht erreicht werden. Eine abweichende

Beurteilung dürfte allerdings dann angezeigt sein, wenn der konkrete Fall, beispielsweise die Umwandlung, ausdrücklich in der Stimmrechtsvereinbarung aufgeführt ist und der Gesellschafter damit antizipiert seine Zustimmung zu derartigen Eingriffen in seine Rechtsposition erklärt hat; jedenfalls insoweit kann der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz⁶⁰ deshalb noch Geltung beanspruchen.⁶¹

Unproblematisch ist dagegen die Ausgestaltung als sog. Konsortial- oder Poolvertrag; hierbei wird die Ausübung des Stimmrechts durch Mehrheitsbeschluss der Poolmitglieder festgelegt und durch eine entsprechende Vollmachtserteilung (dazu nachst. Ziff. V 6) sichergestellt, dass das Stimmrecht aus den Aktien entsprechend dem Beschluss der Poolversammlung ausgeübt wird.

Formulierungsvorschlag:

§ ... Poolversammlung

(1) ff. (...)

(...) der Poolversammlung obliegt die Beratung und Beschlussfassung zu allen ihr nach diesem Vertrag obliegenden Angelegenheiten, diese sind insbesondere:

- die Änderung dieses Vertrags, die Aufnahme neuer Poolbeteiligter und die Veräußerung gebundener Aktien an Dritte;
- alle Angelegenheiten, die die Gesellschaft betreffen; hierbei ist insbesondere auch dem Zweck dieses Pools und den Interessen der Poolbeteiligten Rechnung zu tragen;
- die Entscheidung, wie zu einem Tagesordnungspunkt der Hauptversammlung Stimmrechte der Poolbeteiligten aus den gebundenen Aktien auszuüben sind.

3. Einflussnahme auf die Besetzung und das Verhalten von Organen der Gesellschaft

Bei der Möglichkeit der Einflussnahme der Mitglieder eines Aktienpools auf die Organe der Gesellschaft ist zwischen Aufsichtsrat und Vorstand zu unterscheiden.⁶²

a) Aufsichtsrat

Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern erfolgt gemäß § 101 Abs. 1 AktG entweder durch Beschluss der Hauptversammlung, mittels eines Entsendungsrechts oder aufgrund zwingender Regelungen der Unternehmensmitbestimmung. In der Praxis werden bestimmten Aktionären des Aktienpools sog. Benennungsrechte eingeräumt, welche die übrigen gebundenen Aktionäre im Wege der Stimmbindung zur Stimmabgabe gemäß dem Wunsch des Benennungsberechtigten verpflichten. Sie sind streng von den Entsendungsrechten gemäß § 101 Abs. 1, 2 AktG, die nur durch die Satzung begründet werden dürfen, zu unterscheiden.⁶³ Nach dieser Vorschrift dürfen nur Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre entsandt werden. Der Entsendungsberechtigte muss in der Satzung in bestimmter Weise bezeichnet werden, nämlich entweder durch namentliche Nennung oder durch nähere Bestimmung der Aktien, mit denen das Entsendungsrecht verknüpft ist (§ 101 Abs. 2 Satz 1 1. Fall und 2. Fall AktG). Die Zahl der

⁵³ Vgl. die Nachweise bei Hüfner, AktG, § 133 Rdnr. 27.

⁵⁴ Dazu Hüfner, AktG, § 133 Rdnr. 28; Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 23; Hölter in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, S. 875; MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 195.

⁵⁵ MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 195; Hüfner, AktG, § 133 Rdnr. 28; Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 146 ff.

⁵⁶ Zur Abgrenzung zu materiellen Satzungsbestimmungen vgl. Hüfner, AktG, § 133 Rdnr. 25 und § 23 Rdnr. 4 f.

⁵⁷ Dazu ausf. Semler in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 38 Rdnr. 48.

⁵⁸ Vgl. hierzu Semler, a. a. O.

⁵⁹ Dazu ausf. MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 195.

⁶⁰ Dazu allgemein MünchKommBGB/Ulmer, § 709 Rdnr. 72 ff. m. w. N.

⁶¹ Dazu ausf. MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 195.

⁶² Vgl. hierzu ausf. Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 24 ff.

⁶³ Vgl. dazu Hüfner, AktG, 6. Aufl. 2004, § 101 Rdnr. 8 ff.

durch Entsendung besetzten Mandate darf ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre nicht übersteigen (§ 101 Abs. 2 Satz 4 AktG). Entgegenstehende Satzungsbestimmungen sind nichtig.⁶⁴ Benennungsrechte in Aktionärsvereinbarungen sind somit viel flexibler handhabbar und vermeiden die mit einer Satzungsbestimmung verbundene Publizität.

Formulierungsvorschlag:⁶⁵

§ ... Mitglieder des Aufsichtsrats

Von den ... Mitgliedern im Aufsichtsrat der Gesellschaft werden ... auf Vorschlag der ..., ... Mitglieder auf Vorschlag der ... und ... Mitglieder auf Vorschlag der ... gewählt. Die Poolbeteiligten verpflichten sich, ihr Stimmrecht bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder in der Hauptversammlung im Einklang mit den gemäß der vorstehenden Regelung zu berücksichtigenden Wahlvorschlägen ihrer Mit-Poolbeteiligten auszuüben.

aa) Besetzung

Nach § 100 Abs. 4 AktG kann die Satzung darüber hinaus persönliche Voraussetzungen für solche Aufsichtsratsmitglieder aufstellen, die entweder von der Hauptversammlung frei gewählt oder in den Aufsichtsrat entsandt werden. Insbesondere bei Familienunternehmen liegt der Wunsch nach einer Regelung nahe, dass nur solche Personen Aufsichtsratsmitglieder sein können, die zur Unternehmerfamilie gehören. Ob eine entsprechende Regelung angesichts des Grundsatzes, dass die freie Auswahl der Aufsichtsräte durch die Hauptversammlung gewährleistet bleiben muss, zulässig ist, ist streitig.⁶⁶

Formulierungsvorschlag:⁶⁷

Aufsichtsratsmitglied kann nur eine natürliche Person sein, die entweder in gerader Linie von ... abstammt, mit ... verheiratet oder mit einem Abkömmling verheiratet ist. Sollten die vorgenannten Familienmitglieder nicht mehr leben oder nicht zur Wahl bereit sein, so entfällt die vorstehende Beschränkung der Wählbarkeit für den Aufsichtsrat.

bb) Einflussnahme auf das Verhalten von Aufsichtsratsmitgliedern

Eine Einflussnahme auf das konkrete Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder ist aufgrund der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Aufsichtsrats nur mittelbar möglich, und zwar über die Drohung mit einer Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds. Im Falle eines Entsendungsrechts ist eine Abberufung gemäß § 103 Abs. 2 AktG jederzeit durch den Entsendungsberechtigten möglich.

b) Vorstand

Durch Aktionärsvereinbarung kann auf die Zusammensetzung oder das Verhalten des Vorstands nicht unmittelbar Einfluss genommen werden. Zuständig für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern ist der Aufsichtsrat, und zwar der Gesamtaufsichtsrat und dies ausschließlich und zwingend (§ 84

Abs. 1 Satz 1 AktG).⁶⁸ Eine Einflussnahme der Mitglieder des Aktienpools auf die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern ist somit nur mittelbar über den Aufsichtsrat möglich.⁶⁹ Noch eingeschränkter ist die Einflussnahme auf das Verhalten des Vorstands, da dieser die Aktiengesellschaft in eigenverantwortlicher Leitung und damit weisungsfrei führt (§ 76 Abs. 1 AktG). Er unterliegt lediglich der laufenden Kontrolle durch den Aufsichtsrat. Diese dualistische Konzeption der Verwaltung der Aktiengesellschaft ist durch eine strikte personelle (§ 105 AktG) und im Wesentlichen auch sachliche Trennung vom Vorstand und Aufsichtsrat – sog. Trennungsprinzip – geprägt. Jedoch muss über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG die Vornahme bestimmter Arten von Geschäften an die Zustimmung des Aufsichtsrats geknüpft und damit kann mittelbar eine Einflussmöglichkeit auf den Vorstand eröffnet werden. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt kann in der Satzung, in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats, in einer vom Aufsichtsrat beschlossene Geschäftsordnung des Vorstands oder durch einen gesonderten Beschluss des Aufsichtsratsplenums bestimmt werden. Im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzgebers, die präventive Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat zu erleichtern⁷⁰, sollte die Satzung allerdings zumindest ein gewisses „Grob-raster“ für eine entsprechende Geschäftsordnung des Aufsichtsrats bzw. Vorstands vorgeben.⁷¹

c) Bemühensklauseln

Oftmals finden sich in Aktionärsvereinbarungen Klauseln des Inhalts, dass sich Aktionäre nach besten Kräften bemühen auf Mitglieder des Aufsichtsrats einzuwirken, um sie zu bestimmten Maßnahmen, insbesondere auch im Hinblick auf ein bestimmtes Vorstandsverhalten zu veranlassen. Wenn der Verstoß gegen derartige „indirekte Weisungsrechte“ mit der Sanktion einer Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds verbunden ist, dürften entsprechende Regelungen wohl als nichtig anzusehen sein.⁷²

4. Kapitalmaßnahmen

a) Allgemeines

§ 181 Abs. 1 AktG gewährt jedem Aktionär im Rahmen von Kapitalerhöhungen ein Bezugsrecht auf die neu ausgegebenen Aktien in Höhe seiner bisherigen Beteiligungsquote. Liegen die formellen und materiellen Voraussetzungen für einen Bezugsrechtsausschluss vor⁷³ kann das Bezugsrecht direkt durch die Hauptversammlung ausgeschlossen werden. In Aktionärsvereinbarungen werden deshalb in Bezug auf Kapitalmaßnahmen häufig Regelungen zum Verwässerungsschutz aufgenommen. Dabei wird festgelegt, dass die Aktionäre nicht ohne ihren Willen vom gesetzlichen Bezugsrecht ausgeschlossen werden dürfen. Da der Ausschluss des Bezugsrechts durch entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss erfolgt, kann diese Vereinbarung unmittelbar über die Stimmbindung durchgesetzt werden. Ist ein Venture-Capital-

⁶⁴ Vgl. Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2004, § 101 Rdnr. 9.

⁶⁵ Dazu Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 26.

⁶⁶ Für zulässig halten derartige Regelungen: KölnKommAktG/Zöller, § 179 Rdnr. 71; MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 161; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 23; Wälzholz, DStR 2004, 819, 822; a. A. Hüffer, AktG, § 100 Rdnr. 9, wonach eine derartige Satzungsbestimmung auf ein verkapptes Entsendungsrecht hinausläuft.

⁶⁷ Dazu Wälzholz, DStR 2004, 819, 822.

⁶⁸ Vgl. Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 5.

⁶⁹ Dazu Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 28; Baumann/Reiß, ZGR 1989, 157, 192 f.

⁷⁰ Vgl. Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 16.

⁷¹ Dazu D. Mayer, MittBayNot 2003, 96 ff., 100 mit Formulierungsvorschlag.

⁷² Zutreffend Sickinger in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 29 mit Formulierungsvorschlag für eine zulässige „Bemühensklausel“.

⁷³ Dazu D. Mayer in Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Kap. D Aktienrecht, 2002, Rdnr. 320 ff.

Geber an der Aktionärsvereinbarung beteiligt, wird ein Schutz nicht nur vor quotaler Verwässerung, sondern auch vor wertmäßiger Verwässerung dadurch gewährleistet, dass dieser bei den einzelnen „Finanzierungsrunden“ immer mit der jeweils günstigsten Aktienbewertung teilnehmen darf.⁷⁴

b) Schuldrechtliche Zuzahlungspflichten bei Kapitalerhöhungen

Fall: Im März 2005 beschließt die X-AG im Rahmen einer Vollversammlung die Erhöhung ihres Grundkapitals von Euro 140.000 auf Euro 165.000. Zur Zeichnung der neuen Aktien wird unter Ausschluss des Bezugsrechts und unter Verzicht aller Bezugsberechtigten ausschließlich die Y-AG zugelassen. Die Aktien werden laut Zeichnungsschein zu einem Ausgabebetrag von Euro 1 je Stückaktie ausgegeben. Im Zusammenhang mit der Zeichnung der Aktien hat sich die Y-AG im Rahmen eines Investor-Agreements (Aktionärsvereinbarung) gegenüber den bisherigen Aktionären zur Zahlung eines Aufpreises von insgesamt Euro 12 Mio. auf den Nennbetrag der 15 000 Stückaktien verpflichtet. Zur Prüfung, ob hierdurch eine Pflicht zur Leistung einer Einlage über den geringsten Ausgabebetrag hinaus begründet worden ist, fordert das zuständige Registergericht die Vorlage des mit der Aktionärsvereinbarung verbundenen Beteiligungsvertrages an.⁷⁵

aa) Problemstellung

Beschließt eine Aktiengesellschaft eine Barkapitalerhöhung und sollen die neuen Aktien zu einem den Nennbetrag oder den auf eine einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals übersteigenden Betrag ausgegeben werden, so stellt sich die Frage, ob diese Zuzahlung an die Gesellschaft nach freier Wahl der Beteiligten

- als „echtes“ Aufgeld gemäß § 188 Abs. 2 i. V. m. § 36 a Abs. 1 Fall 2 AktG oder
- als „bloße“ schuldrechtliche Zuzahlung

vereinbart werden kann. Die Unterscheidung hat ganz erhebliche rechtliche Bedeutung: Wird ein echtes Aufgeld i. S. d. § 36 a AktG vereinbart, muss dieses Aufgeld gemäß der Regelung der § 188 Abs. 2 i. V. m. § 36 Abs. 2 Satz 1 AktG vor der Anmeldung der Durchführung der Barkapitalerhöhung zur Eintragung im Handelsregister eingezahlt werden. Ferner hat der Vorstand gemäß § 188 Abs. 2 i. V. m. § 37 Abs. 1 AktG in der Registeranmeldung entsprechend zu versichern, dass der eingeforderte Nominalbetrag und der gesamte Mehrbetrag zur freien Verfügung des Vorstands eingezahlt worden ist.⁷⁶

Im Hinblick auf die oft unsichere weitere Entwicklung junger Aktiengesellschaften stellt sich in diesem Zusammenhang für einen Finanzinvestor die Frage, inwieweit er sein Investment in mehreren Teilschritten bei Erreichen sog. Meilensteine (milestones) tätigen kann. Überdies will der Finanzinvestor in der Regel erst dann zur Zahlung verpflichtet sein, wenn er die neuen Aktien auch tatsächlich erworben hat und damit Aktionär geworden ist. Vor diesem Hintergrund ist die Praxis dazu übergegangen, Zuzahlungspflichten nicht im notariell

beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluss als echtes Agio auszuweisen,⁷⁷ sondern stattdessen in einem daneben bestehenden Beteiligungsvertrag zu vereinbaren, der im Regelfall nicht der notariellen Beurkundung bedarf. Gegenstand eines solchen Investor-Agreements sind regelmäßig Vereinbarungen über die Ausgestaltung und den Vollzug der finanziellen Beteiligung des Finanzinvestors. Der Finanzinvestor verpflichtet sich darin üblicherweise zur Zeichnung neuer Aktien und zur Leistung einer weiteren baren Zuzahlung in die offenen Rücklagen, häufig gestaffelt in Abhängigkeit von bestimmten im Beteiligungsvertrag vereinbarten Erfolgszielen.

Neben den vorstehend beschriebenen Einzahlungsverpflichtungen wird in der Praxis auf derartige schuldrechtliche Vereinbarungen über weitere Zahlungspflichten auch deshalb ausgewichen, um die mit einem im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten Aufgeld verbundenen Entnahmebeschränkungen zu vermeiden. Zwar sind sowohl das korporative als auch das schuldrechtliche Aufgeld als Kapitalrücklage auszuweisen. Dies ergibt sich für das korporative Aufgeld aus § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB; für das schuldrechtliche Aufgeld aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Die Regelungen über die Beschränkung der Auflösung der Kapitalrücklage in § 150 Abs. 3 und 4 AktG finden jedoch nur auf die in die gesetzliche Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG einzubeziehende Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB Anwendung, während die Auflösung der Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB nach einer von einzelnen Stimmen in der Literatur vertretenen Auffassung unbeschränkt möglich sein soll.⁷⁸

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Aktienrecht die Möglichkeit einer solchen flexiblen Strukturierung der Zuzahlungspflicht tatsächlich einräumt, oder ob es sich bei der Vereinbarung über eine schuldrechtliche Zuzahlung im Zusammenhang mit einer Barkapitalerhöhung um einen unzulässigen Umgehungsversuch zwingender aktienrechtlicher Vorschriften handelt.⁷⁹

bb) Meinungsstand

Zu diesem Problemkreis werden im Wesentlichen drei Meinungen vertreten:

- (1) Eine Vereinbarung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Aktiengesellschaft über den geringsten Ausgabebetrag der Aktien hinaus im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung ist nur dann wirksam, wenn diese Zahlung als echtes Agio im Kapitalerhöhungsbeschluss (vgl. § 182 Abs. 3 AktG), den Zeichnungsscheinen (vgl. § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AktG) und den damit verbundenen Dokumenten ausgewiesen wird.⁸⁰
- (2) Eine Vereinbarung von weiteren Zahlungsverpflichtungen ist auf schuldrechtlicher Basis als Vereinbarung zwischen Alt- und Neuaktionären ohne Einschränkungen möglich, wenn der Aktiengesellschaft aus dieser Vereinbarung in Bezug auf den über den rechnerischen Anteil am erhöhten Grundkapital hinausgehenden Betrag kein eigenes Forderungsrecht zusteht.⁸¹

⁷⁴ Dazu *Sicking* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 32.

⁷⁵ Vgl. dazu BayObLG, MittBayNot 2002, 304 m. Anm. *Gerber*.

⁷⁶ Hierzu genügt nach der neuen BGH-Rechtsprechung (vgl. BGH, MittBayNot 2002, 301 und BGH, NZG 2002, 636), dass der eingeforderte Betrag zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Kapitalerhöhungsbeschluss und Handelsregisteranmeldung zur freien Verfügung des Vorstands gezahlt worden ist – keine wertgleiche Deckung mehr erforderlich.

⁷⁷ Vgl. *Weitnauer*, NZG 2001, 1065, 1067; *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818, 1819.

⁷⁸ *Gerber*, MittBayNot 2002, 305; *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818; *Weitnauer*, NZG 2001, 1008.

⁷⁹ Vgl. Einzelheiten bei *Becker*, NZG 2003, 510; *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818 ff.; *Hermanns*, ZIP 2003, 788 ff.

⁸⁰ KölnKommAktG/*Lutter*, § 54 Rdnr. 21; *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 5.

⁸¹ Großkommentar AktG/*Röhricht*, § 23 Rdnr. 238; *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 7 und wohl auch BayObLG, MittBayNot 2002, 304.

(3) Eine Vereinbarung von weiteren Zahlungsverpflichtungen über den rechnerischen Anteil am erhöhten Grundkapital ist auf schuldrechtlicher Basis als Vereinbarung zwischen Alt- und Neuaktionären ohne jegliche Einschränkung möglich, also auch dann, wenn die Aktiengesellschaft hierdurch ein eigenes Forderungsrecht erlangt.⁸²

cc) Stellungnahme

Das Aktiengesetz selbst enthält keine Unterscheidung zwischen mitgliedschaftlichem und schuldrechtlichem Aufgeld. Die Höhe des bei der Gründung oder im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten Ausgabebetrags bestimmt gleichzeitig den Umfang der Einlagepflicht der Aktionäre (§ 54 Abs. 1 AktG). Es steht außer Zweifel, dass die Aktionäre über diese Einlagepflicht gegenüber der Aktiengesellschaft hinaus sich durch schuldrechtliche Vereinbarungen zu weiteren Leistungen verpflichten können. Diese Vereinbarungen können sowohl mit der Gesellschaft selbst als Vertragspartner als auch unmittelbar zwischen den Aktionären getroffen werden.⁸³ Zulässig ist daher auch die schuldrechtliche Vereinbarung zusätzlicher Geldleistungen (sog. „freiwillige Zuschüsse“) neben der Einlage, denn die Obergrenze des § 54 Abs. 1 AktG bezieht sich nur auf die mitgliedschaftliche Einlagepflicht aus der Übernahme der Aktien bei Gründung bzw. bei Zeichnung junger Aktien aus einer Kapitalerhöhung.⁸⁴ Entgegen der Auffassung des BayObLG⁸⁵ beschränken die von ihm zitierten Fundstellen in der Literatur die Zulässigkeit schuldrechtlicher Abreden gerade nicht allein auf Abreden unter den Aktionären, sondern lassen vielmehr ausdrücklich schuldrechtliche Vereinbarungen mit oder zugunsten der Aktiengesellschaft zu. Unzutreffend ist deshalb auch die Schlussfolgerung des BayObLG, wonach bei der Begründung eines eigenen Forderungsrechts der Gesellschaft stets von einem mitgliedschaftlichen (korporativen) Charakter der Zuzahlungsverpflichtung auszugehen sei.⁸⁶

Allerdings sind Vereinbarungen über Finanzierungsleistungen nicht uneingeschränkt zulässig. So liegt etwa keine schuldrechtliche, sondern eine korporationsrechtliche Zuzahlungsverpflichtung vor, wenn für die Nichterfüllung bestimmter Zahlungsverpflichtungen korporationsrechtliche Sanktionen, wie beispielsweise die Kaduzierung, die satzungsmäßige Einziehung der Aktien oder Vertragsstrafen angedroht werden.⁸⁷ Im Hinblick auf die Entscheidung des BayObLG ist es überdies empfehlenswert, die Gesellschaft selbst nicht als Partei einer Vereinbarung über schuldrechtliche Zuzahlungsverpflichtungen einzubeziehen und solche Verpflichtungen als unechten Vertrag der Aktionäre zugunsten Dritter, nämlich ihrer Gesellschaft auszugestalten.⁸⁸

Überdies werden zwei weitere wesentliche Schranken diskutiert:

– In der bilanzrechtlichen Literatur wird vertreten, dass sämtliche mit der Ausgabe von Aktien zu zahlenden Leistungen ausschließlich in die Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB zu buchen sind und nur Zahlungen, die nicht zur Herstellung eines angemessenen Ausgabebetrags dienen, in die Rücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB eingestellt werden können.⁸⁹ Als Teil des gesetzlichen Reservefonds gem. § 150 AktG dürfte die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB nur unter dessen besonderen Voraussetzungen zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags oder Verlustvortrages sowie zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Vereinzelt wird deshalb die Ausgestaltung als schuldrechtliche Zuzahlung als Umgehung der Vorschriften über den gesetzlichen Reservefonds eingestuft und daraus, in Anlehnung an die bilanzielle Betrachtungsweise, der Schluss gezogen, dass alle schuldrechtlichen und korporationsrechtlichen Zahlungen zwingend in die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB gebucht werden müssen.⁹⁰

Schutzzweck des § 150 AktG ist die Kapitalerhaltung und damit der Gläubigerschutz.⁹¹ Erkennt man – wie bereits aufgezeigt – die Wahlfreiheit der Aktionäre hinsichtlich der Vereinbarung schuldrechtlicher Zuzahlungspflichten an, so ergibt sich daraus auch zwingend, dass die Gläubiger keinen Anspruch auf Festsetzung eines Aufgelds in bestimmter Form haben. Die Verpflichtung zur Einstellung des Aufgelds in die „geschützte“ Rücklage würde dieses Ergebnis letztlich wieder in Frage stellen. Hinzu kommt, dass erhebliche praktische Abgrenzungsprobleme entstehen würden. Hierbei geht es insbesondere um die Qualifizierung solcher Zuzahlungen, die erst nach Erreichung bestimmter Meilensteine zu leisten sind. Konsequenterweise müssten solche Zuzahlungen dann auch in die Rücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB eingestellt werden, da diese im Zusammenhang mit der Ausgabe der Aktien stehen. Die Zahlungen erfolgen teilweise aber erst nach einigen Jahren, womit der unmittelbare Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung schon aus diesem Grunde fehlt. Bei Ungewissheit hinsichtlich des Erreichens der einzelnen Meilensteine im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung wären diesbezügliche Zuzahlungen zwingend in die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB einzustellen. Es ist daher festzuhalten, dass auch eine Dispositionsfreiheit der Aktionäre und der Gesellschaft dahingehend anzuerkennen ist, wie die einzelnen Zahlungen bilanziell zu behandeln sind; sie können somit in die Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB eingestellt werden.⁹² Allerdings ist von einer Verpflichtung der Beteiligten zur Offenlegung solcher Zuzahlungen im Kapitalerhöhungsbeschluss auszugehen.⁹³

– Besonderheiten gelten im Zusammenhang mit einem Ausschluss des Bezugsrechts, da gemäß § 255 Abs. 2 AktG die Ausgabe von Aktien zu einem unangemessen niedrigen

⁸² RGZ 83, 216, 219; *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818 ff., 1821.

⁸³ Großkommentar AktG/*Henze*, § 54 Rdnr. 53 m. w. N.; *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 7 m. w. N.

⁸⁴ *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 7; Großkommentar AktG/*Henze*, § 54 Rdnr. 53.

⁸⁵ MittBayNot 2002, 305.

⁸⁶ Zutr. *Gerber*, MittBayNot 2002, 305, 307.

⁸⁷ Großkommentar AktG/*Röhrich*, § 23 Rdnr. 259; *Becker*, NZG 2003, 510, 514.

⁸⁸ So der Vorschlag von *Becker*, NZG 2003, 510, 517; anders *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818 ff.; *Hermanns*, ZIP 2003, 788 ff., 792; *Gerber*, MittBayNot 2002, 307 – die sämtlich eine Prüfungs-kompetenz des Registergerichts verneinen.

⁸⁹ *Kütting/Weber*, Handbuch der Rechnungslegung, 4. Aufl. 1995, § 272 Rdnr. 61; *Adler/Döring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Teil Bd. 5, 6. Aufl. 1997, § 272 Rdnr. 90; vgl. auch LG München, AG 2003, 108.

⁹⁰ Mit ausführlicher Begründung *Becker*, NZG 2003, 510, 516.

⁹¹ *Hüffer*, AktG, § 150 Rdnr. 1.

⁹² *Priester*, FS Lutter, 2000, S. 617, 629; *Maier-Reimer*, FS Bezzenberger, 2000, S. 261; *Mellert*, NZG 2003, 1096, 1098; *Weitnauer*, NZG 2001, 1086; *Hergeth/Eberl*, DStR 2002, 1818 ff.; *Gerber*, MittBayNot 2002, 305.

⁹³ Vgl. nachstehend Ziff. dd) und *Priester*, FS Lutter, 2000, S. 617, 631.

Ausgabebetrag zur Anfechtung durch die vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre berechtigt. Jedenfalls im hier behandelten Bereich von Beteiligungsverträgen wird § 255 Abs. 2 AktG allerdings regelmäßig praktisch nicht relevant sein, da die Altaktionäre im Kapitalerhöhungsbeschluss üblicherweise auf ihr Bezugs- und Anfechtungsrecht verzichten. Auch im Übrigen dürfte § 255 Abs. 2 AktG bei einer Trennung von Ausgabebetrag und schuldrechtlichem Aufgeld nicht berührt sein, soweit der Ausgabebetrag der Aktien zusammen mit der schuldrechtlichen Zuzahlung einen angemessenen Wert der Aktien widerspiegelt. Für die Sacheinlage hat der BGH entschieden, dass nicht nur der festgesetzte Ausgabebetrag zur Ermittlung der Angemessenheit analog § 255 Abs. 2 AktG heranzuziehen ist, sondern darüber hinaus auch ein den Ausgabebetrag übersteigender Wert der Sacheinlage.⁹⁴ Dies gilt aber im gleichen Maße auch für Bareinlagen. Zweck des § 255 Abs. 2 AktG ist es, den Schutz der Altaktionäre vor einer Verwässerung ihrer Beteiligung sicherzustellen. Wenn bei einer Barkapitalerhöhung über den Ausgabebetrag hinaus weitere Leistungen zu erbringen sind, wirkt sich dies aber ebenfalls positiv auf den Wert der Beteiligung der Altaktionäre aus, der Schutzzweck des § 255 Abs. 2 AktG ist damit ebenfalls gewahrt.⁹⁵

dd) Unerwünschte Publizität

Zahlungsverpflichtungen können nach dem Gesagten grundsätzlich sowohl als korporatives Aufgeld im Kapitalerhöhungsbeschluss als auch in einer schuldrechtlichen Nebenabrede als schuldrechtliches Agio festgelegt werden. Das Registergericht ist insoweit berechtigt zu prüfen, ob tatsächlich eine rein schuldrechtliche Zahlungspflicht begründet wurde. Hierzu darf es die der Vereinbarung zugrundeliegenden Dokumente anfordern. Dabei ist es allerdings – entgegen der Auffassung des BayObLG – unerheblich, ob der Aktiengesellschaft ein eigenes Forderungsrecht zusteht, so dass die Praxis einzelner Registergerichte, die eine Versicherung des Vorstands in der Registeranmeldung verlangen, dass ein eigenes Forderungsrecht der Gesellschaft auf Zahlung eines Aufgelds nicht besteht, abzulehnen ist. Soll die allgemein hiermit verbundene unerwünschte Publizität vermieden werden, so sollten zumindest Beteiligungsvertrag (der die entsprechenden Vereinbarungen enthält) und Aktionärsvereinbarungen im Übrigen in getrennten Dokumenten vereinbart werden.⁹⁶

5. Willensbildung der Aktionäre und Verwaltung des Aktienpools

Die Willensbildung innerhalb des Aktienpools findet üblicherweise in vor den Hauptversammlungen der Gesellschaft anberaumten Poolversammlungen statt. Die dabei zu beachtenden Formen und Fristen der Einberufung, Abstimmungsmodalitäten sowie Abschlussmehrheiten sind in die Aktionärsvereinbarung aufzunehmen.⁹⁷

6. Vollmacht zur Stimmrechtsausübung

Um sicherzustellen, dass das Stimmrecht aus den Aktien entsprechend dem Beschluss der Poolversammlung ausgeübt

wird werden häufig Stimmrechtsvollmachten im Poolvertrag vorgesehen. Da eine unwiderrufliche und verdrängende Vollmacht wegen eines Verstoßes gegen das Abspaltungsverbot⁹⁸ nicht erteilt werden kann und damit die Ausübung des Stimmrechts durch den Aktionär auch bei Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht nicht ausgeschlossen ist, muss die Vollmacht durch eine entsprechende Vertragsstrafenregelung ergänzt werden (dazu nachst. unter Ziff. 8).

Formulierungsvorschlag:

§ ... Vollmacht

Die Poolbeteiligten bevollmächtigen hiermit den jeweils von ihnen gewählten Vorsitzenden für die Dauer seiner Amtszeit dazu in sämtlichen Hauptversammlungen der ... AG das Stimmrecht für sämtliche von ihnen gehaltenen Aktien auszuüben. Die Vollmacht erlischt am ... oder durch schriftlichen Widerruf. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und hat das Recht schriftlich Untervollmacht zu erteilen.

Der sicherste Weg besteht auch hier darin, die von der Stimmbindungsvereinbarung betroffenen Aktien in das Gesamtvermögen einer von den an der Aktionärsvereinbarung beteiligten Aktionären gegründeten BGB-Gesellschaft oder vermögensverwaltenden Personenhandels-gesellschaft zu übertragen. In diesem Fall wird das Stimmrecht durch den organ-schaftlichen Vertreter der BGB-Gesellschaft bzw. Personenhandels-gesellschaft wahrgenommen. Eine vertragswidrige Abstimmung durch die Aktionäre scheidet dann aus.⁹⁹

7. Laufzeit

Inwieweit sich im Wege der Auslegung des Vertrages eine bestimmte Vertragsdauer der Aktionärsvereinbarung entnehmen lässt, ist eine Frage des Einzelfalles. Insbesondere bei Poolvereinbarungen von Familiengesellschaften liegt es nahe, davon auszugehen, dass die Dauer der Schutzgemeinschaft derjenigen der Aktiengesellschaft entsprechen soll.¹⁰⁰ Eine vertragliche Regelung über die Laufzeit empfiehlt sich jedenfalls. Die an einer Aktionärsvereinbarung beteiligten Aktionäre wünschen häufig eine dauerhafte, langfristige Bindung. Das jederzeitige Kündigungsrecht des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB wird deshalb entsprechend modifiziert, wobei darauf zu achten ist, dass die Höchstgrenze von 30 Jahren nicht überschritten werden darf.¹⁰¹

Formulierungsvorschlag:¹⁰²

§ ... Laufzeit des Poolvertrages

- (1) Der Poolvertrag gilt zunächst für die Zeit bis zum 31. Dezember ... Er verlängert sich dann jeweils um weitere ... Jahre.
- (2) Vor diesem Zeitpunkt, frühestens zum 31. Dezember ..., kann ein Beteiligter seine Poolbeteiligung aufkündigen, falls bis zu diesem Zeitpunkt die Aktien der Gesellschaft nicht an der Börse eingeführt sein sollten.

⁹⁴ Vgl. BGH, NJW 1978, 1316, 1318.

⁹⁵ So zutr. *Priester*, FS Lutter, 2000, S. 617, 630; *Mellert*, NZG 2003, 1096, 1097; a. A. *Becker*, NZG 2003, 510, 514; insoweit greift auch der von *Hermanns*, ZIP 2003, 788, 790 f. vertretende Ansatz nicht.

⁹⁶ Zu diesem Vorschlag *Sickinge* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 3.

⁹⁷ Vgl. den Formulierungshinweis bei *Hölter* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, S. 871 f.

⁹⁸ *Hüffer*, AktG, § 134 Rdnr. 21.

⁹⁹ Vgl. hierzu auch *Semler* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 38 Rdnr. 45 – dort auch zur Übertragung auf einen Treuhänder.

¹⁰⁰ MünchKommAktG/*Pentz*, § 23 Rdnr. 191 m. w. N.

¹⁰¹ Dazu *Sickinge* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 40.

¹⁰² Dazu *Hölter* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, S. 874.

- (3) Jeder Poolbeteiligte kann mit einer Frist von sechs Monaten seine Mitgliedschaft zu den in Abs. 2 festgesetzten Ablaufterminen aufkündigen. Jeder andere Poolbeteiligte kann sich innerhalb der ersten drei Monate dieser Kündigungsfrist der Kündigung anschließen.
- (4) Die Kündigung ist mit eingeschriebenem Brief an den Vorsitzenden auszusprechen, der unverzüglich die übrigen Poolbeteiligten hierüber informiert.
- (5) Die Poolbeteiligten, die gekündigt haben, scheidern mit Ablauf der Kündigungsfrist zum Ablauftermin aus dem Pool aus.
- (6) Die übrigen Poolbeteiligten setzen den Pool fort.

8. Sanktionen und Schiedsverfahren

Da die Aktionärsvereinbarung nur zu einer schuldrechtlichen Bindung der Vertragsparteien führt, bedarf es zur Absicherung eines vertragskonformen Verhaltens entsprechender Sanktionen. So kann etwa der Verstoß gegen Veräußerungsverbote oder gegen eine entsprechende Stimmbindung mit Schadensersatz und/oder einer Vertragsstrafe belegt werden.¹⁰³

Formulierungsvorschlag:¹⁰⁴

§ ... Schadensersatz/Vertragsstrafe

- (1) Stimmt ein Poolbeteiligter in der Hauptversammlung der Gesellschaft entgegen dem festgelegten Abstimmungsverhalten ab, so unterliegt er unbeschadet eventueller Schadensersatzansprüche insofern einer Vertragsstrafe in Höhe von Euro ...
- (2) Handelt ein Poolbeteiligter nach § ... (Anm.: es geht um die Vorschrift in der die Veräußerung der gebundenen Aktien geregelt ist) dieses Vertrags zuwider, so unterliegt er unbeschadet eventueller Schadensersatzansprüche einer Vertragsstrafe in Höhe eines von einem Dritten für eine etwaige Veräußerung seiner gebundenen Aktien zu zahlenden oder emp-

fangenen Entgelts; anstelle des Entgelts tritt der Börsenkurs zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung, wenn die Aktien börsennotiert sind.

- (3) Handelt ein Poolbeteiligter sonstigen Bestimmungen dieses Vertrages zuwider, so unterliegt er unbeschadet eventueller Schadensersatzansprüche einer Vertragsstrafe in Höhe von Euro ...
- (4) Die Vertragsstrafe fließt den übrigen Poolbeteiligten im Verhältnis ihrer Beteiligung am Pool zu.
- (5) Bei Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des § 8 wird die Vertragsstrafe erlassen, sofern sich der Poolbeteiligte innerhalb eines Monats mit Aktien in Höhe der vertragswidrig veräußerten Stückzahl wieder eindeckt und diese den Bestimmungen dieses Vertrages unterwirft.

Zur Klärung von Streitfragen aus Aktionärsvereinbarungen ist die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens weit verbreitet und hat gegenüber einem ordentlichen Gerichtsverfahren den Vorteil fehlender Öffentlichkeit.

Formulierungsvorschlag:¹⁰⁵

§ ... Schiedsverfahren

- (1) Die Poolbeteiligten werden sich im Fall von Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit diesem Vertrag bemühen, diese einvernehmlich im Interesse aller Beteiligten zu lösen.
- (2) Sollte sich gleichwohl eine solche einvernehmliche Lösung nicht finden lassen, werden derartige Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs durch ein Schiedsgericht gemäß der Schiedsgerichtsordnung der deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) in der jeweils geltenden Fassung entscheiden.
- (3) Schiedsgerichtsstand ist ...

¹⁰³ Dazu *Baumann/Reiß*, ZGR 1989, 157, 185.

¹⁰⁴ *Hölters* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, S. 873 f.; vgl. auch *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 42.

¹⁰⁵ *Sickinger* in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 11 Rdnr. 44.

Hinauskündigungsklauseln in GmbH-Satzungen

– zugleich Besprechung der Urteile des BGH vom 19.9.2005, II ZR 342/03 und II ZR 173/04 –

Von Notarassessor *Markus Sikora*, München

A. Einführung

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH hat am 19.9.2005 unter großem Beifall der Literatur¹ für zwei weitere Fallgruppen entschieden, dass Hinauskündigungsklauseln in GmbH-Satzungen unter bestimmten Voraussetzungen sachlich gerechtfertigt und damit zulässig sind.

Keinen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) sieht der BGH demgemäß in Satzungsbestimmungen oder schuldrechtlichen Vereinbarungen, wonach Manager² oder Mitarbeiter³ einer GmbH als Mitgesellschafter mit der Maßgabe aufgenommen werden, dass sie ihre Beteiligung – zu einem vorher vereinbarten Wert – wieder verlieren, wenn sie aus dem Unternehmen ausscheiden. Der BGH hat dadurch

¹ *Sosnitzer*, DSfR 2006, 99; *Schneider/Wiechers*, DB 2005, 2450; *Böttcher*, NZG 2005, 992; *Balthe/Grünberg*, GmbHR 2006, 225; zum Ganzen ferner *Gehrlein*, BB 2005, 2433; teilweise kritisch aber *Drinkuth*, NJW 2006, 410; zu steuerlichen Fragen schließlich *Zimmermann*, GmbHR 2006, 231.

² BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, MittBayNot 2006, 344 (in diesem Heft) „Managermodell“.

³ BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, MittBayNot 2006, 347 (in diesem Heft, nur Leitsatz) „Mitarbeitermodell“.

„in begrüßenswerter Klarheit und Deutlichkeit“⁴ die Unsicherheiten beseitigt, die zuvor zwei sich widersprechende OLG-Entscheidungen in der Beratungspraxis erzeugt hatten.⁵ Die Urteile vom 19.9.2005 reihen sich zudem in eine Serie jüngerer BGH-Entscheidungen ein, in denen jeweils Ausnahmen von dem von der Rechtsprechung seit 1977⁶ wiederholt formulierten Verbot, freie Hinauskündigungsklauseln in Gesellschaftsverträgen zu vereinbaren, anerkannt wurden.⁷

B. Die Rechtsprechung des BGH zu den sog. Hinauskündigungsklauseln

I. Grundsätze der BGH-Rechtsprechung

Es ist allgemein anerkannt, dass ein Mitgesellschafter ausgeschlossen werden kann, wenn in seiner Person oder seinem Verhalten ein „wichtiger Grund“ eingetreten ist.⁸

1. Hinauskündigungsklauseln

Umstritten war und ist dagegen, ob wirksam ein Ausschluss auch ohne besonderen Grund, also nach freiem Belieben der übrigen Gesellschafter, vereinbart werden kann. Derartige „Hinauskündigungsklauseln“, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, lehnt der BGH bisher in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) ab.⁹ Er begründet dies im Kern damit, dass die freie Ausschließungsmöglichkeit von dem betroffenen Gesellschafter als „Disziplinierungsmittel empfunden werden [kann], das ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen“.¹⁰ Über dem vom Ausschluss bedrohten Gesellschafter schwebt ständig das „Damoklesschwert der Hinauskündigung“.¹¹ Nur soweit eine Hinauskündigungsklausel wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt sei, verstoße sie nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB. Diese Grundsätze, denen der BGH seit 1977 folgt, hat er in den beiden Urteilen vom 19.9.2005 bestätigt.¹²

⁴ *Schneider/Wiechers*, DB 2005, 2450.

⁵ OLG Frankfurt/Main, MittBayNot 2005, 57, hat das sog. Managermodell wegen eines Verstoßes gegen § 138 BGB für unzulässig erklärt; OLG Düsseldorf, MittBayNot 2005, 147 (Ls.) = DB 2004, 2575 = ZIP 2004, 1804, hat keinen Verstoß gegen § 138 BGB erkennen können.

⁶ Das BGH-Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, brachte insoweit eine Wende, als der BGH bis dahin der Linie des Reichsgerichts folgte und die Hinauskündigung von Mitgesellschaftern für zulässig erachtete, soweit gesellschaftsvertraglich entsprechende Vereinbarungen getroffen waren; vgl. hierzu *Sikora*, JA 2005, 816, 818 f. und *Gehrlein*, NJW 2005, 1969, 1970 f.

⁷ Hierzu näher unter B. III.

⁸ Für die Personengesellschaften ergibt sich dies unmittelbar aus § 737 Satz 1 BGB, §§ 140, 133, 161 Abs. 2 HGB; im GmbHG fehlt zwar eine entsprechende Regelung; gleichwohl ist ein vergleichbares Ausschlussrecht auch hier allgemein anerkannt; hierzu *Sikora*, JA 2005, 816 m. w. N.

⁹ Vgl. etwa BGHZ 81, 263, 266 ff.; BGHZ 105, 213, 216 = DNotZ 1989, 512; BGHZ 112, 103, 107 f. = DNotZ 1991, 917; BGH, DNotZ 2005, 792.

¹⁰ BGH, MittBayNot 2006, 344, 345.

¹¹ Hierzu BGHZ 81, 263, 266 = NJW 1981, 2565; das Damoklesschwertargument geht zurück auf *Schilling*, ZGR 1979, 419, 426.

¹² BGH, MittBayNot 2006, 344 und BGH, MittBayNot 2006, 347.

2. Vereinbarungen über die Abfindung

Wer – gleich aus welchem Grund – aus einer Gesellschaft ausscheidet, hat grundsätzlich einen Anspruch auf Abfindung in Höhe des Verkehrswerts seiner Beteiligung.¹³ Auch dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. In der Praxis besteht nämlich regelmäßig ein Bedürfnis, den Abfindungsanspruch der Höhe nach zu begrenzen, um die verbleibenden Gesellschafter vor einem allzu hohen Kapitalabfluss zu schützen sowie die Liquidität und das Vermögen der Gesellschaft zu schonen. Der damit verbundene Wertzuwachs der Beteiligung der verbleibenden Gesellschafter, den diese allein durch die Fortsetzung der Gesellschaft erzielen, wird hierbei bewusst in Kauf genommen. Auch der BGH sieht sich erst dann zum Eingreifen in die Satzungsautonomie veranlasst, wenn „von vornherein ein grobes Missverhältnis zu dem wahren Wert der Gesellschaftsbeteiligung“¹⁴ besteht. Hierauf hat er auch in seinen beiden Entscheidungen vom 19.9.2005 erneut hingewiesen.

3. Hinauskündigungsklauseln in Kombination mit Abfindungsbeschränkungen

Die Frage, ob Abfindungsbeschränkungen zulässig sind, spitzt sich in den Fällen zu, in denen sie mit einer Hinauskündigungsklausel zusammentreffen. Selbst wenn man jede Bestimmung für sich genommen noch als zulässig ansieht, legt zumindest ihre Kombination ein Sittenwidrigkeitsurteil nahe.¹⁵ Bei einem Ausschluss ohne sachlichen Grund hat der BGH daher eine Abfindung zum Buchwert regelmäßig als sittenwidrig angesehen.¹⁶ Andernfalls bestehe die Verlockung, das Ausschlussrecht aus sachfremden Erwägungen auszuüben. Soweit jedoch besondere Gründe im Einzelfall vorlägen, seien Ausnahmen denkbar.¹⁷

II. Die BGH-Urteile vom 19.9.2005

Den beiden neuen BGH-Urteilen lagen vergleichbare Sachverhalte und sich widersprechende Entscheidungen des OLG Frankfurt/Main¹⁸ und des OLG Düsseldorf¹⁹ zugrunde.

1. BGH, II ZR 173/04 – „Managermodell“

a) Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war ein als „Managermodell“ bezeichnetes Personalführungskonzept eines Einzelhandelskonzerns. Unter dem Dach einer Holding betreibt dieser eine Vielzahl von Niederlassungen jeweils in der Rechtsform der GmbH. Das operative Geschäft leitet ein „Vor-Ort-Geschäftsführer“, administrative Aufgaben erledigt jeweils ein zweiter Geschäftsführer vom Sitz der Holding aus. Um die Motivation des Vor-Ort-Geschäftsführers zu stärken und seine Bindung an das Unternehmen zu erhöhen, wird ihm eine Minderheitsbeteiligung an der von ihm geführten GmbH eingeräumt.

¹³ BGHZ 9, 157, 168; BGHZ 16, 317, 322; BGH, DNotZ 2002, 305, 306.

¹⁴ BGHZ 116, 259, 375 f.; BGH, ZIP 1989, 770, 771 f. = DNotZ 1991, 906.

¹⁵ *Sikora*, JA 2005, 816, 820.

¹⁶ BGH, BB 1978, 1333 f.; vgl. auch *Huber*, ZGR 1980, 182 ff. zur Entwicklung der Rechtsprechung.

¹⁷ Der BGH nennt etwa die Art des Anteilerwerbs (z. B. durch Schenkung), die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und die Fähigkeiten des auszuschließenden Gesellschafters als maßgebliche Gesichtspunkte; vgl. hierzu BGH, BB 1978, 1333, 1334; siehe ferner *Schilling*, ZGR 1979, 426, 429.

¹⁸ MittBayNot 2005, 57.

¹⁹ MittBayNot 2005, 147 (Ls.) = DB 2004, 2575 = ZIP 2004, 1804.

Mehrheitsgesellschafterin ist die Holding. Der Geschäftsführer erhält seine Beteiligung zum Nominalwert und nimmt am Gewinn der GmbH teil. Im Gegenzug verpflichtet er sich, als Gesellschafter auszuschneiden, wenn seine Geschäftsführerstellung endet. Hierzu gibt der Geschäftsführer zusammen mit dem Erwerb seiner Beteiligung ein notariell beurkundetes Angebot zum Rückkauf und zur Rückübertragung seiner Beteiligung ab, das die Holding innerhalb von zwei Monaten ab der Abberufung des Geschäftsführers und/oder der Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags annehmen kann.

b) Entscheidungsgründe

Der BGH weist zunächst auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach Hinauskündigungsklauseln und schuldrechtliche Vereinbarungen, die diesen wirtschaftlich entsprechen, grundsätzlich gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen. Gleich im Anschluss erwähnt er jedoch die stattliche Zahl bisher von ihm anerkannter Ausnahmen, um sodann festzustellen, auch die im Rahmen eines „Managermodells“ vereinbarte Rückkauf- und Rückabtretungsvereinbarung sei sachlich gerechtfertigt. Er begründet dies im Wesentlichen wie folgt: Der Geschäftsführer werde vor allem deshalb an der Gesellschaft beteiligt, um seine Stellung als „geschäftsführender Gesellschafter“ innerhalb des Betriebs und nach außen aufzuwerten. Zudem sei er – bei geringem eigenem Risiko – am Gewinn beteiligt, der seinen erfolgreichen Einsatz belohne. Dadurch beschere das Modell dem Betroffenen nicht selten Einnahmen, die das eigentliche Geschäftsführergehalt überstiegen. Entscheidend sei jedoch, dass die Gesellschafterstellung letztlich nur einen Annex zur Organstellung als Geschäftsführer darstelle. Seine Organstellung könne dem Betroffenen nach der gesetzlichen Regelung des § 38 Abs. 1 GmbHG ohnehin jederzeit auf Verlangen der Gesellschaftermehrheit entzogen werden. Die damit verbundene Folge, dass er auch seine Gesellschafterstellung verliere, falle dann nicht mehr entscheidend ins Gewicht. Mit anderen Worten: Als Fremdorgan der Gesellschaft ist der Geschäftsführer stets vom Wohlwollen der Mehrheit in der Gesellschafterversammlung abhängig. Die Hinauskündigungsklausel übt also keinen zusätzlichen und somit keinen unangemessenen Druck auf ihn aus. Um Managermodelle auf Dauer fortzuführen, ist schließlich der Entzug der Gesellschafterstellung unvermeidlich. Nur so kann der Nachfolger im Amt des Geschäftsführers in gleicher Weise am Unternehmen beteiligt werden. Gerade dies rechtfertigt es in den Augen des BGH, die als Rückkaufpreis bezeichnete Abfindung der Höhe nach zu begrenzen. Sogar eine Beschränkung auf die Höhe des beim Erwerb durch den Betroffenen selbst aufgebrachten Entgelts hätte der BGH noch zugelassen.

2. BGH, II ZR 342/03 – „Mitarbeitermodell“

a) Sachverhalt

Der Entscheidung lag ein als „Mitarbeitermodell“ bezeichnetes Konzept zugrunde, wonach Arbeitnehmern Geschäftsanteile der sie beschäftigenden GmbH im Nominalwert von 2.000 DM gegen Zahlung eines entsprechenden Betrags übertragen wurden. Zudem wurden ihnen teilweise im Zuge späterer Kapitalerhöhungen weitere Geschäftsanteile unentgeltlich überlassen. Die Arbeitnehmer erklärten sich dazu bereit, ihre auf diese Weise erworbenen Anteile zurückzuübertragen, sobald sie nicht mehr im Dienste der GmbH stehen. Hierzu gaben sie entsprechende aufschiebend bedingte Angebote ab. Die Höhe der Abfindung war jeweils auf den Betrag beschränkt, den sie für den Erwerb der Anteile selbst geleistet hatten. Dieses Verfahren wurde durch entsprechende Satzungsbestimmungen untermauert.

b) Entscheidungsgründe

Der BGH überprüft die Zulässigkeit des Mitarbeitermodells wiederum zunächst an seiner Rechtsprechung zu den Hinauskündigungsklauseln (§ 138 Abs. 1 BGB). Anders als beim Managermodell wendet er sich jedoch von vornherein gegen eine freie Hinauskündigungsmöglichkeit. Er begründet dies mit § 1 KSchG, der seinerseits einen arbeitsrechtlichen sachlichen, die Kündigung rechtfertigenden Grund, fordert. Man mag eine derartige Differenzierung für zweifelhaft halten.²⁰ Entscheidend ist, dass der BGH im Ergebnis – wie im Managermodell – die Beteiligung lediglich als Annex zu einem anderen Rechtsverhältnis – in diesem Fall zur Mitarbeiterstellung – ansieht. Er verlagert damit die Prüfung, ob die Kündigung zulässig ist, auf die Arbeitsgerichte und beschränkt sich darauf, die Beendigung der Gesellschafterstellung an eine wirksame Kündigung zu knüpfen. Unerheblich bleibt, ob diese im Sinne von § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist, solange sie wegen Zahlung einer Abfindung gemäß § 1 a KSchG oder wegen Versäumung der Klagefrist des § 4 KSchG rechtswirksam ist (§ 7 KSchG). Ähnlich wie beim Managermodell betont der BGH, dass eine Beschränkung der Höhe der (gesellschaftsrechtlichen) Abfindung nicht nur zulässig, sondern sogar geboten ist, um das Mitarbeitermodell auf Dauer in einem Unternehmen zu etablieren. Andernfalls komme nämlich nur die erste Generation von Mitarbeitern in den Genuss der Vorteile dieser Vertragsgestaltung, denn mit deren Ausscheiden gegen eine Abfindung zum Verkehrswert wäre die finanzielle Grundlage für die weitere Durchführung des Konzepts zerstört. Daher könne eine Abfindung sogar vollständig ausgeschlossen werden, wenn die Überlassung des Geschäftsanteils unentgeltlich erfolgt sei.

III. Weitere BGH-Entscheidungen

In beiden Urteilen vom 19.9.2005 verweist der BGH ausdrücklich auf frühere Entscheidungen, in denen er Hinauskündigungsklauseln oder vergleichbare schuldrechtliche Regelungen wegen besonderer Umstände als sachlich gerechtfertigt angesehen hat, z. B. dann, wenn der ausschließungsberechtigte Gesellschafter mit Rücksicht auf die enge persönliche Beziehung zu seiner Mitgesellschafterin die volle Finanzierung der Gesellschaft übernommen und der Partnerin eine Mehrheitsbeteiligung und die Geschäftsführung einräumt hat.²¹ Gleiches gilt, wenn eine Praxisgemeinschaft von Ärzten einen neuen Gesellschafter aufnimmt und sich dabei – zeitlich begrenzt – die Prüfungsmöglichkeit vorbehalten will, ob er sich in die Gemeinschaft einfügt²² oder wenn die Gesellschaftsbeteiligung nur als Annex zu einem Kooperationsvertrag der Gesellschafter anzusehen ist und sichergestellt werden soll, dass der Gesellschaft nur die Partner des Kooperationsvertrags angehören.²³ Schließlich ist eine Satzungsbestimmung zulässig, nach der in einer GmbH, in der alle Gesellschafter persönlich mitarbeiten, ein Geschäftsanteil eingezogen werden kann, wenn der betreffende Gesellschafter nicht mehr in dem Gesellschaftsunternehmen tätig ist.²⁴

IV. Fazit

Den Entscheidungen vom 19.9.2005 ist zuzustimmen. Für die notarielle Praxis schaffen sie Gestaltungssicherheit²⁵ bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Hinauskündi-

²⁰ Ebenso zweifelnd *Gehrlein*, BB 2005, 2433, 2434.

²¹ BGHZ 112, 103 = DNotZ 1991, 917.

²² BGH, ZIP 2004, 903.

²³ BGH, MittBayNot 2006, 59.

²⁴ BGH, WM 1983, 956.

²⁵ Zurückhaltender aber *Reymann*, DNotZ 2006, 106, 121.

gungsklauseln – ggf. in Kombination mit einer Abfindungsbeschränkung – rechtswirksam vereinbart werden können. Keine Bedenken bestehen demgemäß (mehr) gegen Gestaltungen, bei denen die Einräumung einer Gesellschafterstellung auf einem weiteren Rechtsverhältnis beruht und dieses nachträglich untergeht.²⁶ Die Gesellschafterstellung ist in diesen Fällen lediglich als Annex zu einem übergeordneten Rechtsverhältnis zu begreifen. Ist jedoch dieses – wie etwa gemäß § 38 Abs. 1 GmbH die Organstellung als Geschäftsführer – jederzeit frei widerruflich, muss der betreffende Gesellschafter auch den Verlust seiner Beteiligung hinnehmen, und zwar möglicherweise sogar unter Wert. Jedenfalls solange hierdurch ein einheitliches Unternehmenskonzept verfolgt wird, bestehen keine Bedenken.

Sieht man die beiden neuen Urteile als vorläufige Schlusssteine einer Serie jüngerer BGH-Entscheidungen, in den jeweils Hinauskündigungsklauseln als sachlich gerechtfertigt angesehen wurden, so erscheint die Anerkennung eines Ausschlußrechts nach freiem Belieben inzwischen eher als Regel denn als Ausnahme.²⁷ Der BGH lehnt zwar auch weiterhin die von *Flume* entwickelte Figur des „Gesellschafter minderen Rechts“²⁸ unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ab. Danach muss seine freie Ausschließbarkeit hinnehmen, wer sich bei seiner Aufnahme in den Kreis der Gesellschafter dem Willen der Gesellschaftermehrheit freiwillig unterworfen hat. Im Ergebnis kommt die BGH-Rechtsprechung dieser Auffassung jedoch inzwischen sehr nahe.

C. Folgerungen für die Praxis

Die notarielle Praxis sieht sich mit der BGH-Rechtsprechung zu den Hinauskündigungsklauseln regelmäßig in zwei Fallgestaltungen konfrontiert, nämlich entweder bei der Formulierung entsprechender Satzungsbestimmungen oder bei Geschäftsanteilsabtretungen. Dabei ist der Blick des Vertragsgestalters nicht nur auf die Hinauskündigungsklausel selbst, sondern regelmäßig auch auf die Höhe der Abfindung zu richten.

I. Allgemeine Hinweise

Vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung sollte auch künftig der Ausschluss eines Gesellschafters nicht ohne weiteres in das freie Belieben anderer Gesellschafter gestellt werden. Nach den beiden neuen Urteilen müssen wir bis auf weiteres die grundsätzliche Unzulässigkeit freier Hinauskündigungsklauseln als „gesicherten Bestand des Gesellschaftsrechts“²⁹ hinnehmen. Zwar braucht der sachliche Grund nicht unmittelbar aus der Satzung oder einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung hervorgehen. Es genügt vielmehr, wenn er im Zeitpunkt des Ausschlusses tatsächlich vorliegt. Eine rechtssichere und ausgewogene Vertragsgestaltung gebietet es jedoch, die Voraussetzungen eines Ausschlusses bereits im Vorfeld zu formulieren.³⁰

Wichtig ist, dass der sachliche Grund für einen Ausschluss nicht die Qualität eines wichtigen Grundes haben muss.³¹ Das Ausschlussrecht braucht also nicht davon abzuhängen, dass die weitere Beteiligung des betreffenden Gesellschafters für die verbandstreuen Gesellschafter unzumutbar ist. Für eine

sachliche Rechtfertigung genügt es, wie die Urteile vom 19.9.2005 bestätigen, wenn bereits die Beteiligung des auszuschließenden Gesellschafters unter gewissen Vorzeichen erfolgte, insbesondere die Gesellschafterstellung gleichsam als Annex an die Stellung als Geschäftsführer oder Mitarbeiter geknüpft ist. Dies bedeutet etwa für das Mitarbeitermodell, dass die Rahmenbedingungen der eingeräumten Beteiligung transparent und nachvollziehbar sein sollten. Gleiches gilt für die Höhe der Abfindung. Wenn demgemäß die notarielle Urkunde u. a. widerspiegelt, welcher Betrag für die Beteiligung zu zahlen war und dass die Abfindungsbeschränkung zudem die Fortsetzung des Unternehmenskonzeptes ermöglichen soll, bestehen nach der Rechtsprechung des BGH keine Bedenken. In jedem Fall sollten die einer Hinauskündigungsklausel bzw. Rückübertragungspflicht zugrundeliegenden Erwägungen hinreichend dokumentiert werden.³²

II. Formulierungsvorschlag

Der folgende Formulierungsvorschlag soll die BGH-Entscheidung zum Managermodell zunächst in eine entsprechende Satzungsbestimmung umsetzen. Er enthält im Anschluss eine Formulierung für die Übertragung des Geschäftsanteils. Rechtstechnisch wird die Hinauskündigung dabei durch die Einziehung des betreffenden Geschäftsanteils gemäß § 34 GmbHG verwirklicht. Dasselbe kann auch durch entsprechende Rückübertragungspflichten erreicht werden.

1. Satzungsbestimmung

§ 9 – Beteiligung von Geschäftsführern als Gesellschafter

Soweit ein Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist und mit ihm bei Einräumung seiner Beteiligung an der Gesellschaft vereinbart wurde, dass diese nur wegen und für die Dauer seiner Geschäftsführerstellung erfolgen soll, gilt Folgendes:

1. Die Einziehung seines Geschäftsanteils ist über die in § XXX genannten Fälle hinaus auch dann ohne seine Zustimmung zulässig, wenn er, gleich aus welchem Grund, als Geschäftsführer ausscheidet.
2. Die Abfindung bemisst sich nach § XXX. Abweichend hiervon ist sie jedoch auf den XXX-fachen Nominalwert des Geschäftsanteils beschränkt.

2. Abtretungsvereinbarung

Der Erwerber ist/wird Geschäftsführer der GmbH. Die in Abschnitt XXX vereinbarte Abtretung des Geschäftsanteils erfolgt ausschließlich zu dem Zweck, den Erwerber wegen seiner Stellung als Geschäftsführer und für deren Dauer als Gesellschafter gemäß § 9 der Satzung an der GmbH zu beteiligen. Die Beteiligten vereinbaren hierzu:

1. Die Einziehung seines Geschäftsanteils ist über die in § XXX der Satzung genannten Fälle hinaus auch dann ohne seine Zustimmung zulässig, wenn er, gleich aus welchem Grund, als Geschäftsführer ausscheidet.
2. Die Abfindung bemisst sich nach § XXX der Satzung. Abweichend hiervon ist sie jedoch auf den XXX-fachen Nominalwert des Geschäftsanteils beschränkt.

Der Notar hat insbesondere über Folgendes belehrt:

Die Bestellung zum Geschäftsführer kann gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit widerrufen werden. Ein Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer kann auch die Einziehung des vom Erwerber heute erworbenen Geschäftsanteils zur Folge haben. Seine Abfindung erfolgt dann möglicherweise nicht zum Verkehrswert oder zu dem für das Ausscheiden anderer Gesellschafter maßgeblichen Wert. Die Abfindung ist vielmehr auf den XXX-fachen Nominalwert des Geschäftsanteils beschränkt.

²⁶ Vgl. *Gehrlein*, BB 2005, 2433, 2434.

²⁷ In diesem Sinne auch *Böttcher* NZG 2005, 992, 995.

²⁸ *Flume*, Allg. Teil des BGB, Die Personengesellschaft, 1977, S. 137–139 und *Flume*, NJW 1979, 902.

²⁹ *Gehrlein*, BB 2005, 2433.

³⁰ In diesem Sinne auch *Schneider/Wiechers*, DB 2005, 2450, 2451.

³¹ Zur Unterscheidung *Gehrlein*, NJW 2005, 1969, 1970.

³² *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 412.

Erbrecht und Verfassung

– Verfassungsrechtliche Fragen im Erbrecht und deren Auswirkung auf die erbrechtliche Beratungspraxis –¹

Von Notarassessor Dr. Simon Weiler, München

I. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Erbrechts

1. Einführung

„Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet.“ So formuliert Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG die verfassungsrechtliche Garantie des Erbrechts. Satz 2 der Vorschrift konkretisiert diese Regelung dahingehend, dass Inhalt und Schranken dieses Grundrechts durch die Gesetze bestimmt werden. Dass diese hohen Sphären der Verfassung im Berufsalltag des Kautelarjuristen nur scheinbar eine untergeordnete Rolle spielen, zeigen nicht zuletzt einige höchstrichterliche Entscheidungen, die in jüngster Zeit gefällt wurden. Aufgabe dieses Beitrags soll es daher sein, die Rolle der Verfassung im Hinblick auf die erbrechtliche Beratungspraxis anhand einiger aktueller und historischer Rechtsprechungsbeispiele etwas näher zu beleuchten. Dabei sollen zunächst einige wichtige dogmatische Grundlagen in Erinnerung gerufen werden.

2. Art. 14 Abs. 1 GG als Individualgrundrecht und Institutsgarantie

Zum einen beinhaltet Art. 14 Abs. 1 GG ein *subjektives Grundrecht*, das die Freiheit des Vererbens, also die Testierfreiheit des Erblassers gewährleistet. Dieser Freiheit entspricht auf der anderen Seite das Recht des Erben auf Gesamtrechtsnachfolge. Verfügungsrecht des Erblassers einerseits und unentziehbare Nachlassteilhabe des Erben andererseits sind sozusagen zwei Seiten ein und derselben Medaille.² Art. 14 Abs. 1 GG enthält darüber hinaus aber auch eine *Institutsgarantie*, die das Privaterbrecht als objektiv-rechtliche Einrichtung schützt. Insofern gewährleistet das Grundgesetz das Privaterbrecht mit seinen tragenden Grundprinzipien.³

3. Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG

Nach dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 GG wird das Erbrecht ebenso wie das Eigentum umfassend gewährleistet. Es ist dabei ausdrücklich dem parlamentarischen Gesetzgeber überlassen, Inhalt und Schranken des Erbrechts einfachgesetzlich auszugestalten.⁴ Allerdings unterliegt er dabei bestimmten

Grenzen, den sog. Schranken-Schranken. So hat er in erster Linie die *Wesensgehaltsgarantie* des Art. 19 Abs. 2 GG zu beachten.⁵ Die erbrechtliche Institutsgarantie gewährleistet also nicht nur irgendeine Nachlassverteilung, sondern vermittelt inhaltliche Grundaussagen einer verfassungsrechtlich verbürgten Verteilung des Nachlasses. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Erbrechts diesen grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung zu wahren, indem er die traditionellen Kernelemente des deutschen Erbrechts beachtet.⁶ Dabei sind auch die grundgesetzlichen Gewährleistungen anderer Privatrechtsinstitute in die Erwägungen mit einzubeziehen, und zwar vor allem die Institutsgewährleistungen des Privateigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) und der Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Die wertordnungsmäßigen und funktionalen Verknüpfungen jener Einrichtungsgarantien mit der Erbrechtsgewährleistung prägen somit erbrechtliche Grundstrukturen, die nicht zur Disposition der einfachen Gesetzgebung stehen. Dies sind im Wesentlichen die Testierfreiheit und das Verwandtenerbrecht als Kernelemente des deutschen Erbrechts.⁷

Darüber hinaus wird die Gestaltungsfreiheit der Legislative im Hinblick auf Inhalts- und Schrankenbestimmungen vor allem durch das *Übermaßverbot* und durch *sonstiges objektives Verfassungsrecht* begrenzt.⁸ Von Elementen des Erbrechts, die Bestandteil der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, darf der Gesetzgeber folglich nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen.⁹ Daneben sind der gesetzgeberischen Gestaltung des Erbrechts durch konkurrierende Grundrechte wie z. B. dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Grenzen gesetzt. Eine Regelung, die bestimmte Personen erbrechtlich benachteiligt, ist demnach nur zulässig, wenn sie von sachlichen Gründen getragen wird.¹⁰

4. Immanente Schranken der Testierfreiheit

Neben den einfachgesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen unterliegt die Testierfreiheit auch sog. immanenten Schranken. Insofern ist insbesondere zu prüfen, inwieweit andere kollidierende Grundrechte die Erbrechtsgarantie be-

¹ Überarbeitete und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Festvortrags, den der Verfasser anlässlich der Jahresversammlung der bayerischen Notarassessoren am 24.2.2006 in München gehalten hat.

² Zum Ganzen *Maunz/Dürig/Papier*, Grundgesetz, Stand August 2005, Art. 14 Rdnr. 297; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2004, Art. 14 Rdnr. 90 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 25 ff.; *Brox*, Erbrecht, 20. Aufl. 2003, Rdnr. 27.

³ Siehe hierzu nur BVerfGE 19, 202, 206; 44, 1, 17; 67, 329, 340; 97, 1, 6. Unter Erbrecht versteht das Grundgesetz also nicht nur die individuellen Berechtigungen des Vererbens und des Erbens, sondern auch den einfachgesetzlichen Normenkomplex, der sich mit der Rechtsnachfolge aus Anlass des Todes einer Person befasst. Vgl. *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rdnr. 299.

⁴ Der Gesetzesvorbehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gilt auch für das Erbrecht, vgl. BVerfGE 67, 329, 340. Zum Ganzen *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 95 f.

⁵ Zweck dieser Regelung ist der Schutz der Grundrechte gegen Aushöhlungen. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 GG gilt die Wesensgehaltsgarantie i. Ü. auch im Rahmen derjenigen Grundrechte, die wie z. B. Art. 14 GG keinem grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalt unterliegen, sondern unbeschränkt gelten. Vgl. hierzu *Maunz/Dürig/Maunz*, Art. 19 Rdnr. 2, 22.

⁶ Vgl. z. B. BVerfGE 91, 346, 358.

⁷ Eine der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG Rechnung tragende Erbrechtsordnung muss also von diesem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Kompromiss zwischen individueller Testierfreiheit einerseits und Familienerbrecht andererseits geprägt sein. Siehe zum Ganzen *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rdnr. 299 f.

⁸ *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rdnr. 315 ff. und 326. Siehe auch *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 96.

⁹ BVerfGE 91, 346, 360; BVerfG, NJW 1998, 2964.

¹⁰ Vgl. *Brox*, Erbrecht, Rdnr. 27. Letztlich erfolgt auch hier eine Güterabwägung unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit.

schränken. Dabei ist im Wege der sog. praktischen Konkordanz eine Abwägung des Schutzgehalts der auf beiden Seiten betroffenen Grundrechte unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorzunehmen.¹¹ Ziel dabei ist es, die kollidierenden Grundrechtspositionen in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.¹² In diesem Kontext ist zu beachten, dass die Grundrechte bekanntermaßen in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind und nach ganz h. M. im Verhältnis von Privaten untereinander keine unmittelbare Wirkung entfalten.¹³ Allerdings verschaffen die Grundrechte als Verkörperung einer objektiven Wertordnung den Grundrechtsinteressen Dritter im Privatverkehrsverkehr im Wege der sog. mittelbaren Drittwirkung Geltung, indem sie die Legislative bei der Auslegung der wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des bürgerlichen Rechts binden, d. h. insbesondere §§ 138 und 242 BGB.¹⁴

Für den Bereich des Erbrechts besonders relevant ist dabei die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, und zwar vor allem in Form der sog. Umstandssittenwidrigkeit, die sich aus einer zusammenfassenden Würdigung des Inhalts der Verfügung von Todes wegen, der Beweggründe der Beteiligten und der von ihnen verfolgten Zwecke ergibt.¹⁵ Danach ist die Sittenwidrigkeit einer Verfügung anzunehmen, wenn der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.¹⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Erblasser durch moralische Pflichten beschränkt ist. So ist er aufgrund der Testierfreiheit grundsätzlich nicht gehindert, Angehörige zurückzusetzen oder diskriminierende Verfügungen zu treffen, indem er z. B. männliche Abkömmlinge bevorzugt.¹⁷

¹¹ Vgl. BVerfGE 96, 375, 399.

¹² Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

¹³ Vgl. nur BVerfGE 7, 198, 211 ff. – „Lüth“; 34, 269, 279 f.; BGHZ 109, 313, 324 f.

¹⁴ Indem diese Normen auf die guten Sitten, die Verkehrssitte und Treu und Glauben verweisen, verlangen sie von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von der Verfassung bestimmt werden. Vgl. zum Ganzen BVerfGE 7, 198, 206 f. – „Lüth“; 42, 143, 148 – „Deutschland-Magazin“; 89, 214, 229 f. – „Bürgerschaft“; MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138 Rdnr. 20 ff. Zur mittelbaren Drittwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention und den hierzu ergangenen Zusatzprotokollen vgl. *Staudinger*, ZEV 2005, 140.

¹⁵ Vgl. BGH, DNotZ 1956, 414, 418; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 138 Rdnr. 8. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist dabei nach Ansicht der Rspr. die Zeit der Errichtung der Verfügung, wohingegen die h. Lit. den Zeitpunkt des Erbfalls als maßgeblich erachtet. Nach *Horsch*, Rpfleger 2005, 285, 290, soll jedenfalls für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung (dazu näher unten, Ziff. III.1) der gesamte Zeitraum zwischen der Errichtung der letztwilligen Verfügung und dem Eintritt des Erbfalls zu berücksichtigen sein. Zum Ganzen auch Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 4, Rdnr. 68 m. w. N.

¹⁶ Vgl. zu dieser Formel schon Motive z. Entw. BGB, Bd. II, S. 727; RGZ 80, 219, 221; BGHZ 10, 228, 232; 20, 71, 74; 52, 17.

¹⁷ Vgl. aus Rspr. und Lit. z. B. BVerfGE 67, 329, 345; BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563 – „Pflichtteil“; BGHZ 70, 313, 324 ff.; Bay-ObLG, NJW 1987, 910; *Brox*, Erbrecht, Rdnr. 262; *Leipold*, Erbrecht, 15. Aufl. 2004, Rdnr. 243. Diskriminierungen der gesetzlichen Erben zum Beispiel aus rassistischen oder religiösen Gründen können im Lichte des mit der Testierfreiheit kollidierenden Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 GG jedoch u. U. sittenwidrig und daher gemäß § 138 BGB nichtig sein. Näher hierzu *Nieder*, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 257 m. w. N.

II. Verfassungsrechtliche Prüfung einzelner Inhalts- und Schrankenbestimmungen

1. Regelungen des BGB

a) Allgemeines

Die praktisch bedeutsamsten Inhalts- und Schrankenbestimmungen finden sich in den einfachgesetzlichen Regelungen des BGB zum Erbrecht (§§ 1922 ff. BGB). Hierzu zählen beispielsweise die Regelungen zur gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB), die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen (§§ 2231 ff., 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder das Verbot der Entscheidungsverlagerung auf Dritte (§ 2065 BGB)¹⁸. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch der erbrechtliche Typenzwang, d. h. die inhaltlichen Vorgaben, die der Gesetzgeber dem Erblasser macht, indem er dessen Regelungsmöglichkeiten auf den im Gesetz festgeschriebenen Numerus clausus an Verfügungen beschränkt.¹⁹

Im Folgenden sollen nun beispielhaft eine historische und eine aktuelle Inhalts- und Schrankenbestimmung des BGB vorgestellt werden, deren Verfassungsmäßigkeit kontrovers diskutiert wurde bzw. wird.

b) Einschränkung des Erbrechts nichtehelicher Kinder (BVerfG, NJW 1969, 597)

Ein Paradebeispiel für eine verfassungswidrige Inhalts- und Schrankenbestimmung des BGB stellten die bis 1970 geltenden Regelungen dar, die eine Erbberechtigung nichtehelicher Kinder nach deren Vater verneinten. In der ursprünglichen Fassung des BGB war das nichteheliche Kind nämlich nur mit der Mutter und deren Verwandten verwandt,²⁰ dagegen schloss eine gesetzliche Fiktion²¹ die Verwandtschaft zwischen dem Kind und seinem Vater sowie dessen Familie aus. Demgemäß stand dem Kind ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht nur gegenüber der Mutter und den mütterlichen Verwandten zu.

Diese Regelungen verstießen jedoch gegen Art. 6 Abs. 5 GG, der anordnet, dass den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen sind wie den ehelichen Kindern.²² Die Norm ist damit Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung und gewährt ein Grundrecht, das als eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes anzusehen ist.²³ Dem wurde 1970 mit einer Reform des Nichtehelichenrechts Rechnung getragen, die dem Gesetzgeber nach einer

¹⁸ Näher hierzu z. B. *Langenfeld*, Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 185.

¹⁹ Siehe *Nieder*, Handbuch der Testamentgestaltung, Rdnr. 275. So besteht z. B. keine Möglichkeit, jemandem auf dem Erbrechtsweg einen einzelnen Gegenstand mit unmittelbarer dinglicher Wirkung zuzuweisen. Als Gestaltungsmöglichkeit verbleibt nur eine schuldrechtliche Zuweisung über Vermächtnis, Auflage oder Erbeinsetzung mit Teilungsanordnung, vgl. Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 4, Rdnr. 74.

²⁰ § 1705 BGB a. F.

²¹ § 1589 Abs. 2 BGB a. F.: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.“

²² Die Vorschrift enthält einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber, dessen Erfüllung nicht in seinem freien Belieben steht. Vgl. z. B. BVerfGE 8, 210, 216; 17, 148, 155; 25, 167 = NJW 1969, 597.

²³ BVerfGE 8, 210, 221; 17, 280, 283, 286; BVerfG, NJW 1969, 597.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁴ durch Art. 6 Abs. 5 GG bindend aufgegeben war.²⁵

c) Pflichtteilsrecht, §§ 2303 ff. BGB (BVerfG, DNotZ 2006, 60)

Die wohl schwerwiegendste²⁶ und praxisrelevanteste²⁷ Einschränkung der Testierfreiheit beinhaltet das Pflichtteilsrecht, das immer wieder mit dem Argument angegriffen wurde, es beschränke die durch Art. 14 GG garantierte Testierfreiheit des Erblassers in einem unverhältnismäßigen Maße.²⁸ Nun hat jüngst das BVerfG in einer Entscheidung des Ersten Senats ein Stück Rechtsklarheit geschaffen und zumindest die Normen des Pflichtteilsrechts der Kinder sowie die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund des § 2345 Abs. 2 i. V. m. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.²⁹

Was das Pflichtteilsrecht der Kinder angeht,³⁰ führt das Gericht aus, dass die Erbrechtsgewährleistung trotz ihres engen Zusammenhangs mit der Eigentumsgarantie nicht das unbedingte Recht garantiert, den gegebenen Eigentumsbestand

von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen.³¹ Zwar betont der Erste Senat ausdrücklich die Bedeutung der Testierfreiheit des Erblassers und des Eigentumserwerbsrechts des Erben als Bestandteil der Erbrechtsgarantie, um anschließend aber in deutlichen Worten klarzustellen, dass die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass als tragendes Strukturprinzip des geltenden Pflichtteilsrechts durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls gewährleistet wird.³² Diese Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass sei als tradiertes Kernelement des deutschen Erbrechts neben der Testierfreiheit und dem Erwerbsrecht des Erben Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts der Erbrechtsgarantie.³³ Die Richter stellen hier den engen Sinnzusammenhang heraus, in dem das Pflichtteilsrecht mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seinen Kindern steht.³⁴ Mit dieser für das gesamte die Familie betreffende private Recht wertentscheidenden Grundsatznorm³⁵ verpflichtete die Verfassung den Staat, die aus Eltern und Kindern bestehende Familiengemeinschaft sowohl im *immateriell-persönlichen* wie auch im *materiell-wirtschaftlichen* Bereich als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren und zu fördern.³⁶ Vor diesem Hintergrund werde deutlich, dass die strukturprägenden Merkmale der Nachlasseteilhabe von Kindern Ausdruck einer Familiensolidarität sind, die in grundsätzlich unauflöslicher Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht.³⁷ Das Pflichtteilsrecht knüpfe an diese familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und übertrage die regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Die Testier-

²⁴ NJW 1969, 597 m. w. N.

²⁵ Die Gesetzesänderung beseitigte die Fiktion des § 1589 Abs. 2 BGB a. F. Seither ist das nichteheliche Kind mit seinem Vater und dessen Verwandten ebenso verwandt wie schon bisher mit der Mutter und deren Verwandten (§ 1589 Abs. 1 BGB); es gehört damit grundsätzlich zu den Erben erster Ordnung nach seinem Vater (§ 1924 BGB). Das Nichtehechengesetz verzichtete allerdings auf eine vollumfängliche Gleichstellung und führte stattdessen einen schuldrechtlichen Erbersatzanspruch ein, der wertgleich mit dem Erbsanspruch war, jedoch eine Beteiligung des nichtehelichen Kindes an der Erbengemeinschaft vermied (§§ 1934 a f. BGB a. F.). Das nichteheliche Kind war daneben berechtigt, zwischen dem 21. und dem 27. Lebensjahr unter Aufgabe seiner erbrechtlichen Position (Erbrecht, Erbersatzanspruch, Pflichtteil) vom Vater schon zu dessen Lebzeiten einen vorzeitigen Erbausgleich zu verlangen, der sich regelmäßig auf ein Mehrfaches des jährlichen Unterhaltsanspruchs belief (§§ 1934 d und e BGB a. F.). Erst durch das am 1.4.1998 in Kraft getretene Erbrechtsgleichstellungsgesetz ist das nichteheliche Kind nunmehr erbrechtlich voll gleichberechtigt.

²⁶ Den Abkömmlingen, dem Ehegatten und – sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind – auch den Eltern des Erblassers steht danach immerhin die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurden, §§ 2303, 2309 BGB.

²⁷ So widmet *Nieder* (Handbuch der Testamentgestaltung, § 2) dem Thema unter der Überschrift „Das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit“ stattliche 115 Seiten, *Langenfeld* (Testamentgestaltung, §§ 3–5) immerhin 41 Seiten.

²⁸ Von *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460, 462, wurde das Pflichtteilsrecht gar als „autoritär, unflexibel und mittelstandsfeindlich“ bezeichnet.

²⁹ BVerfG, DNotZ 2006, 60 = NJW 2005, 1561 = ZNotP 2005, 460 = ZEV 2005, 301. Ausführlich hierzu *Gaier*, ZEV 2006, 2, 5 ff.; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 ff.; *ders.* in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194 ff.; *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025. Zum Thema Pflichtteil und Stiftungen unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vgl. *Röthel*, ZEV 2006, 8.

³⁰ Die Erwägungen des Ersten Senats zu den Pflichtteilsentziehungs- und -unwürdigkeitsgründen sollen nicht Gegenstand dieses Aufsatzes sein. Insoweit sei verwiesen auf *Gaier*, ZEV 2006, 2, 6 f. und *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441, 1443 f. Zwei bemerkenswerte Punkte seien in diesem Zusammenhang jedoch erwähnt: Zum einen hat der Erste Senat im Hinblick auf eine mögliche Reform des Pflichtteilsrechts auf verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich einer des öfteren diskutierten allgemeinen Zerrüttungs- und Entfremdungsklausel hingewiesen. So könnte eine solche Auffangklausel nicht nur die Gebote der Normenklarheit, der Justiziabilität und der Rechtssicherheit verletzen, sondern auch dazu führen, dass nichteheliche

Kinder unter Verletzung von Art. 6 Abs. 5 GG eher als eheliche Kinder von einer Pflichtteilsentziehung betroffen wären. Zum anderen lässt das BVerfG im Rahmen von § 2333 Nr. 1 BGB für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Verschulden“ eine zielgerichtete Handlung mit „natürlichem Vorsatz“ genügen. Vgl. BVerfG, DNotZ 2006, 60, 65 f. sowie *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025, 2028 ff.

³¹ Zunächst stellt das Gericht dabei allgemein klar, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG zu wahren, sich in Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen zu halten und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Gleichheitsgebot zu beachten habe. Siehe hierzu bereits BVerfGE 67, 329, 340; 105, 313, 355. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Einschränkung des Erbrechts seien auch weiter gehend als zur Einschränkung des Eigentums, da sie an einen Vermögensübergang anknüpfen, vgl. BVerfG, NJW 2005, 1561, 1562.

³² BVerfG, DNotZ 2006, 60, 61. Vgl. hierzu auch *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rdnr. 301 f.

³³ Kritisch gegenüber der historischen Argumentation des BVerfG *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441, 1443. Zur Geschichte des Pflichtteilsrechts des BGB ausführlich *Kleensang*, DNotZ 2005, 509.

³⁴ BVerfG, DNotZ 2006, 60, 62. Siehe hierzu bereits BVerfGE 57, 170, 178.

³⁵ So schon BVerfGE 6, 55, 71 f.

³⁶ BVerfG, DNotZ 2006, 60, 62. So auch bereits BVerfGE 24, 119, 135; 33, 236, 238. Verfassungsrechtlicher Schutz genießt insofern die familiäre Verantwortlichkeit füreinander, die von einer wechselseitigen Pflicht von Eltern wie Kindern zu Beistand und Rücksichtnahme geprägt ist. Vgl. § 1618 a BGB sowie BVerfGE 57, 170, 178.

³⁷ Art. 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen; BVerfG, DNotZ 2006, 60, 62 f.

freiheit des Erblassers unterliege damit von Verfassungen wegen den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es nach Auffassung des Ersten Senats, dem Kind mit dem Pflichtteilsanspruch auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern.³⁸

In diesem Zusammenhang betont das BVerfG aber auch ausdrücklich den weiten Spielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der genauen Ausgestaltung der Nachlasseteilhabe und der Höhe des Pflichtteils.³⁹ Es müsse lediglich eine unentziehbare angemessene Teilhabe der Kinder am Nachlass gewährleistet werden.⁴⁰ Nach Ansicht des Ersten Senats genügt das Pflichtteilsrecht der Kinder in seiner konkreten Ausprägung diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁴¹ Aussagen darüber, welche Höhe der Pflichtteilsanspruch der Kinder mindestens haben muss, um den aufgestellten Vorgaben zu genügen, enthält das Urteil indes nicht. Die gegenwärtige Normierung hält sich jedenfalls innerhalb des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums.⁴² Die Betonung dieses Gestaltungsspielraums deutet unter Berücksichtigung früherer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁴³ wohl ferner darauf hin, dass auch die Pflichtteilsansprüche entfernterer Abkömmlinge,⁴⁴ der Eltern sowie des Ehegatten⁴⁵ und des Lebenspartners⁴⁶ als verfassungsmäßig anzusehen sind, selbst wenn diese nicht Gegenstand der Entscheidung waren.⁴⁷

Unabhängig von der aktuellen Entscheidung und trotz der damit verbundenen Stärkung des gegenwärtigen Pflichtteilsrechts wurden in letzter Zeit immer wieder Reformideen

hinsichtlich dessen konkreter Ausgestaltung vorgetragen.⁴⁸ Hierzu gehört beispielsweise die Abschaffung des Elternpflichtteils, die Ausweitung der Gründe für die Pflichtteilsentziehung oder die Pflichtteilsunwürdigkeit sowie des Zeitraums für ergänzungspflichtige Schenkungen an den Ehegatten oder auch eine Minderung der Belastung mittelständischer Betriebe durch den mit der Auszahlung des Pflichtteils verbundenen Liquiditätsentzug.⁴⁹ So hat die Bundesjustizministerin kurz vor dem Jahreswechsel in einem Zeitungsinterview geäußert, dass sie eine Reform des Pflichtteilsrechts als eines der wichtigsten Projekte in der neuen Legislaturperiode ansieht.⁵⁰ Angesichts dessen, dass sich die Lebenswirklichkeit seit Inkrafttreten des BGB vor hundert Jahren erheblich verändert habe, könne man sich – so die Ministerin – die Frage stellen, ob die derzeitige Regelung noch sachgerecht sei.⁵¹ Nach Auskunft der zuständigen Sachbearbeiterin im Bundesjustizministerium existieren unter anderem Überlegungen, die Pflichtteilsquote zu reduzieren und die Möglichkeiten der Stundung von Pflichtteilsansprüchen zu erweitern.⁵² Allerdings steht man noch am Anfang einer Debatte, die weitere Entwicklung bleibt insofern abzuwarten.

Alle Reformvorschläge zwingen jedenfalls zur Auseinandersetzung mit den angesprochenen Spannungsfeldern zwischen der Testierfreiheit und anderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen wie dem Prinzip des Verwandtenerbrechts, dem Schutz von Ehe und Familie und dem Gleichheitsgebot. Die Erörterung dieser verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen wird somit aller Voraussicht nach auch in der anstehenden Diskussion um das Pflichtteilsrecht eine maßgebliche Rolle spielen. Eine „Deregulierung“ durch ersatzlose Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Kinder wie auch dessen Beschränkung anhand der konkreten Bedürftigkeit des Berechtigten würde jedenfalls an dem verfassungsrechtlichen Schutz der bedarfsunabhängigen Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ihrer Eltern scheitern.⁵³

2. Sonstige Inhalts- und Schrankenbestimmungen

a) § 6 Abs. 1 Höfeordnung (BVerfG, NJW 1963, 947)

Ein instruktives historisches Beispiel einer grundgesetzwidrigen Inhalts- und Schrankenbestimmung außerhalb des BGB stellt der bis in die 60er Jahre des vergangenen Jahrhunderts geltende § 6 Abs. 1 der Höfeordnung für die britische Besatzungszone dar.⁵⁴ Diese Vorschrift sah hinsichtlich der gesetzlichen Hoferbfolge vor, dass den männlichen Abkömmlingen der Vorrang vor den weiblichen zukam.⁵⁵ Mit seiner Entschei-

³⁸ BVerfG, DNotZ 2006, 60, 63.

³⁹ So ist weder die Höhe des Pflichtteils noch die Form der Nachlassbeteiligung von der Verfassung vorgegeben. Denkbar wäre somit statt eines Zahlungsanspruchs auch ein materielles Noterbrecht. Vgl. hierzu *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rdnr. 302, sowie *Gaier*, ZEV 2006, 2, 6.

⁴⁰ BVerfG, DNotZ 2006, 60, 64.

⁴¹ Die Regelung sichere einerseits den Kindern des Erblassers eine grundsätzlich unentziehbare und angemessene Nachlasseteilhabe in Form eines gegen den Nachlass gerichteten Geldanspruchs. Der den Kindern gewährte Anteil am Nachlass lasse andererseits dem Erblasser einen hinreichend großen vermögensmäßigen Freiraum, um seine Vorstellungen über die Verteilung seines Vermögens nach dem Tode umzusetzen. Vgl. BVerfG, DNotZ 2006, 60, 64. Dieser Einschätzung folgt zumindest im Ergebnis auch der BGH (vgl. nur BGHZ 98, 226, 233; 109, 306, 313; 123, 368, 371) und die überwiegende Auffassung in der Literatur (vgl. die Nachweise bei *Gaier*, ZEV 2006, 2, 6, Fn. 73 f.).

⁴² Im Anschluss an diese Erwägungen verdeutlicht das Gericht noch einmal die Leitlinien, anhand derer der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts vorzunehmen hat. Die Lösung des Konflikts zwischen zwingender Nachlasseteilhabe der Kinder des Erblassers und der ebenfalls grundrechtlich geschützten Testierfreiheit ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss den Gehalt der Struktur bildenden Merkmale sowie der Testierfreiheit als auch des Pflichtteilsrechts differenzierend und konkretisierend in für die Beteiligten unmittelbar geltendes Recht umsetzen. Dabei hat er die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und jeweils so zu begrenzen, dass sie sowohl für den Erblasser als auch für seine Kinder so weit wie möglich wirksam bleiben, BVerfG, DNotZ 2006, 60, 64.

⁴³ Vgl. nur BVerfG, NJW 2001, 141; 1995, 2977.

⁴⁴ § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁴⁵ § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB.

⁴⁶ § 10 Abs. 6 LPartG.

⁴⁷ In diese Richtung zu deuten ist wohl auch das Resümee des Verfassungsrichters *Gaier*, ZEV 2006, 2, 8.

⁴⁸ Siehe z. B. *Gerken*, Rpfleger 1989, 45; *Haas*, ZEV 2000, 249; *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 322 ff.; *Petri*, ZRP 1993, 205; *Strätz*, FamRZ 1998, 1553.

⁴⁹ Vgl. hierzu *Palandt/Edenhofer*, Überbl. v. § 2303 Rdnr. 4 m. w. N.

⁵⁰ Diese Aussage steht im Widerspruch zu der Ansicht von *Kleensang*, ZEV 2005, 277, 282 und *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441, 1444, wonach im Anschluss an das Urteil des BVerfG, das dem Gesetzgeber keinen konkreten Handlungsauftrag erteilt habe, gesetzliche Neuregelungen des Pflichtteilsrechts in absehbarer Zeit nicht zu erwarten seien.

⁵¹ Süddeutsche Zeitung (SZ) v. 17.12.2005, S. 10.

⁵² Telefonische Auskunft vom 21.2.2006.

⁵³ So zu Recht *Gaier*, ZEV 2006, 2, 8.

⁵⁴ Zur aktuellen Fassung der HöfeO vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Müller*, Teil 4, Rdnr. 393 ff.

⁵⁵ Konkret bestimmte die Vorschrift, dass innerhalb der gleichen Ordnung je nach dem in der Gegend geltenden Brauch Ältesten- oder Jüngstenrecht entscheidet. Bestand kein bestimmter Brauch, so galt das Ältestenrecht. Im Übrigen entschied innerhalb derselben Ordnung der Vorzug des männlichen Geschlechts.

derung vom 20.3.1963 hat das Bundesverfassungsgericht diese Norm für mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG unvereinbar erklärt.⁵⁶ Insbesondere sah das Gericht die Notwendigkeit, den Hof als leistungsfähige Wirtschaftseinheit zu erhalten, nicht als sachlich rechtfertigenden Grund für die Bevorzugung des männlichen Hoferben an. Das männliche Geschlecht sei keine unabweisliche Voraussetzung für die Bewirtschaftung eines Bauernhofes. Der Mannesvorzug beruhe vielmehr in erster Linie auf der Tradition, dass dem Mann in der Regel nicht nur die Hauptlast der körperlichen Arbeit obliegt, sondern auch die Planung und Leitung des landwirtschaftlichen Betriebes. Dies reiche für eine Ungleichbehandlung jedoch nicht aus.⁵⁷

b) § 14 Heimgesetz (BVerfG, DNotZ 1999, 56)

Deutlich aktueller ist eine Entscheidung des BVerfG zu § 14 HeimG.⁵⁸ Nach dieser Norm ist es dem Heimträger und dort Beschäftigten zum Schutz der Heimbewohner vor Ausnutzung ihrer Abhängigkeit, Hilflosigkeit und Arglosigkeit grundsätzlich untersagt, sich über das für die Unterbringung, Beköstigung und Pflege der Bewohner vereinbarte Entgelt hinaus Geld- oder geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen.⁵⁹ Nach h. M. ist diese Norm ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB mit der Folge, dass eine dagegen verstoßende Verfügung automatisch nichtig ist und dem Bedachten gar nicht anfällt.⁶⁰ Wirksam ist die Verfügung hingegen,

⁵⁶ BVerfGE 15, 337 = NJW 1963, 947.

⁵⁷ NJW 1963, 947. Das Gericht betont in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass das Grundgesetz in Art. 3 Abs. 2 und 3 verbindlich ausspricht, welche Lebensverhältnisse eine verschiedene Behandlung nicht gestatten. Vgl. hierzu vorher schon BVerfGE 6, 55, 71; 10, 59 73; 12, 151, 163. Zwar hat die Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass auch im Bereich des Gleichberechtigungssatzes im Hinblick auf die biologischen Unterschiede der Geschlechter differenzierte Regelungen nicht ausgeschlossen sind. Über das generelle Verbot des Art. 3 Abs. 2 GG könnte sich der Staat aber nur hinwegsetzen, wenn eine *unterschiedslose* Behandlung willkürlich wäre, also etwa Frauen von vornherein gar nicht fähig wären, einen Hof zu führen. Vgl. hierzu *Maunz/Dürig/Dürig*, Art. 3 Rdnr. 268. Die Zurücksetzung der weiblichen Erben hätte danach unerlässlich sein müssen, um das Ziel der Höfeordnung sicherzustellen, nämlich die im öffentlichen Interesse liegende Erhaltung leistungsfähiger Höfe zur Sicherstellung der Volksernährung. Eine solche Unerlässlichkeit aber verneint das Gericht zu Recht. Es betont vielmehr die in der betrieblichen Planung und Leitung eines Hofes liegende geistige Leistung, welche von Frauen ebenso erbracht werden könne wie von Männern. Dabei verweist das Gericht auch auf die „nicht unbeträchtliche“ Zahl von bäuerlichen Betrieben, die von Frauen schon zum Zeitpunkt des Urteils geleitet wurden. Aus heutiger Sicht gilt dies umso mehr wenn man bedenkt, dass im Jahr 2003 von insgesamt ca. 825 000 Familienarbeitskräften in der deutschen Landwirtschaft knapp 40 % Frauen waren. Siehe *Statistisches Bundesamt*, Landwirtschaft in Zahlen 2003, Wiesbaden Januar 2004.

⁵⁸ BVerfG, DNotZ 1999, 56. Zum Ganzen vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 254 f.; *Brox*, Erbrecht, Rdnr. 261; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, Rdnr. 2 ff.

⁵⁹ § 14 Abs. 1, 5 HeimG. Entsprechend gilt die Vorschrift, wenn anstelle des Verbotsadressaten eine diesem nahestehende natürliche oder mit ihm verbundene juristische Person begünstigt wird, vgl. nur BayObLG, MittBayNot 2000, 453; OLG Frankfurt/Main, NJW 2001, 1504; *Petersen*, DNotZ 2000, 739, 747. Nach der h. M. lässt sich § 14 Abs. 5 HeimG allerdings nicht analog anwenden auf Zuwendungen an den gesetzlichen Betreuer i. S. d. §§ 1896 ff. BGB, den Vorsorgevollmächtigten oder den Mitarbeiter eines ambulanten Pflegedienstes. Siehe hierzu näher Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 4, Rdnr. 67 m. w. N.

⁶⁰ Siehe u. a. BGHZ 110, 235 = NJW 1990, 1603, 1604; BayObLG, NJW 1992, 55 = DNotZ 1992, 258 m. w. N.; *Rossak*, ZEV 1996, 46; *Palandt/Heinrichs*, § 134 Rdnr. 19; a. M. *Dubischar*, DNotZ 1993, 430. Rechtsfolge eines Verstoßes letztwilliger Verfügungen gegen ein gesetzliches Verbot ist deren Nichtigkeit. Für Vermächtnisse (§ 2171 BGB) und für Auflagen (§ 2192 BGB) ist dies ausdrücklich geregelt.

wenn entweder eine vorherige Erlaubnis der Heimaufsichtsbehörde vorlag⁶¹ oder der Begünstigte keine Kenntnis von der Verfügung erlangt hat.⁶²

Das BVerfG hat diesen gesetzgeberischen Eingriff in die Testierfreiheit in seiner Entscheidung vom 3.7.1998 für verfassungsgemäß erklärt.⁶³ Das Testierverbot des § 14 HeimG stelle, so die Richter, eine verhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit dar.⁶⁴ Die Vorschrift diene legitimen Gemeinwohlzielen, indem sie den Schutz der Heimbewohner vor Ausnutzung in finanzieller Hinsicht, die Bewahrung des Heimfriedens und den Schutz der Testierfreiheit der Heiminsassen durch Verhinderung von offenem oder verstecktem Druck seitens der Heimangestellten bezwecke.⁶⁵ Für den Heimträger und die Mitarbeiter des Heimes stelle sich das Verbot der Vorteilsannahme als übliche und zumutbare Einschränkung ihrer Berufs- und Gewerbeausübungsfreiheit dar. Ihren berechtigten Interessen sei bereits durch das Pflegeentgelt Rechnung getragen. Daneben schränke das Verbot zwar auch die Testiermöglichkeiten der Heimbewohner ein. Eine vom Prinzip der Testierfreiheit geschützte letztwillige Verfügung z. B. zugunsten eines Altenpflegers werde aber durch das Verbot weder unmöglich noch in unzumutbarer Weise erschwert, da die Norm testamentarische Verfügungen nicht ausschließe, die dem Betroffenen nicht mitgeteilt und gleichsam im Stillen angeordnet werden. Möchte der Erblasser seinen letzten Willen dem Bedachten mitteilen, könne er die Wirksamkeit seiner testamentarischen Verfügung dadurch sichern, dass er vorher eine Erlaubnis für die Zuwendung beantragt.⁶⁶

c) Erbschaft- und schenkungsteuerliche Bewertungsvorschriften (BFH, MittBayNot 2002, 418)

Eine gegenwärtig in breiter Öffentlichkeit diskutierte Frage ist, ob die geltenden Vorschriften zur Bewertung von Vermögenspositionen im Rahmen der Erbschaft- und Schenkung-

⁶¹ § 14 Abs. 6, § 23 HeimG.

⁶² Wegen der Formulierung „sich gewähren lassen“ unterfallen einseitige, d. h. auch testamentarische Zuwendungen nach h. M. nur dann dem Verbot, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründet. Zu der einseitigen Willenserklärung des Testierenden muss also das Einverständnis des Bedachten hinzukommen. Dagegen ist das Testament wirksam, wenn der Verbotsadressat erst nach dem Tod des Erblassers von der Zuwendung Kenntnis erlangt. Vgl. hierzu u. a. BVerwG, NJW 1990, 2268; BayObLG, DNotZ 1992, 258; BayObLG, DNotZ 1993, 453.

⁶³ BVerfG, DNotZ 1999, 56. Die Entscheidung betraf die ursprüngliche Fassung der Vorschrift vom 7.8.1974, die sich durch das Änderungsgesetz vom 23.4.1990 jedoch nur unwesentlich geändert hat. A. A. ist z. B. *Brox*, Erbrecht, Rdnr. 261, der einen Verstoß gegen Art. 14 GG bejaht.

⁶⁴ BVerfG, DNotZ 1999, 56, 57. So auch BVerwG, NJW 1990, 2268; BGH, ZEV 1996, 145 f.; BayObLG, NJW 1992, 55 f. und NJW 1993, 1143 f. Bedenken hiergegen äußern u. a. *Brox*, in FS Benda, 1995, 17 ff.; *Münzel*, NJW 1997, 112.

⁶⁵ BVerfG, DNotZ 1999, 56, 57. Das Gericht führt dabei im Einzelnen aus, dass sich das Verbot testamentarischer Vorteilsannahme vor dem Hintergrund der im Heimgesetz vorgesehenen Erlaubnismöglichkeit jedenfalls dann als geringstmöglicher Eingriff darstelle, wenn es als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt angesehen und dem Heimbewohner ein Anspruch auf Erlaubniserteilung eingeräumt wird, soweit die mit dem Verbot verfolgten Zwecke im Einzelfall nicht eingreifen.

⁶⁶ Dies stelle vor allem deshalb keine unzumutbare Belastung dar, weil die vorherige Einschaltung der Heimaufsichtsbehörde auch der Überprüfung der Freiwilligkeit der Verfügung und damit dem Schutz des Heimbewohners diene, BVerfG, DNotZ 1999, 56, 59.

steuer mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Hintergrund der Problematik ist insbesondere eine gemessen am Verkehrswert eklatant unterschiedliche Bewertung von Immobilien- und Betriebsvermögen sowie Anteilen an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften einerseits und sonstigen Vermögenswerten andererseits (unter gleichzeitiger Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs). Da die jeweils zugrundeliegenden Bewertungsvorschriften eine ungeschmälerete Übertragung des Vermögens des Erblassers auf seinen Erben verhindern, sind diese Normen ebenso wie die sonstigen Vorschriften über die Erbschaftsteuer Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.⁶⁷ Als solche müssen sie die diesbezüglich bestehenden Schranken-Schranken beachten und sich somit vor allen Dingen an den Grundrechten und am Verhältnismäßigkeitsprinzip messen lassen.

Der BFH hat bekanntermaßen vor etwa drei Jahren im Rahmen eines konkreten Normenkontrollantrags (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der derzeit geltenden Bewertungsvorschriften für bebaute Grundstücke, Betriebsvermögen und nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften in einer ausführlichen und überzeugend begründeten Stellungnahme dargelegt.⁶⁸ Der BFH erblickt in diesen Bewertungsvorschriften einen Verstoß gegen das grundgesetzliche Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, wobei das Gericht die Prüfung nicht – wie es wohl dogmatisch sauberer gewesen wäre – auf der Ebene der Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Rahmen von Art. 14 GG vornimmt, sondern Art. 3 GG direkt als Maßstab anwendet.⁶⁹ Inhaltlicher Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass der Vermögensbewertung im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuer grundsätzlich der gemeine Wert, also der Verkehrswert, zugrunde gelegt wird.⁷⁰ Sofern der Gesetzgeber hiervon abweichende Regelungen trifft, beinhaltet dies eine Ungleichbehandlung der Steuerpflichtigen. Unterschiedliche Wertansätze müssten daher vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes auf sachlichen Gründen beruhen, aus denen sich Differenzierungen grundsätzlich nach der Belastbarkeit des Erwerbers ergeben.⁷¹ Dies ist nach Auffassung des BFH bei den derzeit geltenden Regelungen jedoch nicht der Fall.

Im Einzelnen kritisiert das Gericht hinsichtlich des *Betriebsvermögens* und der Anteile an nicht börsennotierten Kapital-

gesellschaften vor allem die Kumulationswirkung aus Unterbewertung, Freibetrag und vermindertem Wertansatz.⁷² Eine pauschale Begünstigung dieses Umfangs sei unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn die erbschaft- und schenkungsteuerliche Belastung typischerweise die Betriebsfortführung gefährde. Hierfür fehlen jedoch nach Auffassung des BFH jegliche konkrete Anhaltspunkte.⁷³ Die Regelung stelle nicht sicher, dass nur solche Erwerbsvorgänge erfasst werden, bei denen der Begünstigungsgrund „Schutz des Betriebes“ vorliegt. Die Vorschriften stünden deshalb außer Verhältnis zur gesetzgeberischen Grundregel der gleichmäßigen Erfassung aller Vermögenszugänge.⁷⁴ Die *Bewertung bebauter Grundstücke* betreffend führt der BFH aus, dass die sich ergebenden Werte nicht geeignet seien, die von Art. 3 GG geforderte Gleichheit im tatsächlichen Belastungserfolg herzustellen, weil das geltende Ertragswertverfahren (entsprechend der gesetzgeberischen Intention)⁷⁵ in großem Umfang zu erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Werten führt und darüber hinaus nicht gewährleistet, dass die Erwerber bebauter Grundstücke untereinander gleichbehandelt werden.⁷⁶

Seit nunmehr etwa drei Jahren wartet die Rechtspraxis gespannt auf die Entscheidung des BVerfG. Was den Zeitpunkt des Urteils, den inhaltlichen Ausgang des Verfahrens und die Reaktionen der Gesetzgebung angeht, wird seit dem Vorlagebeschluss des BFH heftig spekuliert. Den Termin der Entscheidung hat das Gericht immer wieder hinausgeschoben. Nachdem das Verfahren ursprünglich Anfang vergangenen Jahres auf die Tagesordnung des Gerichts genommen worden

⁶⁷ Zur Rolle von Steuergesetzen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 97, sowie zuletzt *Nachreiner*, ZEV 2005, 1, 3 m. w. N.

⁶⁸ BFH, MittBayNot 2002, 418 = NJW 2002, 3197 = ZEV 2002, 372 m. Anm. *Heidemann/Ostertun*. Darüber hinaus beschäftigt sich das Gericht in seinem Vorlagebeschluss auch mit der Verfassungsmäßigkeit des ungeschmälereten Schuldenabzugs im Zusammenhang mit unterbewertetem Vermögen, dem fehlenden Nachbesteuerungsvorbehalt zu Verkehrswerten bei zeitnaher Veräußerung des unterbewerteten Vermögens, der rechtsformabhängigen Besteuerung und der Möglichkeit des Transfers von (Privat-)Vermögen in den Begünstigungsbereich des Betriebsvermögens sowie der Bewertung land- und forstwirtschaftlichen Vermögens.

⁶⁹ *Nachreiner*, ZEV 2005, 1 hingegen hält die Bewertungsvorschriften schon wegen der teilweise zu hohen Steuersätze und der fehlenden Anrechnungsvorschriften für unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen und begründet so deren Verstoß gegen Art. 14 GG.

⁷⁰ § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG.

⁷¹ BFH, MittBayNot 2002, 418, 419. In diesem Zusammenhang betont der BFH allerdings auch, dass der Gleichheitssatz des Art. 3 GG dem Steuergesetzgeber eine weitreichende Gestaltungsbefugnis belässt, die ihn insbesondere berechtigt, sich bei seinen Regelungen auch von finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen oder sozialpolitischen Erwägungen leiten zu lassen.

⁷² Im Hinblick auf die Bewertung des Betriebsvermögens bewirkt die Übernahme der Steuerbilanzwerte gemäß § 12 Abs. 5 ErbStG i. V. m. den dort genannten Vorschriften des Bewertungsgesetzes in Kombination mit dem Freibetrag gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 ErbStG i. H. v. derzeit 225.000 € und dem Bewertungsabschlag für Betriebsvermögen in Höhe von 35 % gemäß § 13 a Abs. 2 ErbStG, dass Übergänge von kleineren und mittleren Betriebsvermögen weitgehend von der Erbschaftsteuer verschont bleiben und größere Betriebsvermögen im Vergleich zu sonstigen, nicht begünstigten Vermögen nur zu einem geringen Teil belastet werden. So soll der Erwerb von (kleineren) Betriebsvermögen bis zu einem Sachwert von rund 1,1 Mio. € regelmäßig völlig ohne Steuerbelastung bleiben und selbst bei größeren Betriebsvermögen bis zu einem Sachwert von ca. 10 Mio. € die Entlastungswirkung bei mehr als 2/3 der reinen Sachwerte liegen. Vgl. zum Ganzen BFH, MittBayNot 2002, 418, 420 f. sowie *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1309.

⁷³ BFH, MittBayNot 2002, 418, 420. Vgl. auch *Bareis/Elser*, DStR 1997, 557, 561.

⁷⁴ BFH, MittBayNot 2002, 418, 421. Ebenso *Birk*, ZEV 2002, 165; *Seer*, GmbHR 1999, 64, 69; *Bareis/Elser*, DStR 1997, 557, 561; *Thiel*, DB 1997, 64, 68. Kritisch u. a. *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1309 f.; *Felix*, ZEV 1996, 410, 418; *Krüger/Siegesmund/Köhler*, DStR 1997, 637, 638.

⁷⁵ Siehe BT-Drucks. 13/5952, 28 f., wonach durch das Verfahren nach Vorstellung des Gesetzgebers im Durchschnitt ca. 50 % des Kaufpreises erreicht werden sollen.

⁷⁶ Das aktuelle Bewertungsverfahren führt für bebaute Grundstücke zum einen in großer Zahl zu Werten, die nur 50 % des mittleren Verkehrswertes oder noch deutlich weniger erreichen, und verursacht zum anderen eine große Streubreite, die von teilweise weniger als 20 % bis 120 % und mehr des Verkehrswertes reicht. Vgl. hierzu *Moench*, ErbStG, Mai 2000, § 12, Wertermittlung, Rdnr. 7 a; *Thiel*, DB 1997, 64, 66; *Wolf*, DStR 1997, 349, 351. Der BFH setzt sich an dieser Stelle auch detailliert mit den in der Gesetzesbegründung genannten Argumenten für die ungleiche Bewertung auseinander, welche jedoch nach Auffassung des Gerichts die bestehenden Abweichungen vom Verkehrswert nicht zu rechtfertigen vermögen. Zum Ganzen siehe BFH, MittBayNot 2002, 418, 421 ff.

war, zeichnet sich derzeit ab, dass eine Entscheidung möglicherweise in der zweiten Hälfte 2006 fallen könnte.⁷⁷ Anfang Dezember 2005 meldete die Frankfurter Allgemeine Zeitung, dass die Arbeit der offiziellen Berichterstatteerin Evelyn Haas nunmehr von Gerichtspräsident Hans-Jürgen Papier unterstützt werde, wodurch sich die Arbeit an der Entscheidung beschleunigen dürfte.⁷⁸ Die große Koalition hat allem Anschein nach – wie schon die Vorgängerregierung – eine nach Meinung vieler Kritiker überfällige Reform des Erbschaftsteuerrechts jedenfalls einstweilen auf Eis gelegt, um die Maßgaben der Richter abzuwarten.⁷⁹ Das Zwischenfazit nach drei Jahren Hängepartie lautet also: Es bleibt spannend.

III. Einschränkung der Testierfreiheit durch Grundrechte Dritter

Neben den Inhalts- und Schrankenbestimmungen kann die Testierfreiheit eines Erblassers – wie eingangs bereits dargestellt – auch durch konkurrierende Grundrechte eingeschränkt werden. Dogmatisch gesehen sind diese Grundrechte Dritter im Wege der mittelbaren Drittwirkung über §§ 138, 242 BGB im Rahmen einer umfassenden Abwägung zu berücksichtigen. Anknüpfungspunkt ist insofern in der Regel die Frage der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung, welche in verschiedenen Konstellationen diskutiert wird:

1. Unzulässige Potestativbedingungen

a) Allgemeines

Als Mittel des Erblassers, über seinen Tod hinaus Einfluss auf die Lebensführung des Bedachten zu nehmen, stehen ihm neben der Auflage⁸⁰ vor allem Potestativbedingungen zur Verfügung.⁸¹ Der Eintritt der Bedingung und damit der Erhalt oder das Behaltendürfen der Zuwendung wird dabei für den Bedachten allein von seiner Willensentscheidung abhängig gemacht.⁸²

Unstreitig ist, dass solche Bedingungen gemäß § 138 BGB nichtig sind, wenn das Verhalten, zu dem der Bedachte veranlasst werden soll, seinerseits gesetz- oder sittenwidrig, z. B. strafbar ist. Zahlreiche andere Fälle sind jedoch umstritten. Richtigerweise wird man die Unzulässigkeit einer Einflussnahme auf die Entschließungsfreiheit des Bedachten nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls feststellen können, wobei insbesondere die Wertung betroffener Grundrechte einzubeziehen ist.⁸³ Klassisches Beispiel in diesem Zu-

sammenhang sind Bedingungen, welche die persönliche Eheschließungsfreiheit des Bedachten beeinträchtigen, indem sie den Bestand der Zuwendung z. B. von der Heirat mit einem bestimmten Personenkreis abhängig machen.⁸⁴

b) Eingriff in die Eheschließungsfreiheit durch Ebenbürtigkeitsklauseln (BVerfG, DNotZ 2004, 798)

In diesem Zusammenhang hat in der jüngsten Vergangenheit der „Fall Hohenzollern“ Schlagzeilen gemacht.⁸⁵ Die so bezeichnete Verfassungsbeschwerde betraf ein Erbscheinsverfahren, das die (Nach-)Erbfolge nach dem 1951 verstorbenen ehemaligen Kronprinzen Wilhelm von Preußen, dem ältesten Sohn Kaiser Wilhelms II., zum Gegenstand hatte. Ein Urenkel von Kaiser Wilhelm II. hatte sich gegen eine Klausel in dem 1938 geschlossenen Erbvertrag zur Wehr gesetzt, wonach u. a. solche Abkömmlinge nicht Erbe werden können, die nicht aus einer der alten Hausverfassung des Brandenburg-Preußischen Hauses entsprechenden Ehe stammen oder in einer solchen nicht standesgemäßen Ehe leben. Der Heiratsmarkt für die preußischen Prinzen beschränkt sich demzufolge auf ebenbürtige Damen protestantischen Glaubens.⁸⁶

Der Bundesgerichtshof hat die Streitgegenständliche Ebenbürtigkeitsklausel zunächst für wirksam erachtet.⁸⁷ Eine letztwillige Verfügung, die geeignet ist, die grundgesetzlich durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Eheschließungsfreiheit⁸⁸ der Abkömmlinge des Erblassers zu beeinträchtigen und die Abkömmlinge unter Verstoß gegen das in Art. 3 Abs. 3 GG niedergelegte Verbot der Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft zu benachteiligen, sei jedenfalls dann nicht sittenwidrig, wenn die letztwillige Verfügung nicht auf die Beeinträchtigung dieser Grundrechte gerichtet ist, sondern der Erblasser andere, von der Testierfreiheit des Art. 14 GG gedeckte, mit dem Nachlass sachlich zusammenhängende Ziele

⁸⁴ Näher *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 264 m. w. N., sowie *Horsch*, Rpfleger 2005, 285. Im Falle eines getrübteten Schwiegereltern/Schwiegerkind-Verhältnisses ist i. Ü. auch die umgekehrte postume Bosheit denkbar, eine Zuwendung an die *Scheidung* einer bestimmten Ehe zu knüpfen.

⁸⁵ Teilweise wird der Fall auch als „Fall Preußen“ bezeichnet. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG im „Fall Leiningen“ (NJW 2000, 2495 = FamRZ 2000, 945), die ein Erbscheinsverfahren in einem Fürstenhaus zum Gegenstand hatte. Die Zulässigkeit einer Vermählung wurde in dem dortigen Hausgesetz jedoch nicht von der Herkunft und Religionszugehörigkeit der Braut, sondern von der Zustimmung des jeweiligen Fürsten abhängig gemacht. Die Eingehung einer nicht konsentierten Ehe hatte den Verlust des Sukzessionsrechts zur Folge. Näher hierzu u. a. *Horsch*, Rpfleger 2005, 285, 288.

⁸⁶ Mit Rücksicht darauf, dass die Auswahl potentieller Gattinnen dementsprechend außerordentlich gering und ständig im Abnehmen war, ordnete der Erblasser selbst in einer 1943 verfassten Richtlinie zur künftigen Behandlung der Ebenbürtigkeitsfrage an, dass in Ausnahmefällen das Oberhaupt des königlichen Hauses auf Vorschlag eines Ausschusses eine Ehe für ebenbürtig erklären kann, auch wenn die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Eine solche Erklärung wurde jedoch im Falle des Beschwerdeführers nicht abgegeben.

⁸⁷ BGHZ 140, 118 = NJW 1999, 566. Vgl. hierzu die Anmerkungen von *Muscheler*, ZEV 1999, 151; *Schmoeckel*, JZ 1999, 517; *Probst*, JR 1999, 508. Im Rechtszug hielten das Amtsgericht und das Landgericht die Klausel für sittenwidrig. Das OLG legte die Sache dem BGH vor, vgl. OLG Stuttgart, ZEV 1998, 185.

⁸⁸ Konkret umfasst Art. 6 Abs. 1 GG u. a. das Recht oder die Freiheit, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen, BVerfGE 31, 58, 67. Diese Verfassungsnorm schützt nicht nur vor staatlichen Eingriffen, sie stellt neben einer Institutsgarantie auch eine wertentscheidende Grundrechtsnorm dar, die es namentlich im Privatrecht zu beachten gilt, vgl. BVerfGE 31, 58, 67; 62, 323, 329; 105, 313, 342 – „gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft“.

⁷⁷ Vgl. SZ v. 3.12.2005, S. 24.

⁷⁸ FAZ v. 3.12.2005, S. 12. Manche Steuerrechtler mutmaßen allerdings, dass das BVerfG möglicherweise die Normenkontrollklage als unzulässig abweisen könnte, weil die verfassungsrechtlichen Fragen für den konkreten Fall gar nicht entscheidungserheblich sind, vgl. FAZ v. 3.12.2005, S. 12. Entsprechende Berichte hat das BVerfG mittlerweile jedoch zurückgewiesen. Presseberichten zufolge soll aus Gerichtskreisen vielmehr zu hören sein, dass es eine inhaltliche Entscheidung des Ersten Senats geben werde, vgl. Frankfurter Rundschau v. 14.12.2005, S. 4.

⁷⁹ In diesem Sinne äußerte sich auch der bayerische Finanzminister Kurt Faltthäuser, vgl. SZ v. 8.11.2005, S. 21.

⁸⁰ §§ 2192 ff. BGB.

⁸¹ Deren Zulässigkeit ergibt sich sowohl aus §§ 2074 ff. BGB als auch aus der Testierfreiheit.

⁸² Der Gesetzgeber erwähnt die Möglichkeit einer bedingten Zuwendung in Konkretisierung der grundgesetzlich verankerten Testierfreiheit in den §§ 2074 ff. BGB.

⁸³ Wichtige Kriterien sind dabei der Umfang der Zuwendung, das Ausmaß der Einflussnahme auf den Bedachten und die Motivlage des Erblassers. Vgl. Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 4, Rdnr. 72.

verfolgt. Ein Erblasser, der aus Gründen der Familientradition am Rang seiner Familie nach den Anschauungen des Adels liegt, könne daher für seinen von der Herkunft der Familie geprägten Nachlass die streitgegenständliche letztwillige Anordnung rechtswirksam treffen.⁸⁹ In der Literatur ist noch weitergehend vorgebracht worden, durch die Ebenbürtigkeits- und andere letztwillige Heiratsklauseln könne in die Eheschließungsfreiheit schlechterdings gar nicht eingegriffen werden, weil die Aussicht, Erbe zu werden, nach geltendem Recht nichts anderes als eine *nuda spes*, ein nackte Hoffnung sei. Verknüpfe der Erblasser die Erbeinsetzung mit einer Bedingung, so sei das nichts anderes als die Beschränkung einer überobligaten Zuwendung.⁹⁰

Das BVerfG hat die Entscheidung des BGH – trotz diesen m. E. nachvollziehbaren Argumenten – mit Beschluss vom 22.3.2004 in einer Kammerentscheidung aufgehoben.⁹¹ In der Begründung stellen die Richter zunächst die in den Grundrechtsbestimmungen verkörperte objektive Wertordnung und deren Ausstrahlung in die zivilrechtlichen Generalklauseln heraus. Die Kammer betont dabei ausdrücklich die Bedeutung der Testierfreiheit. Dem Erblasser sei hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln. Die Testierfreiheit umfasse dabei insbesondere auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen.⁹² Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung jedoch den Bedeutungsgehalt des Grundrechts auf Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG verkannt und diese kollidierende Grundrechtsposition in seiner Abwägung nicht hinreichend gewürdigt.⁹³ Dementsprechend verwies das BVerfG das Verfahren zurück an das zuständige Landgericht.

Zusammenfassend legt die Entscheidung des BVerfG nahe, bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung verstärkt die Frage nach der Intensität der Einwirkungen der Potestativbedingungen auf die grundrechtlich geschützten Freiheiten des Erbanwärters in den Blick zu nehmen.⁹⁴ Bei der Beurteilung von Potestativbedingungen kommt es daher in Zukunft entscheidend darauf an, ob ein unzumutbarer wirtschaftlicher Druck auf den Bedachten ausgeübt wird.⁹⁵ Zu entscheiden ist diese Frage anhand verfassungsrechtlicher

Vorgaben, insbesondere der grundgesetzlich verkörperten Wertordnung.⁹⁶ Im Zuge einer umfassenden Abwägung ist dabei jedoch gleichzeitig der Testierfreiheit des Erblassers ausreichend Rechnung zu tragen.

c) Problemfelder Wiederverheirungs- und Pflichtteilsstrafklauseln?

In diesem Zusammenhang werden in Zukunft – darauf deuten jedenfalls entsprechende Aussagen des an der Hohenzollern-Entscheidung beteiligten Verfassungsrichters Dr. Gaier hin –⁹⁷ auch die sog. Wiederverheirungsklauseln in den Blickpunkt geraten, die das Anliegen verfolgen, dass Erb- und Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge nicht durch Ansprüche des neuen Ehepartners und der Kinder aus der zweiten Ehe geschmälert werden.⁹⁸ Auch hier kann der überlebende Ehegatte durch wirtschaftlichen Druck an der Eingehung einer Ehe gehindert werden, da er im Extremfall all die Vermögenspositionen verliert, die ihm eigentlich aufgrund seines Pflichtteilsrechts, aber auch des Zugewinnausgleichs, am Nachlass des Erstversterbenden an sich uneingeschränkt und ohne jede Ausschlussmöglichkeit zustehen. In der Regel wird der Überlebende nämlich im Zeitpunkt der Wiederheirat die Erbschaft bereits angenommen und damit die Möglichkeit der Ausschlagung zur Pflichtteilerlangung verloren haben. Der vorsichtige Kautelarjurist wird daher künftig nur zu solchen Wiederverheirungsklauseln raten, bei denen dem überlebenden Ehegatten auch bei einer Wiederverheiratung ein Wert verbleibt, der seinem Pflichtteil entspricht, oder bei denen der Nacherbfall nicht schon mit Wiederheirat, sondern erst mit dem Tod des überlebenden Ehegatten eintritt.⁹⁹ Zudem wird empfohlen, die hinter der Klausel steckende Motivationslage darzulegen. Bezweckt die Klausel den Erhalt des Familienvermögens bei gleichzeitiger Versorgung des Überlebenden, ist eine Unwirksamkeit wohl nicht zu befürchten.¹⁰⁰

Ein weiterer potentieller Problembereich sind Pflichtteilsstrafklauseln, die den Erhalt der Erbschaft von der Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen abhängig machen. Betrachtet man den durch solche Regelungen ausgeübten Druck vor dem Hintergrund des durch Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Pflichtteilsanspruchs, könnte in Zukunft insbesondere die Zulässigkeit weitreichender Gestaltungen wie z. B. der sog. „Jastrow'schen Klausel“¹⁰¹ vermehrt in Frage gestellt und einer genaueren verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen werden.¹⁰²

⁸⁹ NJW 1999, 566 (2. Leitsatz).

⁹⁰ Vgl. hierzu mit pointierten Argumenten Gutmann, NJW 2004, 2347, 2348; ähnlich Isensee, DNotZ 2004, 754, 758. Ausführlich zur Rolle der Eheschließungsfreiheit in diesem Zusammenhang Gaier, ZEV 2006, 2, 4 f.

⁹¹ BVerfG, DNotZ 2004, 798. Hierzu kritisch Gutmann, NJW 2004, 2347 und Isensee, DNotZ 2004, 755. Siehe ferner Leipold, Erbrecht, Rdnr. 253 ff.; Otte, ZEV 2004, 393, 394; Staudinger, FamRZ 2004, 768. Ausführlich zum Ganzen unter Darstellung der unterschiedlichen Literaturmeinungen auch J. Mayer in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194, 207 ff.

⁹² BVerfG, DNotZ 2004, 798, 798 f. unter Bezugnahme auf die Leiningen-Entscheidung (NJW 2000, 2495 = FamRZ 2000, 945, 946). Auch ist der Erblasser von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen, BVerfGE 67, 329, 345; BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563. Isensee, DNotZ 2004, 754, 758 nennt das „legitime Willkür“ des Erblassers.

⁹³ BVerfG, DNotZ 2004, 798.

⁹⁴ So zutreffend Horsch, Rpfleger 2005, 285, 290 f. In diese Richtung schon Otte, ZEV 2004, 393, 396, sowie Gaier, ZEV 2006, 2, 5 m. w. N.

⁹⁵ So führt das BVerfG aus, der BGH habe nicht hinreichend geprüft, ob die Ebenbürtigkeitsklausel geeignet war, auf den Beschwerdeführer einen für diesen unzumutbaren Druck bei der Eingehung

einer Ehe zu erzeugen, vgl. BVerfG, DNotZ 2004, 798, 800. Auch Gaier, ZEV 2006, 2, 5 plädiert dafür, die Wirksamkeit von Potestativbedingungen in letztwilligen Verfügungen an der Ausübung unzulässigen Drucks auf den Bedachten zu messen.

⁹⁶ J. Mayer in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194, 215.

⁹⁷ Siehe Gaier, ZEV 2006, 2, 5.

⁹⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich Scheuren-Brandes, ZEV 2005, 185. Siehe ferner J. Mayer in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194, 216 f.; Otte, ZEV 2004, 393, 397. Bislang geht die Rspr. soweit ersichtlich ohne weiteres von der Wirksamkeit solcher Klauseln aus, vgl. etwa BGHZ 96, 198, 202 ff.; BGH, FamRZ 1965, 600; OLG Hamm, FamRZ 1995, 250, 251.

⁹⁹ So zutreffend J. Mayer in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194, 217. Formulierungsvorschläge finden sich bei Scheuren-Brandes, ZEV 2005, 185.

¹⁰⁰ So auch Scheuren-Brandes, ZEV 2005, 185, 188.

¹⁰¹ Näher zu diesem Gestaltungsmittel Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 840.

¹⁰² J. Mayer in DAI, 3. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2005, S. 194, 217. Für die Jastrow'sche Klausel bereits problematisierend Seubert, Die Jastrow'sche Klausel, 1999, S. 15 ff.

Alles in allem bleibt festzuhalten, dass Potestativbedingungen in letztwilligen Verfügungen auch in Zukunft ein spannender Tummelplatz für den Kautelarjuristen sein werden.¹⁰³

2. Geliebtentestament

Abschließend noch ein paar Worte zu einem etwas delikaten Thema, dem sog. Geliebtentestament. Seit dem Rechtsprechungswandel im Jahre 1970 werden Zuwendungen im Rahmen eines außerehelichen Liebesverhältnisses nur dann als sittenwidrig angesehen, wenn sie ausschließlich dem Zweck dienen, die geschlechtliche Hingabe zu belohnen oder zu fördern.¹⁰⁴ Nur wenn also – so der gängige Merksatz – die „Hergabe für Hingabe“ erfolgt, kann davon ausgegangen werden, dass die durch Art. 6 GG geschützten Interessen der nächsten Verwandten übermäßig beeinträchtigt sind und die entsprechende letztwillige Verfügung sittenwidrig ist. Eine tatsächliche Vermutung, dass Zuwendungen an einen Ehebruchspartner eine Belohnung für geschlechtliche Hingabe darstellen, besteht dabei nicht.¹⁰⁵ Diese von der früheren Rechtsprechung¹⁰⁶ abweichende Beweislastverteilung bedeutet, dass Zuwendungen zugunsten von Geliebten praktisch nicht mehr an § 138 BGB scheitern.¹⁰⁷

IV. Schlussfolgerungen für die erbrechtliche Beratungspraxis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass im Spannungsfeld von Testierfreiheit und deren Schranken einige wichtige und für den erbrechtlichen Berater praxisrelevante Fragen mittlerweile von der Rechtsprechung geklärt wurden, die Beantwortung vieler anderer Fragen jedoch noch aussteht. Sicher ist,

103 Dogmatisch nicht an dieser Stelle zu thematisieren sind m. E. diejenigen Gestaltungsinstrumente, die unter dem Stichwort *Behindertentestament* bekannt geworden sind. Hier geht es primär nicht um einen Verstoß gegen Grundrechte, sondern vielmehr um die Frage der Sittenwidrigkeit einer Regelung, mit Hilfe derer die Zugriffsmöglichkeiten der Sozialhilfeträger auf den Erb- und Pflichtteil des Behinderten und damit der sozialhilferechtliche Nachranggrundsatz (§ 2 Abs. 1 SGB XII) unterlaufen werden. Zu dieser Frage vgl. BGH, NJW 1994, 248.

104 Vgl. BGHZ 53, 369, 375; 77, 55, 59; 112, 259, 262; allg. M. Siehe nur MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbrüster, § 138 Rdnr. 59. Dasselbe gilt für Zuwendungen in einer homosexuellen Beziehung, siehe OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1995, 265.

105 BGH, FamRZ 1971, 638.

106 BGH, NJW 1964, 764.

107 So zutreffend Palandt/Heinrichs, § 138 Rdnr. 50. Näher hierzu Leibold, Erbrecht, Rdnr. 246; Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 4, Rdnr. 69 m. w. N. Dies gilt umso mehr, als sich die sozialen Anschauungen seit den BGH-Entscheidungen in den 70er Jahren ganz erheblich gewandelt haben.

dass die Gebote und Gewährleistungen des Grundgesetzes immer wieder in die kautelarjuristische Praxis einwirken werden und deshalb bei Beratung und Beurkundung nicht außer Acht gelassen werden sollten.

Selbstverständlich sind bei der Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen gesetzliche Vorgaben zu beachten und Verbotsgebote einzuhalten. Auf die mögliche Nichtigkeit einer Vorschrift sollte man sicherlich nicht vertrauen, mag man auch persönlich von der Verfassungswidrigkeit einer maßgeblichen Norm überzeugt sein. Bestehen – wie z. B. im Hinblick auf die Wiederverheiratursklauseln – verfassungsrechtliche Zweifel an der aktuellen Rechtslage, sollte man künftige Rechtsentwicklungen aber möglichst antizipieren und in die Beratung einbeziehen. Dies gilt insbesondere, sofern – wie aktuell im Falle der Erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften – ein Urteil des BVerfG ansteht oder der Gesetzgeber beginnt, aktiv zu werden.

Grenzfälle bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen wird es dennoch immer wieder geben. Wer beispielsweise die Bewertungsdiskrepanz zwischen BGH und BVerfG im Fall Hohenzollern betrachtet, dem wird schnell bewusst, wie schwierig es ist, Prognoseentscheidungen zu treffen, wenn der beratende Jurist mit fragwürdigen, möglicherweise sittenwidrigen Ansinnen künftiger Erblasser konfrontiert wird. Hier kann man nur empfehlen, den Sachverhalt auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen und die Verfügung von Todes wegen entlang gesicherter Leitlinien der Rechtsprechung zu entwerfen. Unter Umständen sollte man hier wegen des hohen Stellenwertes des Erblasserwillens bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen sogar darüber nachdenken, ausnahmsweise¹⁰⁸ achtenswerte Motive für bestimmte Verfügungen in der Urkunde darzulegen.¹⁰⁹ Gerade in Grenzfällen gilt ferner die Empfehlung, die Beteiligten in jedem Fall über die vorhandenen Risiken, mögliche Entwicklungen und die verfassungsrechtlichen Unwägbarkeiten umfassend zu belehren und diese Belehrung auch zu dokumentieren.

108 Grundsätzlich ist von einer Niederlegung von Beweggründen eher abzuraten, da so mitunter der Boden für eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung bereitet werden könnte. Vgl. BayObLG, ZEV 1994, 369 = DNotZ 1995, 715; MünchKommBGB/Leibold, § 2078 Rdnr. 31; Winkler, ZEV 1994, 371. Zum Ganzen auch Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 790.

109 Vgl. Scheuren-Brandes, ZEV 2005, 185, 188. So schlägt bspw. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 259 a. E. im Zusammenhang mit dem „Geliebtentestament“ vor, zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten eine zwischen dem Erblasser und dem bzw. der Bedachten bestehende oder frühere außereheliche sexuelle Beziehung zu offenbaren und vorhandene achtenswerte Motive darzulegen.

Die Kostenrechtsprechung des BayObLG und des OLG München im Jahr 2005

– Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am OLG München *Richard Wimmer*, Haar bei München

Der Überblick umfasst Entscheidungen des 3. Zivilsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des 32. Zivilsenats des OLG München zum Notarkostenrecht, aber auch zu den Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Der Verfasser gehört dem für Notarkostensachen zuständigen 32. Zivilsenat seit 16.8.2005 an. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die über den bloßen Entscheidungswortlaut hinausgehen. Die angegebenen Fundstellen sollen ein rasches Auffinden im Bedarfsfalle ermöglichen.

1. BayObLG, Beschluss vom 23.3.2005, 3Z BR 274/04

Fundstellen: NotBZ 2005, 216; JurBüro 2005, 442; FGPrax 2005, 178; RNotZ 2005, 362; ZNotP 2005, 277

Haftung des zur Abgabe einer Willenserklärung Verurteilten für die durch die Erklärung des Vollsteckungsgläubigers entstandenen Notarkosten:

Ist der Käufer eines Grundstücks zur Abgabe einer Auflassungserklärung verurteilt worden, kann der Käufer nicht wegen Abgabe einer Willenserklärung als Veranlassungsschuldner nach § 141, § 2 Nr. 1 KostO für die Kosten der Urkunde herangezogen werden.

2. OLG München, Beschluss vom 7.9.2005, 32 Wx 34/05; BGH, Beschluss vom 8.12.2005, V ZB 144/05

Fundstellen der BGH-Entscheidung: MittBayNot 2006, 351 (in diesem Heft); NotBZ 2006, 141; NJW 2006, 1208; ZNotP 2006, 117 f. mit Anm. *Tiedtke*

Gebühr für Verweisungsurkunde:

Das Oberlandesgericht hatte zu entscheiden, ob eine sog. Verweisungsurkunde ohne rechtsgeschäftliche Erklärungen, d. h., eine Urkunde, die nur eine Baubeschreibung enthielt, damit in anderen Urkunden auf sie verwiesen werden kann, eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO oder nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst. Es wollte folgend der Rechtsansicht des BayObLG nur den Anfall einer 1/2 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO annehmen, hat aber wegen abweichender Rechtsansicht des OLG Schleswig und des OLG Hamm sowie des Kammergerichts die Sache dem BGH vorgelegt. Dieser hat entschieden, dass die Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO nicht nur bei der Beurkundung einseitiger rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, sondern, vorbehaltlich besonderer Gebührentatbestände, bei der Beurkundung jeglicher einseitiger Erklärungen anfallt, und dass die Errichtung einer sogenannten Verweisungsurkunde eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und nicht nur eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst; darauf, ob die Erklärungen nur tatsächlichen oder auch rechtsgeschäftlichen Inhalts sind, komme es nicht an.

3. OLG München, Beschluss vom 24.10.2005, 32 Wx 097/05

Fundstellen: MittBayNot 2006, 353 (in diesem Heft); RNotZ 2005, 622; ZNotP 2006, 119

Voraussetzungen für die Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO:

Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO setzt einen im Zeitpunkt der Übergabe ausreichend leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betrieb und die Absicht des Erwerbers diesen fortzuführen voraus. Ein ausreichend leistungsfähiger Betrieb ist in der Regel gegeben, wenn er die nach § 1 Abs. 5 des Gesetzes über die Altershilfe für Landwirte bzw. des Gesetzes zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft erforderlichen Mindestgrößen aufweist. An den Inhaber eines anderen Betriebes verpachtete Flächen sind abzuziehen. Der Fortführungsabsicht des Erwerbers steht dabei nicht entgegen, dass die Fortführung durch den Erwerber wegen Betriebsverpachtung im Zeitpunkt der Übergabe noch nicht möglich ist, sofern eine konkrete Aussicht auf Fortführung besteht.

4. OLG München, Beschluss vom 28.10.2005, 32 Wx 110/05

Fundstellen: DStR 2005, 2096; DB 2005, 2810; NZG 2006, 65

Zur Bestimmung des Geschäftswertes von GmbH-Anteilen nach § 19 KostO:

Nicht vinkulierte GmbH-Anteile sind nach § 19 Abs. 1 KostO regelmäßig nach dem sog. Berliner Verfahren, das in gleicher Weise den Unternehmenssubstanzwert als auch den Ertragswert berücksichtigt, unter Abzug eines angemessenen Abschlags zu bewerten. Liegen konkrete höhere Kaufangebote vor, sind diese zu berücksichtigen.

Bestehen bei vinkulierten GmbH-Anteilen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Mitgesellschafter die Anteilsveräußerung genehmigen oder dass der Verkauf des gesamten Unternehmens geplant ist, so ist für die Schätzung des Geschäftswertes nach § 19 Abs. 1 KostO die Höhe des gesellschaftsrechtlich zu bestimmenden Abfindungsbetrages bei Austritt aus der Gesellschaft maßgebend. Ist im Gesellschaftsvertrag nichts bestimmt, entspricht der Abfindungsbetrag dem anteiligen Unternehmenswert, so dass die Bewertung nach dem vorstehenden Absatz vorzunehmen ist. Ist aber im Gesellschaftsvertrag ein Verfahren für die Ermittlung der Abfindung in wirksamer Weise bestimmt, so ist diese für die Schätzung maßgebend, sofern der bestimmte Abfindungsbetrag nicht nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten eine unangemessen niedrige Abfindung ergeben und deshalb anzupassen ist. Etwaige Chancen, durch Verhandlungen eine höhere Abfindung zu erreichen, oder Maßnahmen der willkürlichen Verfälschung des Ertragswerts durch verdeckte Gewinnausschüttungen können durch angemessene Zuschläge zu den ermittelten Abfindungsbeträgen berücksichtigt werden.

Diese Entscheidung erging in einem Erbscheinsverfahren; die Entscheidung ist aber auch für die Notarkostenberechnung vor allem für letztwillige Verfügungen, aber auch für Beurkundung von Geschäftsanteilübertragungsverträgen, sofern nicht der Kaufpreis höher ist (§ 20 Abs. 1 Satz 2 KostO), von Bedeutung.

5. OLG München, Beschluss vom 3.11.2005, 32 Wx 111/05

Fundstelle: MittBayNot 2006, 354 (in diesem Heft) mit Anm. Schwarz

Anforderung an Notarkostenrechnungen und Geschäftswert für Erb- und Pflichtteilsverzicht:

Nicht selten werden die Auslagen in den Notarrechnungen nicht ausreichend aufgeschlüsselt. In Notarrechnungen ist aber nach § 154 KostO auch für die Auslagen die rechtfertigende Kostenvorschrift mit den maßgebenden Absätzen und eventuellen weiteren Untergliederungen aufzuführen. Ist dies nicht der Fall, ist die Rechnung ohne Bindung an Sachanträge aufzuheben. Das Landgericht als Beschwerdegericht hat jedoch den Notar auf die Fehlerhaftigkeit der Rechnung hinzuweisen und dem Notar Gelegenheit zu geben eine ordnungsgemäße Rechnung nachzureichen.

Ergänzend möchte der *Verf.* auch darauf hinweisen, dass darauf zu achten ist, dass die Rechnung am Ende zu unterschreiben ist und es nicht ausreicht, das Anschreiben mit dem Gesamtbetrag zu unterzeichnen und die Aufgliederung nach den Kostenvorschriften ununterschrieben beizufügen.¹

Bei der Bemessung des Geschäftswertes für einen Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag ist im Rahmen der durchzuführenden Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO auch die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen, dass der Verzichtende ohne den Verzicht gesetzlicher Erbe wird. Insbesondere muss, wenn der Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung getroffen wird, berücksichtigt werden, dass die Vertragsparteien die Scheidung beabsichtigen bzw. in Scheidung leben.

6. OLG München, Beschluss vom 8.11.2005, 32 Wx 113/05

Fundstellen: RNotZ 2006, 69; ZNotP 2006, 79

Beurkundung der Gründung einer Aktiengesellschaft zusammen mit der Bestellung des ersten Aufsichtsrates in einer Urkunde:

Beurkundet der Notar anlässlich der Gründung einer Aktiengesellschaft in derselben Urkunde zugleich den Beschluss der Gründer über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates, so erwächst ihm außer der Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung der Feststellung der Satzung zusätzlich eine besondere Gebühr gemäß § 47 KostO.

¹ Zur gleichen Problematik bei Steuerberaterhonoraren Wimmer, DStR 1996, 440 ff.

7. OLG München, Beschluss vom 3.11.2005, 32 Wx 109/05; BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05

Fundstelle: FGPrax 2006, 41

Fundstellen der BGH-Entscheidung: BGH-Report 2006, 616; WM 2006, 733; JurBüro 2006, 262

Geschäftswert bei Beurkundung eines Kaufvertrages mit gleichzeitiger Beurkundung einer Zustimmung zu einer Lastenfreistellung:

Bei der Bestimmung des Geschäftswertes ist für die Beurkundung eines Kaufvertrages mit gleichzeitiger Beurkundung einer Zustimmung zu einer Lastenfreistellung nur der Kaufpreis nach § 44 Abs. 1 KostO maßgeblich. Wegen der abweichenden Auffassung des OLG Rostock wurde die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Der Bundesgerichtshof hat sich mit Beschluss vom 9.2.2006 der Auffassung des OLG München angeschlossen.

8. OLG München, Beschluss vom 30.11.2005, 32 Wx 122/05

Fundstellen: MittBayNot 2006, 357 (in diesem Heft) mit Anm. Prüfungsabteilung; NotBZ 2006, 103; FGPrax 2006, 42; JurBüro 2006, 148

Zur Gebührenhöhe bei kostengünstigerer Beurkundungsmöglichkeit und für Vertragsaufhebung:

Der Anfall einer Notargebühr nach der KostO bestimmt sich nach den tatsächlich beurkundeten Willenserklärungen, auch wenn der gleiche Zweck kostengünstiger durch die Beurkundung anderer Willenserklärungen erreicht hätte werden können. Wegen unrichtiger Sachbehandlung im Sinne der §§ 141, 16 Abs. 1 KostO werden Gebühren nicht erhoben, welche diejenigen übersteigen, die entstanden wären, wenn der Notar eine kostensparendere, gleich sichere, sachdienliche und übliche Gestaltungsmöglichkeit gewählt hätte. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gestaltungsmöglichkeit diese Anforderungen erfüllt, hat der Notar einen weiten Ermessensspielraum.

Soll ein Grundstückskaufvertrag, der ein Wiederkaufsrecht für die verkaufende Gemeinde für die Fälle der Weiterveräußerung ohne Bebauung oder des Nichtbeginns der Bebauung innerhalb von fünf Jahren enthält, vor Ablauf dieser Frist aufgehoben werden, stellt es keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn der Notar einen Aufhebungsvertrag anstatt einer Abänderung des Vertrages, die bereits jetzt den Wiederkauf ermöglicht, und einer anschließenden einseitigen Wiederkaufserklärung beurkundet. Dies gilt zumindest dann, wenn dem Notar bei dem Beurkundungstermin ausschließlich der Beschluss des Gemeinderats über die Zustimmung zur Vertragsaufhebung und nicht eine Zustimmung zur Vertragsänderung vorliegt und die Beurkundung des Aufhebungsvertrags nur geringfügig teurer ist.

Die Aufhebung eines Vertrages stellt keine Vertragsänderung im Sinne des § 42 KostO dar.

Notarkosten bei GmbH-Anteilsübertragungen – Ergebnisse einer Umfrage zur Verteilung und Höhe von Geschäftswerten und Gebühren bei GmbH-Anteilsabtretungen –

Von Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Der Bayerische Notarverein e. V. hat unter seinen Mitgliedern eine Umfrage zu Geschäftswerten und Gebühren bei GmbH-Anteilsabtretungen durchgeführt. Es ging um die Frage, wie häufig und zu welchen Gebühren Notare bei der Übertragung von Geschäftsanteilen tätig sind, also den Sachverhalt ermitteln, eine Beratung der Beteiligten vornehmen und entsprechende Übertragungsurkunden für Verkauf oder Schenkung von GmbH-Anteilen entwerfen¹ und beurkunden.

Die Notarkosten, die insgesamt für Beratung, Entwurf und Beurkundung anfallen, richten sich nach dem Geschäftswert. Dies ist der Verkehrswert des veräußerten Anteils, mithin beim Verkauf regelmäßig die Gegenleistung des Käufers. Auf den Nennbetrag des Anteils am Stammkapital oder die Bilanzsumme der GmbH kommt es nicht an. Zu den angegebenen Gebührensätzen treten noch Auslagen und die gesetzliche Mehrwertsteuer.

Alle 556 in Bayern und der Pfalz amtierenden Notare wurden um Mitwirkung gebeten. 448 Notare reichten ausgefüllte

Fragebogen ein. Dies entspricht einem Anteil von knapp 81 %. Die Ergebnisse – ermittelt für das Jahr 2005 – sind nachfolgend für Bayern und die Pfalz wiedergegeben.² Dabei schließen die dargestellten Wertkategorien aneinander an („bis 25.000“ meint also Geschäftswerte von „12.501 bis 25.000 €“).

Fast die Hälfte der GmbH-Anteilsübertragungen löst demnach Notarkosten von 120 € oder weniger aus. Kosten von mehr als 414 € fallen nur bei rund 13 % aller beurkundeten Geschäftsanteilsabtretungen an. Hervorzuheben ist, dass in der Gruppe der Abtretungen von 25.001 € bis 100.000 € auch regelmäßig die Verkäufe von Vorratsgesellschaften enthalten sind, deren Verkehrswerte üblicherweise zwischen 27.000 € und 30.000 € liegen.

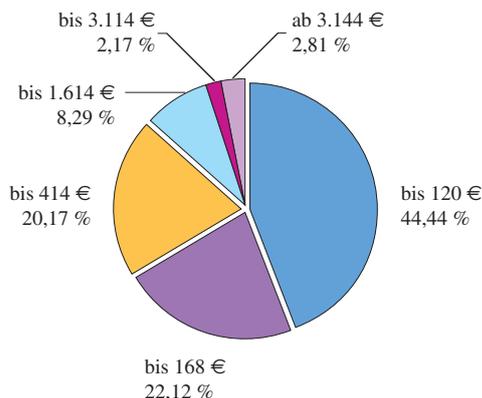
Herzlichen Dank allen Kolleginnen und Kollegen, die an der Erhebung mitgewirkt haben.

¹ Der Anteil von sog. Fremdentwürfen, also vom Notar beurkundete, aber nicht selbst entworfene Verträge, zur Abtretung von Geschäftsanteilen beträgt nach einer Erhebung aus dem Jahr 2003 lediglich 2,93 %, *Walz*, MittBayNot 2003, 365.

² Diagramme: Deutscher Notarverein e. V., Berlin. Die weiteren im Deutschen Notarverein organisierten Vereine des hauptberuflichen Notariats haben sich der Umfrage für ihre Bezirke angeschlossen und identische Erhebungen unter ihren Mitgliedern durchgeführt. Die den bayerischen und pfälzischen Ergebnissen sehr ähnlichen Verteilungen werden demnächst in der Zeitschrift *notar* veröffentlicht.

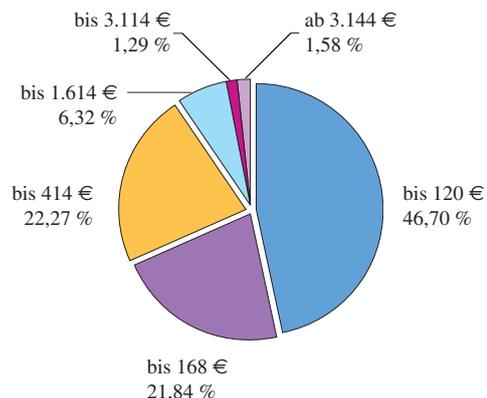
Bayern

Notargebühren	bis 120 €	bis 168 €	bis 414 €	bis 1.614 €	bis 3.114 €	ab 3.144 €
Geschäftswert (€)	bis 12.500	bis 25.000	bis 100.000	bis 500.000	bis 1 Mio.	über 1 Mio.
Anteil	44,44 %	22,12 %	20,17 %	8,29 %	2,17 %	2,81 %



Pfalz

Notargebühren	bis 120 €	bis 168 €	bis 414 €	bis 1.614 €	bis 3.114 €	ab 3.144 €
Geschäftswert (€)	bis 12.500	bis 25.000	bis 100.000	bis 500.000	bis 1 Mio.	über 1 Mio.
Anteil	46,70 %	21,84 %	22,27 %	6,32 %	1,29 %	1,58 %



TAGUNGSBERICHT

GmbH-Reform: Sondertagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung am 21./22.4.2006 in Frankfurt

Von Notar *Tobias Fembacher*, Greding

Die Zukunft der GmbH ist derzeit wohl das am heftigsten diskutierte Thema des Gesellschaftsrechts. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit der Gründung von Zweigniederlassungen europäischer Auslandsgesellschaften sieht sich die GmbH zweifellos einem verstärkten internationalen Wettbewerb der Gesellschaftsformen ausgesetzt. Unabhängig davon stellen sich jedoch auch weitere, dem GmbH-Recht immanente Reformfragen, insbesondere zu den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und -erhaltung, dem Eigenkapitalersatzrecht sowie der Registerpraxis.

Daher hat auch die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung – Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – ihre Frankfurter Sondertagung am 21./22.4.2006 dem Thema „GmbH-Reform“ gewidmet und dazu namhafte Experten aus Wissenschaft und Praxis als Referenten gewonnen.

Zu Beginn der Veranstaltung sprach Prof. *Priester* zu Fragen des Mindestkapitals und der Zukunft der Sacheinlageregeln in der GmbH. Beachtlich war vor allem, dass *Priester* sich klar gegen eine qualitative Nivellierung der GmbH, insbesondere im Vergleich zur britischen Limited, aussprach. Das gesetzliche Mindestkapital erfülle eine zentrale Funktion für die GmbH als „Seriositätsschwelle, Eigenbeteiligung der Gesellschafter am Unternehmensrisiko, Verlustpuffer und Ausschüttungssperre“. Andererseits bejahte der Referent, dass es für die „spezifische Klientel der Limited“ durchaus das Bedürfnis nach Etablierung einer neuen Rechtsform neben der GmbH geben könne. Als denkbare Alternative brachte *Priester* dabei auch das im Bayerischen Staatsministerium der Justiz entwickelte Modell eines „Kaufmanns mit beschränkter Haftung“ ins Gespräch, der seine Haftung etwa durch Erstellung eines Inventars auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränken könne.

Auch Prof. *Joost* von der Universität Hamburg bezog eine im GmbH-rechtlichen Sinne „konservative“ Position zum Thema „Eigenkapitalschutz vor neuen Herausforderungen“. Insbesondere ging *Joost* dabei auf die Einordnung der Cash-Pool-Problematik in das geltende System des Eigenkapitalrechts der GmbH ein. Dabei vertrat er, ähnlich wie die Rechtsprechung, die Auffassung, dass Darlehensgewährungen an Gesellschafter auch dann nach den Regeln des § 30 Abs. 1 GmbHG zu beurteilen seien, wenn sie mit der Begründung werthaltiger Rückzahlungsansprüche einhergingen. Bei einem Cash-Pool-System im Konzern müsse daher die Stammkapitalziffer der Gesellschaft ohne Berücksichtigung von möglichen Rückzahlungen aus dem Cash-Pool bilanziell gedeckt bleiben. Dem aus dem Teilnehmerkreis geäußerten Einwand, die Zulässigkeit eines Cash-Pools vor dem Hintergrund der Kapitalersatzregeln sei nach dem „Gesamtinteresse“ der Konzerngesellschaften zu beurteilen, entgegnete *Joost*, eine solche Auffassung finde schlicht keine Stütze im Gesetz.

Als besonders interessant für die notarielle Praxis erwiesen sich die Ausführungen des Kollegen *Thomas Wachter* aus Osterhofen. Er unterbreitete zehn Vorschläge zur „Verschlanung des Registerverfahrens bei der GmbH-Gründung“. *Wachter* wies in seiner Ausgangsanalyse zwar darauf hin, dass die Eintragungsdauer für GmbH-Gründungen in Deutschland im internationalen Vergleich keineswegs überdurchschnittlich lange sei und überdies große regionale Unterschiede bestehen würden. Gerade im Hinblick auf die internationale Konkurrenzsituation für die deutsche GmbH sei es aber in jedem Falle erstrebenswert, die Eintragungsdauer weiter zu verkürzen. Dazu schlug *Wachter* u. a. vor, die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG zu streichen, wonach die Eintragung einer GmbH nur bei Vorlage der öffentlich-rechtlich erforderlichen Genehmigungen erfolgen könne. Ebenso könne auf die Angabe des Unternehmensgegenstandes als zwingender Satzungsbestandteil sowie auf die Einholung einer IHK-Stellungnahme für die Eintragung einer GmbH verzichtet werden. Auch die Kapitalaufbringung müsse nicht durch das Registergericht kontrolliert werden. Vielmehr könne dies zumindest bei Bargründungen auch dadurch geschehen, dass der Notar die Anmeldung der GmbH-Gründung immer erst nach Vorlage eines Einzahlungsbelegs an das Registergericht weitergibt.

Die Referate von Prof. *Hommelhoff* sowie Prof. *Karsten Schmidt* beschäftigten sich schließlich noch mit den Themen „Eigenkapitalersatz“ sowie „Verantwortlichkeit der Geschäftsführer“. Insbesondere zu den Ausführungen von *Schmidt* entwickelte sich eine lebhaft diskutierte Haftung der Geschäftsführer und auch der Gesellschafter im Vorfeld einer Insolvenz aussprach. *Schmidt* bezog sich dabei erkennbar auf das Konzept des *wrongful trading* aus dem anglo-amerikanischen Recht und schlug als Reformansatz für das deutsche Recht u. a. vor, dass Geschäftsführer einer Gesellschaft, über deren Vermögen das Verfahren mangels Masse nicht eröffnet oder eingestellt worden sei, den Alt- wie Neugläubigern gegenüber persönlich auf Verlustausgleich haften sollten, sofern sie sich nicht individuell entlasten könnten.

Am zweiten Tag stand das für Notare spannendste rechtspolitische Thema im Vordergrund, nämlich der mögliche Reformbedarf im Recht der GmbH-Anteilsübertragung. Prof. *Zöllner* aus Tübingen setzte sich dabei insbesondere mit dem Erfordernis der notariellen Beurkundung der GmbH-Anteilsübertragung nach § 15 GmbHG auseinander. *Zöllner* begründete die Beurkundungspflicht mit überzeugenden Argumenten. So wies er etwa darauf hin, dass sich der Gesetzeszweck des § 15 GmbHG mittlerweile nicht mehr auf den vom historischen Gesetzgeber intendierten, nämlich den „spekulativen Handel“ mit GmbH-Anteilen zu verhindern, reduzieren lasse, sondern zumindest ein erwerber- und gläubigergerichteter Warnzweck

hinzutreten sei. Weiter gewährleiste die notarielle Beurkundung die Feststellung der Anteilsinhaberschaft, was insbesondere für Investoren von außerordentlicher Bedeutung sei. Skeptisch äußerte sich *Zöllner* zur Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen, da fraglich sei, wo insoweit die „Rechtsscheinbasis“ liegen solle. In der Diskussion wurde dazu jedoch mehrfach eine durch den Gründungsnotar der Gesellschaft oder das Registergericht geführte, mit öffentlichem Glauben ausgestattete Gesellschafterliste ins Gespräch gebracht.

Prof. *Behrens* aus Hamburg untersuchte Formerfordernisse bei der Anteilsübertragung aus rechtsvergleichender Sicht. Er stellte fest, dass sich dazu in den europäischen Rechtsordnungen von der formlosen Übertragung über die Schriftform, notarielle Beglaubigung bis hin zur notariellen Beurkundung die verschiedensten Lösungsansätze finden ließen. Kritisch griff *Behrens* die *Zöllnersche* Auslegung des Formzwecks des § 15 GmbHG auf und argumentierte, die Beweisfunktion sowie die Warn- und Belehrungsfunktion seien der Vorschrift letztlich „untergeschoben“ worden. Im Kern gehe es weiter um die Immobilisierung von GmbH-Anteilen. Dies lasse sich jedoch auch durch die konstitutive Eintragung einer schriftlichen Anteilsübertragung in ein Gesellschafterverzeichnis (wie in der Schweiz) oder durch die öffentliche Beglaubigung der Übertragung (wie in Italien) erreichen.

In der Diskussion zur notariellen Beurkundungspflicht waren deutlich zwei Lager auszumachen. Während sich die Vertreter der Wissenschaft, wie etwa Prof. *Ulmer*, ausdrücklich positiv äußerten und die Rolle des Notars insbesondere auch im Hinblick auf die bei einer GmbH-Anteilsübertragung bestehenden Haftungsrisiken heraushoben, kritisierten v. a. international tätige Gesellschaftsrechtsanwälte das Beurkundungserfordernis. *Priester* wies jedoch mit Nachdruck darauf hin, dass die überwältigende Mehrzahl von Anteilsabtretungen sich im kleingewerblichen und mittelständischen Bereich ohne anwaltliche Beratung abspiele und hier der notariellen Beurkundung herausragende Bedeutung zukomme.

Auch wenn § 15 GmbHG im Schlussvortrag von Prof. *Lutter* nochmals kritisch aufgenommen und kommentiert wurde, konnte man doch den Eindruck gewinnen, dass unter den Teilnehmern der Tagung hier mit Sicherheit nicht der vordringlichste Reformbedarf gesehen wurde. Quintessenz der Referate und Diskussionsbeiträge war vielmehr, dass quer durch die vertretenen juristischen Berufsgruppen von einer GmbH-Reform nicht eine qualitative Schmälerung der GmbH etwa im Bereich Mindestkapital oder Kapitalaufbringung und -erhaltung erwartet wird, sondern vielmehr die konzeptionellen Überlegungen für eine alternative Rechtsform wie etwa den „Kaufmann mit beschränkter Haftung“ verstärkt werden sollten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Basty: Der Bauträgervertrag. 5. Aufl., Heymanns, 2005. 712 S., 98 €

Die Überarbeitung der im Jahre 2002 erschienenen 4. Auflage stellte den Autor vor eine monumentale Aufgabe. Er musste neben den Neuerungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die seit 2002 ergangenen zahlreichen grundlegenden Entscheidungen des BGH¹ und eine kaum noch überschaubare Flut an Veröffentlichungen zum Bauträgerrecht auswerten und einarbeiten. Veröffentlichungen und Rechtsprechung sind bis Anfang August 2005 berücksichtigt.

Die Rechtsentwicklung seit 2002 und deren vielfältigen Auswirkungen auf das Bauträgerrecht erforderten eine umfassende Überarbeitung und eine Neugestaltung zahlreicher Teile des Werkes.

Der Autor hat diese Aufgabe in bewundernswerter Weise bewältigt. Das Werk zeichnet sich durch eine umfassende Aufbereitung der Literatur und der Rechtsprechung sowie durch wissenschaftliche Redlichkeit aus. Ein besonderer Vorzug des Werkes besteht darin, dass der Autor die teilweise unterschiedlichen Beurteilungen zahlreicher Rechtsfragen durch das notarielle und das baurechtliche Schrifttum ausweist. Zu offenen Fragen hat er jeweils den Meinungsstand dargestellt und Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt. Die Lösungsvorschläge zu streitigen Fragen sind durchweg an dem Ziel des Autors² orientiert, das traditionelle Modell des Bauträgervertrages zu bewahren. Anschauliche Beispiele hierfür sind die Ausführungen zur Verordnung über Abschlagszahlungen (Rdnr. 31 ff.) und zu der Kritik an der sogenannten Vormerkungslösung (Rdnr. 256 ff.).

Auf der Grundlage seiner These, dass durch die Verordnung über Abschlagszahlungen die Regelungen des § 3 Abs. 2 MaBV in das Zivilrecht transformiert worden sind, vertritt der Autor die Ansicht, dass mit der Verordnung trotz der im Schrifttum geäußerten verfassungs- und europarechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Verordnung eine rechtssichere Grundlage für die Gestaltung von Bauträgerverträgen geschaffen worden ist. Die Ausgangsthese ist unzutreffend. Die Verordnung regelt nicht die Transformation der Regelung der MaBV in das Zivilrecht. Ein derartiger Inhalt der Verordnung wäre außerdem durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt. § 1 der Verordnung sieht vor, dass „der Besteller zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden“ kann. „Die Stellung weitergehender Sicherheiten für die Abschlagszahlungen braucht nicht vorgesehen zu werden.“ Der Zweck der Regelung besteht darin, eine Inhaltskontrolle gemäß § 307

Abs. 1 BGB und eine Missbrauchskontrolle in Verbraucher-Verträgen gemäß § 310 Abs. 3 BGB von Abschlagszahlungsvereinbarungen am Leitbild des § 632 a BGB zugunsten des Bauträgers und zu Lasten des Erwerbers zu verhindern, wenn die Vertragsparteien Zahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV abweichend von § 632 a BGB vereinbaren.³ Die damit intendierte Beschränkung der Missbrauchskontrolle im Rahmen der Klauselrichtlinie (§ 310 Abs. 3 BGB) durch eine nationale Regelung ist mit dem Anwendungsvorrang des sekundären Gemeinschaftsrechts⁴ unvereinbar.⁵ Angesichts dieser Rechtslage ist die Ansicht des Autors, die Verordnung sei eine sichere Grundlage für die Gestaltung von Bauträgerverträgen, nicht vertretbar. Sie steht auch nicht im Einklang mit den vom Autor geäußerten Zweifeln daran, dass die Verordnung im Rahmen der Klauselrichtlinie die Missbrauchskontrolle sperren kann (Rdnr. 20).

Der Autor erläutert die für den Erwerber mit der sogenannten Vormerkungslösung verbundenen Nachteile und Risiken, die beachtliche Zweifel daran begründen, ob die traditionelle Vertragsgestaltung einer Missbrauchskontrolle nach der Klauselrichtlinie standhält.⁶ Ohne nähere Begründung vertritt der Autor die Ansicht, dass die Risiken der Vormerkungslösung unbedenklich seien.

Die Grundsatzurteile des BGH hat er sorgfältig analysiert und deren Folgen für die Vertragsgestaltung aufgezeigt. Die Schwerpunkte der Neuauflage entsprechen diesen Grundsatzentscheidungen. Sie betreffen die Bauerrichtungsverpflichtung des Bauträgers, die geschuldete Wohnfläche, die Veräußerung sanierter Altbauten, die Beurkundungsbedürftigkeit der Herstellungsverpflichtung bei sogenannten fertig gestellten Objekten, das Freigabeversprechen und die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sowie die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers. Einen weiteren Schwerpunkt bilden die ausführlichen und differenzierten Erörterungen der bisher von der Rechtsprechung nur im Ansatz geklärten Fragen der Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums.

Das Werk bietet Notaren, Rechtsanwälten und Gerichten verlässliche Informationen über zahlreiche Rechtsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten des Bauträgervertrages. Ein detailliertes Inhaltsverzeichnis und ein umfangreiches Sachregister erleichtern dem Leser den Zugang zu speziellen, ihn interessierenden Fragen.

Rechtsanwalt Professor Dr. *Reinhold Thode*,
Richter am BGH a. D., Landau/Pfalz

¹ Vgl. etwa *Thode*, ZNotP 2005, 162.

² Der Autor war beteiligt an der Konzeption des Diskussionsentwurfs der Bundesnotarkammer über die Regelung des Bauträgervertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch, der u. a. vorsieht, dass die Regelungen des § 3 MaBV in das BGB übernommen werden; vgl. dazu die kritische Analyse des Diskussionsentwurfs von *Thode/Wagner*, BTR 2006, 2 sowie die Stellungnahme der Bundesnotarkammer zu dieser Analyse, BTR 2006, 58 und das Editorial von *Basty*, BTR 2006, 57.

³ Hierzu *Thode*, ZNotP 2006, 208.

⁴ Vgl. etwa *Wiedmann* in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, Rdnr. 45 ff. sowie *Vogel*, BauR 2006, 744.

⁵ Vgl. *Thode*, ZfIR 2001, 345, *ders.* in Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, S. 267, 306 ff.; *Kraczewski/Vogel*, BauR 2001, 859, 861 f.; *Erman/Schwenker*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 632 a BGB Rdnr. 15; *Vogel*, BauR 2006, 744; *Wagner*, ZNotP 2002, Beilage 1.

⁶ Hierzu i. E. *Thode*, ZNotP 2004, 210; zu den Risiken in der Insolvenz des Bauträgers vgl. i. E. *Schmitz* in Grziwotz/Koeble (Hrsg.), Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 5. Teil Rdnr. 13 ff.; *ders.*, Die Bauinsolvenz, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 538 ff.

Kreuzer: Die Gemeinschaftsordnung nach dem WEG. RWS-Verlag, 2005. 186 S., 32 €

Bei dem in der Reihe RWS-Verlagsmuster erschienenen Buch zur Gemeinschaftsordnung nach dem WEG handelt es sich naturgemäß nicht in erster Linie um ein Lehrbuch. Es enthält vielmehr die für den Vertragsgestalter unentbehrlichen Vertragsmuster und Formulierungsvorschläge. Gleichwohl geht der Charakter des Werks hierüber aufgrund der tiefgehenden, präzisen und instruktiven Erläuterungen der gemachten Formulierungsvorschläge hinaus. Auch macht *Kreuzer* in der Einleitung (Rdnr. 26) konkrete Vorschläge zur Änderung des WEG, wie die ausdrückliche Normierung eines Anspruchs auf Anpassung der Gemeinschaftsordnung bei einer grundlegenden Änderung der Verhältnisse und einer Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümerversammlung für die Kostenverteilung, die auch vom Gesetzgeber im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze aufgegriffen werden (BT-Drucks. 16/887).

Das Werk enthält Muster zur Aufteilung durch einen und durch mehrere Eigentümer, zur Gemeinschaftsordnung in der üblichen Struktur, in der Mehrhausanlage und in der Anlage mit Einzel- und Reihenhäusern sowie zur späteren Änderung der Gemeinschaftsordnung. Des Weiteren sind Formulierungsvorschläge enthalten zur Einladung zur Wohnungseigentümerversammlung, zur Einholung eines Unschädlichkeitszeugnisses sowie zur Einholung der Genehmigung nicht anwesender Wohnungseigentümer. Diese Muster sind im Internet als RTF-Dokument bzw. als TXT-Datei abrufbar.

Die Mustersammlung ist äußerst umfangreich und deckt die in der Praxis typischerweise vorkommenden Fälle nahezu vollständig ab. Allein wünschenswert wäre eine Ergänzung um einen Vorschlag zur Gestaltung einer Gemeinschaftsordnung, die den nachträglichen Ausbau etwa eines Dachgeschosses ermöglichen soll. Hier hält *Kreuzer* eine Regelung außerhalb der Gemeinschaftsordnung durch Vertrag zwischen dem ausbauwilligen Eigentümer und der Wohnungseigentümergeinschaft für ausreichend (Rdnr. 569). Die Mustersammlung erstreckt sich insgesamt über 65 Seiten. Zahlreiche weitere wertvolle Formulierungsvorschläge finden sich zudem im Erläuterungsteil. Vielfach zeichnen sich die vorgeschlagenen Formulierungen durch eine große Detailgenauigkeit aus. Dies entspricht dem Bedürfnis, durch klare Regelungen von vornherein Streit zwischen den Wohnungseigentümern zu vermeiden, zumal die Gemeinschaftsordnung i. d. R. über einen langen Zeitraum hinweg Geltung beanspruchen soll. Auf der anderen Seite betont der Autor aber auch die Notwendigkeit, aufgrund dieser Dauerhaftigkeit und der zukunftsorientierten Entwicklung Flexibilität vorzusehen durch Anpassungs- und Öffnungsklauseln, insbesondere bei Änderungen der Gemeinschaftsordnung (Rdnr. 353 ff., 368, 624 ff.). In diesem Zusammenhang empfiehlt *Kreuzer* auch, den Charakter und die Zweckbestimmung der Immobilie (bspw. als reines Wohnhaus, Wohn- und Geschäftshaus usw.) niederzulegen, um auch spätere Generationen zu schützen und eine Berufung auf die dann u. U. in Vergessenheit geratene Zweckbestimmung zu ermöglichen (Rdnr. 54, 366).

Als Beispiel für die Genauigkeit der Muster soll auf die Regelungen zu den Sondernutzungsrechten verwiesen werden (Rdnr. 82 ff., 405 ff.). Die vorgeschlagenen Formulierungen

heben sich hier von vielen in der Praxis verwendeten Mustern dadurch ab, dass der Inhalt eines Sondernutzungsrechts im Interesse der Streitvermeidung hinreichend genau bestimmt wird. So schlägt der Autor beispielsweise vor, bei Kfz-Stellplätzen genau festzulegen, dass das Sondernutzungsrecht nur berechtigt zur Nutzung „als Stellplatz für Fahrzeuge, die im Straßenverkehr zugelassen sind oder nur saisonal oder sonst wie vorübergehend abgemeldet sind. Unzulässig ist die Nutzung als Stellplatz für Wohnwagen, Liebhaber- oder Schrottautos oder als Lager für sonstige Zwecke.“ (Rdnr. 97).

Hervorzuheben ist, dass auch zu speziellen Fallgestaltungen Formulierungsvorschläge gegeben werden, wie in Rdnr. 62 ff. zu Vermietungs- und anderen objektbezogenen Pflichten oder in Rdnr. 68 ff., die eine Anlage mit der Zweckbestimmung eines Einkaufszentrums oder eines Seniorenwohnheims behandeln. Da das Werk auf dem Stand von Oktober 2004 ist, konnte die neue Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümerversammlung (MittBayNot 2005, 495) hingegen noch nicht berücksichtigt werden.

Nur am Rande sei angemerkt, dass es missverständlich ist, wenn der Autor in Rdnr. 382 bei der Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum die Form der Auflassung fordert. Denn eine derartige Umwandlung verändert nicht die Grenzen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum (§ 4 WEG), sondern stellt eine Änderung der Gemeinschaftsordnung dar. Diese Änderungsvereinbarung bedarf nicht der Form der Auflassung. Es genügt eine einseitige Bewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO von allen Eigentümern (*Staudinger/Rapp*, § 1 WEG Rdnr. 11). Nur im Ergebnis ist somit dem Autor zuzustimmen, dass eine Mitwirkung des Notars für den Vollzug der Änderungsvereinbarung im Grundbuch und für die Wirkungen des § 10 Abs. 2 WEG gegen Sonderrechtsnachfolger unerlässlich ist. Ungeklärt ist des Weiteren, ob dem Verwalter – wie in Rdnr. 178 vorgeschlagen und es auch einem praktischen Bedürfnis entspricht – durch die Wohnungseigentümer eine Vollmacht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten bei Zu- und Abmessungen erteilt werden kann. Denn nach der neueren Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2003, 536) ist eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, nach der die Wohnungseigentümer zur Übertragung von realem Eigentum oder zur Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum oder umgekehrt ermächtigt werden, nicht möglich. *Kreuzer* erwähnt diese Zweifel in Rdnr. 605, verweist aber auch darauf, dass hier die Vollmacht keinem Wohnungseigentümer, sondern dem Verwalter erteilt werde, und zwar zur Durchsetzung von Ansprüchen, die sich gegen die Gemeinschaft richten.

Insgesamt ist das Buch ein hervorragendes Hilfsmittel bei der Abfassung von Gemeinschaftsordnungen. Die Formulierungsvorschläge und deren hohe Qualität, genauso wie die instruktiven Erläuterungen, aus denen man mehr Gewinn als aus manchem umfangreichen Buch zum WEG zieht, sind Produkt der umfangreichen praktischen und wissenschaftlichen Erfahrungen, die der Autor als Notar und Kommentator des WEG im *Staudinger* gesammelt hat. Betont sei schließlich der günstige Preis des Werkes, der bei der Preisgestaltung der Verlage im Bereich juristischer Fachliteratur (leider) selten geworden ist.

Notarassessor Dr. *Sebastian Apfelbaum*, Berlin

Hofer/Klippel/Walter: Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag. Giesecking, 2005. 1518 S., 288 €

Dieter Schwab, einer der Altmeister des deutschen Familienrechts, hat am 15.8.2005 seinen 70. Geburtstag gefeiert. Der guten akademischen Tradition entsprechend haben *Sibylle Hofer*, *Diethelm Klippel* und *Ute Walter* von den Universitäten Regensburg und Bayreuth eine Festschrift herausgegeben, die sie unpräzise mit „Perspektiven des Familienrechts“ überschrieben haben. Entstanden ist ein eindrucksvoller Überblick über den Stand des deutschen, europäischen und internationalen Familienrechts, der sich in 87 wissenschaftlichen Beiträgen widerspiegelt. Das Werk orientiert sich am Puls der Zeit, ganz dem Jubilar angemessen, der selbst weiter das Familienrecht wissenschaftlich prägt und begleitet, mit eigenen Beiträgen, Kommentierungen – etwa im Münchener Kommentar – und nicht zuletzt als Herausgeber der unentbehrlichen FamRZ.

Der Bogen der Beiträge spannt sich von der Geschichte des Familienrechts, lässt das Beziehungsgeflecht zwischen Religion und Ehe und Familie nicht aus, zieht sich über die Bereiche der ehelichen Gemeinschaft, der Ehwirkungen, der Ehescheidung, bezieht die reichen Facetten des Kindschaftsrechts ein und endet im europäischen und ausländischen Familienrecht, das zunehmend an Bedeutung gewinnt. Wer meint, Festschriftenbeiträge seien akademische *l'art pour l'art*, wird bei näherem Studium des Werks eines Besseren belehrt. Und wer wissen will, wie aktuell familienrechtliche Probleme in der Rechtspolitik sind, sollte einmal einen Blick in die Haushaltsrede von Bundesjustizministerin Zypries vom 30.3.2006 (BT-Protokoll 16/29) werfen: Die alte und neue Bundesjustizministerin kündigt dort in erster Linie Reformen im Bereich des Familienrechts an, die der Stärkung der Solidarität innerhalb der klassischen Familie, auch bei ihrer Trennung, und anderer Verantwortungsgemeinschaften dienen sollen. Ausdrücklich genannt sind der Versorgungsausgleich, die Unterhaltsrechtsreform, zu der mittlerweile ein Regierungsentwurf vorliegt, eine Ergänzung des Lebenspartnerschaftsrechts, die Reform des Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsrechts. Zu all diesen Themen wird der aufmerksame Leser wissenschaftliche Begleitung und Anregung in der vorliegenden Festschrift finden.

Wie stark früher und heute gesellschaftliche Verhältnisse das Familienrecht prägen, wird deutlich, wenn man die vergnügliche Untersuchung *Diederichsens* zum Eheverständnis und zur Entwicklung des Ehrechts an Hand von Goethes „Wahlverwandtschaften“ liest. *Diederichsen* verweist zu Recht darauf, dass das Spannungsverhältnis der Familienrechtspolitik zwischen Förderung der Ehe und Bewältigung der Scheidungsfolgen auch heute noch nicht gelöst scheint, trotz aller Säkularisierung. Beinahe sicher ist, dass wir diese Diskussion anlässlich der absoluten Vorrangstellung der Versorgung des Kindes im neuen Unterhaltsrecht auch zu Lasten der bisherigen Ehefrau, zu der sich *Willutzki* in seinem Beitrag äußert, oder bei der Vorbereitung der Scheidung durch notarielle Vereinbarung nach dem Entwurf eines FamFG wieder führen werden. War schon zu Goethes Zeiten eine Profanisierung der Ehe festzustellen, so hat sich der moderne Gesetzgeber auch den Schattenseiten der zwischenmenschlichen Beziehungen gestellt. *Motzer* zeigt in seinem Beitrag zum Gewaltschutzgesetz die Spannung zwischen Familien- und Deliktsrecht auf, die auf der deliktsrechtlichen Grundkonzeption des Gewaltschutzgesetzes beruht. Zutreffend kritisiert er die daraus erwachsende Zuständigkeitsaufspaltung zwischen Familien-

und Zivilgericht, die auch zur Anwendung unterschiedlichen Verfahrensrechts führt, von der zu hoffen bleibt, dass sie mit Realisierung der Vorschläge für ein FamFG der Vergangenheit angehören wird. Ob gegen *Motzer* nicht auch Stalking oder Gewaltfälle außerhalb jeden familienrechtlichen Zusammenhangs dem „großen“ Familiengericht zugewiesen werden sollten (insofern weitgehend § 219 FamFG-Entwurf), wird noch zu diskutieren sein. Jedenfalls ist ihm zuzugeben, dass hier der deliktsrechtliche Zusammenhang vollends in den Vordergrund tritt. *Steiner* als Mitglied des zuständigen Senats befasst sich mit dem Ehebild in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das sich aus den Entscheidungen zu Eheverträgen auf der einen und besonders zur eingetragenen Lebenspartnerschaft auf der anderen Seite ergebe. Die Entscheidung zu den Lebenspartnerschaften (BVerfGE 105, 313) habe klar gestellt, dass diese Rechtsform keine Ehe im Sinne der Verfassung sei. Deshalb seien auch Versuche, die weitere Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der Ehe vor dem Verfassungsgericht zu erreichen, zum Scheitern verurteilt. Wie das Verfassungsgericht zu der nunmehr im bürgerlichen Recht vollzogenen weiteren Gleichstellung durch das Lebenspartnerschaftsüberarbeitungsgesetz, gegen das der Freistaat Bayern einen Normenkontrollantrag eingereicht hat, entscheiden wird, bleibt abzuwarten, ist doch mit der Einführung der Stiefkindadoption in das Recht der Lebenspartnerschaften ein weiterer Schritt vollzogen, der nach der Ansicht *Steiners* auch an Art. 6 Abs. 2 GG zu messen sein wird. *Wagenitz* zieht ein gelungenes Resümee zu den letzten Entwicklungen des Ehenamensrechts, das erneut durch das Bundesverfassungsgericht einen Schub erhalten hat: auch der erheiratete Name sei identitätsstiftend, so das höchste Gericht. Zweifel, ob die Entwicklung damit beendet ist, lässt auch er anklingen, so etwa beim Verbot von mehrgliedrigen Namen. Mit *Wagenitz*, der sich dabei ausdrücklich auf *Schwab* bezieht, würde man sich wohl ein durchschaubareres deutsches Familiennamensrecht wünschen. *Glockner* greift in seinem Beitrag zur notwendigen Neuregelung des Versorgungsausgleichs drängende Probleme dieses wegen seiner Ausnahmestellung an der Grenze zwischen Familien- und Sozialrecht ungeliebten Rechtsgebiets auf. Mit der vom Bundesjustizministerium in der letzten Legislaturperiode eingesetzten Kommission befürwortet er eine Neuregelung nach Gruppen von Anwartschaftsrechten. Er spricht sich, soweit bei Ehezeitende bewertbar, für weitreichende Realteilung der Rechte aus. Kernproblem der Reform wird aber sein, wie man mit Rechten umgeht, bei denen die Bewertung bei Ehezeitende schwer fällt. *Büttner*, *Hager*, *Spickhoff*, *Frank*, *Henrich*, *Ferrari* und *Patti* liefern Beiträge zum Problemkreis der Rechtsbeziehungen zwischen Kind, genetischem (biologischem) und rechtlichem Vater. Ihnen ist gemein, dass sie sich mit den Folgen der modernen Fortpflanzungsmedizin und den Möglichkeiten der Abstammungsuntersuchung durch DNA-Test befassen. Beides hat die bisherigen Grundsätze des Abstammungsrechts ins Wanken gebracht. Der Gesetzgeber ist bereits auf Teilgebieten tätig geworden, löst das Spannungsverhältnis zwischen rechtlichem und leiblichem Vater mit der Einführung der „sozial-familiären“ Beziehung, die dem leiblichen Vater die nunmehr grundsätzliche Anfechtung nach § 1600 Abs. 2 BGB wieder verschließt – eine Lösung, die *Frank* kritisiert, weil so Abstammung und bestimmte, notwendig temporäre Lebenssituationen miteinander vermisch werden. Besonders deutlich wird diese Problematik bei der Frage der Zulassung oder des Verbots heimlicher Vaterschaftstests, zu der man sich im Anschluss an die Entscheidungen des BGH (NJW 2005, 497) vielleicht noch einen eigenen Beitrag gewünscht hätte, der der Rechtspolitik die

Lösung dieser Frage erleichtern würde. Aus der reichen Palette der Abhandlungen sei schließlich noch der Beitrag von *Rieger* zur Vorsorgevollmacht und deren rechtlicher Absicherung genannt. Ihm kann man begrüßenswerte Lösungsansätze für den unberechtigten Widerruf der Vollmacht durch den trotz der Vollmacht vom Gericht eingesetzten Betreuer entnehmen. Spannend wird bleiben, ob Gerichte *Rieger* auf dem etwas kühnen Weg folgen werden, die Befugnis des Betreuers zum Widerruf der Vollmacht materiell auf Fälle des wichtigen Grundes zu beschränken, weil der Widerruf ohne wichtigen

Grund als höchstpersönliche Entscheidung des Vollmachtgebers außerhalb des Aufgabenkreises des Betreuers liege.

Alle Beiträge des vorliegenden Werks zu würdigen, würde erneut Buchformat verlangen; es kann als Kompendium zur Lösung aktueller familienrechtlicher Fragen, wie sie auch und gerade im Notariat auftreten, und als wichtiger Ideengeber für die anstehenden rechtspolitischen Fragen nur empfohlen werden.

Ministerialrat Dr. *Hans-Joachim Heßler*, München

Link: Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen im Rahmen vorweggenommener Erfolge. Shaker, 2003. 530 S., 49,80 €

Das BGB regelt den notariellen Übergabevertrag, wie er sich in der Praxis herausgebildet hat, nicht als eigenständigen Vertragstyp. Das BGB kennt vielmehr nur die Antipoden des nach kaufmännischen Gesichtspunkten bewerteten vollentgeltlichen Kaufvertrages oder Tauschs sowie der Schenkung, ggf. unter Auflagen. Diejenigen zivilrechtlichen Normen, die den Überlassungsvertrag ausdrücklich erwähnen (Art. 96 EGBGB; § 49 GBO) regeln einzelne Aspekte, lassen die primär streitanfälligen Fragen aber unbeantwortet. Die Einordnung des Übergabevertrages mit seinen vielfältigen Vorbehaltsrechten und Gegenleistungen liegt „irgendwo zwischen“ Kauf und Schenkung. Teils wird eine Auflagenschenkung bejaht, teils gemischte Schenkung, zum Dritten gar ein eigenständiger Vertragstypus (S. 109–129). Zwar könnte inter partes alles vereinbart und damit das Gesetz „nachgebessert“ werden. Nicht beeinflussbar (weil zwingend) sind aber die Auswirkungen der Überlassung gegenüber vertragsunbeteiligten Dritten. Dies geht über Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche weichender Geschwister, über die potentielle Anwendung des § 2287 BGB zugunsten etwaiger Vertragserben, die Rückforderung der Schenkung nach § 528 BGB (insbesondere in ihrer Variante der Überleitung auf den Träger der Sozialhilfe) bis hin zur schenkungsteuerlichen Abzugsfähigkeit der Vorbehalts- und Gegenleistungen im Rahmen der Schenkungsteuer gegenüber dem Fiskus.

Philip Link, der sich angesichts des Umfangs seiner Arbeit zu Recht auf die Übergabe von Privatvermögen beschränkt, nähert sich dem Problem in drei Durchläufen. Nach einer kurzen Begriffsbestimmung des Übergabevertrages (S. 55–70) stellt er im ersten Durchlauf die kautelartypischen Vorbehalts- und Gegenleistungen dar (S. 71–108) wie Nießbrauchsvorbehalt, Wohnungsrecht, aber auch Ausgleichszahlungen an Geschwister, Wart- und Pflegeverpflichtungen und Ähnliches. Im zweiten Durchlauf (S. 109–330) geht er dann auf die zivilrechtliche Einordnung der zuvor dargestellten Vorbehalts-/Gegenleistungen ein. Er beleuchtet für die jeweiligen Gegenleistungen die Bewertung im Rahmen des Pflichtteilsrechts, die Bewertung im Falle des § 528 BGB, die Durchsetzung der Gegenleistung sowie die Berücksichtigung bei Leistungsstörungen. Im dritten Durchlauf (S. 331–512) geht es um die steuerliche Betrachtung und Bewertung. Ausgehend von den potentiell einschlägigen Steuergesetzen (Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Grunderwerbsteuergesetz und Einkommensteuerrecht) geht er erneut die verschiedenen Vorbehaltsrechte durch. Aufgrund des Erscheinungszeitpunktes konnte *Link* nur den Vorlagebeschluss an den Großen Senat des BFH zur

Berücksichtigung von Renten und dauernden Lasten bei Übergabeverträgen berücksichtigen, nicht aber dessen Schlussentscheidung und/oder Reaktionen der Finanzbehörden darauf. Die Arbeit endet mit einem Schlussvergleich (S. 513–520), in welcher *Link* die Bewertungsantworten von Zivilrecht und Steuerrecht einander gegenüberstellt.

Die maßgeblichen Weichen stellt *Link* schon zu Beginn der Arbeit: Unter dem Begriff der Vorweggenommenen Erbfolge versteht er (im Anschluss an die Rechtsprechung) eine Vermögensübertragung zu Lebzeiten, in welcher in einem Vertrag das *wesentliche* Vermögen des Übergebers an die nächste Generation weitergegeben wird (S. 59). Die Vorbehaltsrechte ordnet *Link* als Auflage ein (S. 129–134). Daraus folgt für Leistungsstörungen: Die Vorbehaltsrechte als Auflagen muss der Veräußerer nach § 527 BGB durchsetzen. Daneben kommt eine Rückforderung nur dann in Betracht, wenn die Nichterfüllung der Auflage den Charakter des groben Undanks (§ 530 Abs. 1 BGB) annimmt.

Diese Grundannahmen überzeugen mich nicht. Ein wesentlicher Vorteil der Übergabe zu Lebzeiten besteht in der Möglichkeit der sukzessiven Übergabe. Außerhalb der landwirtschaftlichen Hofübergabe wird das auch genutzt, etwa wenn nach und nach jedes Kind seinen Bauplatz bekommt – immer aber mit Pflichtteilsanrechnung und Ausgleichspflicht. Wenn der Begriff der Vorweggenommenen Erbfolge überhaupt eine zivilrechtliche Bedeutung haben soll, ist er wesentlich weiter zu fassen. Und der typische Übergabevertrag ist viel stärker, als es *Link* bewusst ist, Wagnisgeschäft. Wagnisvertrag heißt hier: Die Beteiligten mögen zwar für den Regelfall damit rechnen, dass der Wert der Vorbehaltsleistungen den Wert des übertragenen Vermögens nicht erreicht. Sie sind sich dessen aber nicht sicher, und sie sind vor allem darüber einig, dass es beim übertragenen Vermögen und bei den vereinbarten Vorbehalts-/Gegenleistungen auch dann verbleiben soll, wenn im Einzelfall die Gegenleistungen den Wert des übertragenen Vermögens übersteigen. Mit anderen Worten: § 526 BGB z. B., der von der Rechtsprechung noch dazu extensiv über den Wortlaut hinaus angewandt wird, passt für den Übergabevertrag nicht. Auf diese Norm geht *Link* aber nur am Rande ein; und auch bei der Erörterung der Schuldübernahme, bei welcher der Wert der Gegenleistung am leichtesten den Wert des übergebenen Vermögens erreicht, bleibt die Argumentation von *Link* dünn (S. 213: „Auch werden die Ratenzahlungen im Verhältnis zum Übergabeobjekt eher gering sein.“). Obwohl er die aus der Notarliteratur stammenden Hinweise auf den Wagnischarakter wahrnimmt und zitiert, legt *Link* für seine Arbeit nahezu stillschweigend (das Problem ist nur kurz angedeutet auf S. 142 und wird nicht als solches erkannt) und undiskutiert die Annahme zugrunde, eine

vertragliche Einigung müsse zwingend eine Einigung über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit enthalten.

Gleichwohl bleibt die Arbeit verdienstvoll, denn die Drittwirkung und die damit verbundenen Bewertungsfragen (Pflichtteilsrecht, Steuerrecht) stellen sich in gleicher Weise auch bei Annahme von gemischter Schenkung oder Vertrag sui generis. Ausgehend von seinem Standpunkt bietet *Link* eine umfassende Aufarbeitung des Themas, wobei er auch den Literaturstand – insbesondere die von ihm verworfenen Gegenmeinungen – vollständig wiedergibt. Angesichts der Tatsache, dass bei vielen Streitpunkten die gesamte Bandbreite denkbarer Theorien auch tatsächlich vertreten wird (beginnend also vom gegenseitigen Vertrag bis hin zu voller Unentgeltlichkeit, hier bezogen auf ein und dasselbe Vorbehaltsrecht) muss man als Notar froh sein, dass diese Verträge im Familienkreis geschlossen und Streitigkeiten nicht regelmäßig vor Gericht ausgetragen werden. Dogmatisch sicheres Fundament ist kaum je zu finden. Da *Link* eine Einigung über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Vertrages verlangt, ist er im Übrigen der Meinung, dass es für die Bewertungsfragen immer auf den Zeitpunkt der Beurkundung ankommt. Der Wert der Gegenleistung müsse dann nach der Lebenserwartung hochgerechnet werden. Lediglich für die Vereinbarung von Wart und Pflege ist ihm angesichts der Unsicherheit, ob die Wart- und Pflegeverpflichtung je aktuell wird, diese Berechnung zu vage. Hier kommt er zur ex-post-Betrachtung. Keine sinn-

volle Lösung ist es aber, lediglich für die Frage des eingetretenen Pflegefalles eine nachträgliche Betrachtung anzustellen, bei Bedingungseintritt dann aber die Bewertung selbst rückzubeziehen auf den Zeitpunkt der Beurkundung (S. 225). Insgesamt hat *Link* eine umfassende dogmatische Aufarbeitung des Themas vorgelegt. Eine sofortige Änderung der Vertragsmuster erzwingt er zwar nicht. An den Reibungspunkten mit *Link* wird man in seiner Notarpraxis gefestigt (entgegen S. 153 lässt sich dem Grundbuch häufig nicht entnehmen, ob zuerst die Auflassung oder die Leibgedingsrechte eingetragen wurden; somit kann nicht geklärt werden, ob es sich strengformal um Gegenleistungen oder Vorbehaltsrechte handelt). In Punkten der Übereinstimmung mit *Link* (etwa sein Hinweis, dass Art. 96 EGBGB der Übergabe größeren Bestandschutz verleihen will, es für den Übergeber also womöglich nicht von Interesse ist, einen Leibgedingsvertrag zu vereinbaren) lohnt sich die Hinterfragung der bisherigen Vertragspraxis. Eindeutig geschmälert wird die Durchschlagskraft der Arbeit natürlich durch den schieren Umfang. 530 Seiten, bei Abzug von Literaturverzeichnis und Urteilsregister immer noch 478 Seiten, wollen auch erst einmal gelesen sein. Und sie wollen, da es ja Sinn einer Monografie ist, ein Thema aus sich heraus zu entwickeln, am Stück gelesen sein. Das kostet, ehrlich gesagt, auch bei einem noch so interessanten Thema Überwindung (vgl. *Braun*, AcP 205 [2005], 127, 157)!

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Wolfsteiner: Die vollstreckbare Urkunde. 2. Aufl., Beck, 2006. 624 S., 54 €

1978 erschien die 1. Auflage von *Wolfsteiners* Monographie „Die vollstreckbare Urkunde“, die „nur“ 222 Seiten umfasste. Bis zum Erscheinen der 2. Auflage sind fast 28 Jahre vergangen. Das Werk ist für die 2. Auflage in weiten Teilen neu geschrieben und stark erweitert worden, so dass es fast um das Dreifache gewachsen ist. Grund hierfür ist, dass die vollstreckbare Urkunde in der Rechtspraxis zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Daneben ist der deutsche Gesetzgeber in dieser Zeit nicht untätig geblieben (vgl. die zum 1.1.1999 eingetretenen Änderungen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO auf Grund der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle) und auch der Europäische Verordnungsgeber schenkt der öffentlichen Urkunde eine immer größere Beachtung und lässt in zahlreichen Vorschriften die Zwangsvollstreckung aus einer öffentlichen Urkunde, die in einem Mitgliedstaat der EU errichtet ist, in einem anderen Mitgliedstaat zu. Gerade letzterer Entwicklung schenkt *Wolfsteiner* in mehreren Abschnitten besondere Beachtung (§§ 5, 52, 53), was den dem internationalen Zivilverfahrensrecht zugeneigten Rezensenten besonders erfreut.

Zu Recht weist *Wolfsteiner* darauf hin (§ 5 Rdnr. 12), dass mit dem Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO) die vollstreckbare Urkunde aus europäischer Sicht eine neue Qualität erlangt hat, weil praktisch alle von einem lateinischen Notar in Europa ausgestellten Urkunden in ganz Europa unmittelbar vollstreckbar sein können. In § 53 Rdnr. 87 ff. vertieft *Wolfsteiner* die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine öffentliche Urkunde einen europäischen Vollstreckungstitel darstellt und übt z. T. berechtigte Kritik an dem Verfahren zur Berichtigung und Widerruf einer

Bestätigung einer öffentlichen Urkunde als europäischer Vollstreckungstitel nach § 1081 ZPO (in diesem Zusammenhang hat leider der Druckfehlerteufel ein paar Mal zugeschlagen, denn es werden nicht vorhandene ZPO-Vorschriften (§§ 1091, 1180) zitiert, ohne dass dies jedoch den Wert der Ausführungen mindert). In § 54 Rdnr. 114 fehlt jedoch ein Hinweis darauf, dass statt der EuVTVO weiterhin die EuGVVO anwendbar sein kann, wenn der Titel nicht nach der VO (EG) 805/2004 vollstreckt werden kann (vgl. Art. 27 EuVTVO).

In § 53 Rdnr. 2 ff. werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen eine ausländische öffentliche Urkunde nach der EuGVVO mit der Vollstreckungsklausel versehen werden kann. Durch Art. 39 EuGVVO i. V. m. § 55 Abs. 3 AVAG ist der Notar nunmehr auch befugt, eine ausländische öffentliche Urkunde für vollstreckbar zu erklären. Deshalb sind die Ausführungen *Wolfsteiners* zum Verfahren der Vollstreckbarerklärung in diesem Bereich von erheblicher praktischer Bedeutung und können gerade demjenigen, der mit dieser Materie seltener befasst ist, eine große Hilfe darstellen. *Wolfsteiner* stellt das Verfahren zur Vollstreckbarerklärung klar und mit der gebotenen Kürze dar. Muster bieten geeignete Formulierungsvorschläge. Eine kleine Kritik sei aber angebracht: In § 53 Rdnr. 45 und 53 vertritt *Wolfsteiner* die Auffassung, dass der Notar im Verfahren der Vollstreckbarerklärung bereits eine ordre-public-Prüfung durchzuführen habe. Hier liegt ein Missverständnis vor, weil nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 57 Abs. 1 Satz 2 EuGVVO nur dem Beschwerdegericht die Kompetenz gegeben ist, diese Prüfung vorzunehmen. Der Notar ist ebenso wie der sonst zuständige Vorsitzende Richter am Landgericht nur befugt, die Formalien zur Vollstreckbarerklärung zu überprüfen.

Den Hauptteil der Abhandlung nehmen die Ausführungen zu den verschiedenen Arten der vollstreckbaren Urkunde, ihrer

Errichtung und die Zwangsvollstreckung aus ihr ein. In Teil A erläutert *Wolfsteiner* die für die Entwicklung und zum Verständnis der Probleme in Zusammenhang mit der vollstreckbaren Urkunde notwendigen Grundlagen. Teil B behandelt das Beurkundungsverfahren. Teil C setzt sich insbesondere mit den vollstreckbaren Ansprüchen auseinander. In Teil D wird das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel dargestellt. Teil E befasst sich mit der Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde. Im Teil F erörtert *Wolfsteiner* schließlich die vollstreckbaren Urkunden außerhalb der ZPO. Im abschließenden Teil G werden die intertemporalen, interlokalen und internationalen Aspekte der vollstreckbaren Urkunde untersucht.

Auch wenn hier nicht auf Einzelheiten der insgesamt vorzüglichen und systematischen Darstellung eingegangen werden kann, so kann festgestellt werden, dass *Wolfsteiner* die komplexe Materie der vollstreckbaren Urkunde souverän behandelt, indem er mit wissenschaftlicher Genauigkeit in die Probleme eindringt, aber deren Bedeutung für die Praxis

nicht aus den Augen verliert und Lösungen anbietet, die dem Rechtsanwender die Arbeit erleichtern. Zahlreiche Formulierungsmuster runden das positive Bild ab.

Einen Wunsch für die nächste Auflage hätte der Rezensent jedoch. *Wolfsteiner* behandelt zwar an mehreren Stellen die vollstreckbare Jugendamtsurkunde nach § 60 KJHG/SGB VIII. Schön wäre es, wenn er dieser für die tägliche Praxis so wichtigen Urkunde einen eigenen zusammenfassenden Abschnitt widmen würde. Ein gutes Stichwortverzeichnis erleichtert die Arbeit mit dem Buch, wobei nicht verständlich ist, warum dieses nur auf die Seiten und nicht wie in der 1. Auflage auf die jeweiligen Randnummern verweist.

Als Resümee lässt sich feststellen, dass *Wolfsteiner* ein hervorragendes Werk gelungen ist, das die Probleme um die vollstreckbare Urkunde wohl umfassend behandelt und deshalb jedem, der mit der Errichtung von solchen Urkunden und der Vollstreckung aus diesen befasst ist, zur Anschaffung geraten werden kann.

VRiOLG Dr. *Rainer Hüfstege*, München

Pahlke/Franz: Grunderwerbsteuergesetz. 3., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2005. 667 S., 75 €

Zur steuerlichen Beratung ist der Notar grundsätzlich nicht verpflichtet. Dieses Prinzip gilt im Bereich des Grunderwerbsteuergesetzes allerdings nicht. Dies liegt nicht etwa nur daran, dass der Notar aufgrund des § 311 b Abs. 1 BGB bei Grundstücksgeschäften ohnehin regelmäßig involviert ist. Wichtiger ist, dass sowohl von Seiten der Rechtssuchenden, in weitem Umfang aber auch von deren steuerlichen Beratern, nicht genügend Expertise auf diesem Gebiet mitgebracht wird und deshalb vom Notar entsprechende Kenntnisse erwartet werden. In Anbetracht der Höhe der Grunderwerbsteuer von 3,5% des Grundstückswertes hat diese wirtschaftlich oft eine nicht zu unterschätzende Rolle. Komplette Unternehmensfusionen werden wegen der Grunderwerbsteuer umstrukturiert. Insofern spielt auch die Literatur dieses Teilgebietes des Steuerrechts für die Notare eine herausragende Rolle. Der hier zu besprechende Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz von *Pahlke* und *Franz* erschien zuerst 1995 und liegt nunmehr in der 3. Auflage in der orangenen Reihe der Kommentare des Beck Verlages vor.

Rein formal erweist sich der Kommentar in seiner Form und seinem Umfang als Musterbeispiel eines Praktiker-Kommentars. Die orange Reihe des Beck Verlages, die auf anderen, schon der Zahl der Vorschriften nach umfangreicheren Rechtsgebieten die ein oder andere Schwäche hat, ist für die Kommentierung des Grunderwerbsteuergesetzes nahezu ideal geeignet. Schnell zur Hand und griffig, dabei gleichwohl nicht allein auf den Abdruck des Gesetzestextes beschränkt, findet er Platz auf, unter oder neben nahezu jedem Beurkundungstisch und kann so seine Rolle als schneller Ratgeber zuverlässig erfüllen. Das Sachverzeichnis wird diesem Anspruch voll gerecht. Klar gegliedert, mit einer lobenswerten Beschränkung der Unterschlagworte macht es die Orientierung einfach. Angesichts der relativen Überschaubarkeit des Rechtsgebietes sind die 667 Seiten allerdings in den meisten Fällen auch vollkommen ausreichend, um die Problem-schwerpunkte darzustellen. Der Griff zu umfangreicheren Kommentaren ist in der Regel nicht erforderlich. Natürlich mag man es als Nachteil empfinden, dass sich die Autoren

streng an die Vorgabe halten, in der orangenen Reihe Praxis-tauglichkeit vor die letzte dogmatische Durchdringung zu stellen und so fast ausschließlich die Verwaltungsanordnungen und die Rechtsprechung zu referieren. Der Gestaltung entlang des „sichersten Weges“ ist dies aber nur zuträglich.

In der Praxis von immer größerer Bedeutung werden in der Beratungs- und Gestaltungspraxis die Fälle der Einbringung von Grundbesitz in Personengesellschaften. Immer häufiger kommt es dabei auf die steuerliche Behandlung solcher Übertragungskonstellationen an, bei denen im Rahmen eines einheitlichen Vorgangs wie beispielsweise der Übertragung eines Grundstücks aus einer Erbengemeinschaft auf eine nicht vollkommen beteiligungsidentische GbR eine Steuerbefreiung aus dem Kanon der §§ 3 bis 7 GrEStG nur bei gleichzeitiger Anwendung mehrerer Befreiungsvorschriften in Betracht kommt, jede Befreiungsvorschrift für sich gesehen aber nicht erfüllt ist. Dieses „Interpolation“ genannte Phänomen wird vom Kommentar sehr anschaulich in seinem Grundprinzip unter § 3 Rdnr. 20 und alsdann bei jeder Befreiungsnorm einzeln unter Verweisung auf die meisten denkbaren Kombinationsmöglichkeiten dargestellt.

Zur Aufteilung von Grundstücken in Wohnungseigentum als Form der Realteilung des § 7 GrEStG referiert *Franz* streng die Rechtsprechung des BFH. So wird insbesondere nicht daran gerüttelt, dass es für die Realteilung gleichgültig ist, welchen Weg die Beteiligten wählen, ob Teilung nach § 8 WEG oder nach § 3 WEG, solange die sich an die Aufteilung § 8 WEG anschließende Auseinandersetzung zusammen mit der Teilung als einheitlicher Vorgang darstellt (§ 7 Rdnr. 18 f.). Unkritisiert bleibt aber auch die vom BFH (BStBl II 1989, 54) vertretene Auffassung, eine Abänderung einer als steuer-schädlich identifizierten aber bereits verbindlichen beschlossenen Aufteilung sei nicht mehr möglich. Ich halte dies auf Grundlage des Gesetzeswortlauts „wird geteilt“ für jedenfalls dann nicht zutreffend, wenn der gefasste Aufteilungsbeschluss noch nicht in die Tat umgesetzt, insbesondere kein Grundbuchantrag gestellt wurde.

Im Bereich der Überschneidungsfälle von Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer haben sich die Fragen der Einbeziehung der Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage für die Grund-

erwerbsteuer durch die nunmehr in § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG geregelte Abführungspflicht des Käufers erledigt. *Pahlke* stellt unter § 9 Rdnr. 97 und 98 sowohl alte wie auch neue Rechtslage anhand anschaulicher Beispiele dar. Interessanter ist aber die Frage, auf welcher Grundlage die Umsatzsteuer zu bemessen ist. Bislang herrschende Meinung ist, dass die Grunderwerbsteuer zur Hälfte in die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer einzubeziehen ist. *Pahlke* erteilt dem unter Abkehr von der noch in der 2. Auflage vertretenen Auffassung zu Recht eine klare Absage. Allein die von der h. M. als Begründung angeführte Norm des § 426 Abs. 1 BGB, wonach bei gesamtschuldnerischer Haftung im Zweifel zu gleichen Teilen gehaftet wird, weshalb der Erwerber die vom Veräußerer gesamtschuldnerisch geschuldete Steuer

quasi zur Hälfte übernehme, ist schlicht unzutreffend. Die gesamtschuldnerische Haftung besagt über das Innenverhältnis regelmäßig nichts. Wenn, wie praktisch umfassend üblich, die Grunderwerbsteuer vom Erwerber allein getragen wird, ist das Innenverhältnis ohne die Zweifel des § 426 Abs. 1 BGB festgelegt.

Die von *Pahlke* und *Franz* vorgelegte 3. Auflage hat die Stärken des Werkes beibehalten. Seine leichte Handhabbarkeit verbunden mit der praktisch umfassenden Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung machen es zum idealen Begleiter in allen Beurkundungssituationen. Auch die Neuauflage kann deshalb uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *Christian Kessler*, Euskirchen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. AGBG § 3; BGB § 305 c (*Kein AGB-Verstoß bei vertragsmäßiger Verpflichtung zu Schuldanerkenntnis und Zwangsvollstreckungsunterwerfung*)

Zur Frage, ob eine die Abgabe eines persönlichen Schuldanerkenntnisses nebst Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen regelnde Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Rücksicht auf ihre formale und systematische Gestaltung überraschend im Sinne des § 3 AGBG ist.

BGH, Urteil vom 22. November 2005, XI ZR 226/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin, eine Bank, verlangt von der Beklagten ein notarielles Schuldanerkenntnis in Höhe von 352.064,01 € nebst Zinsen, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen sowie Herausgabe einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Urkunde. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin gewährte der Beklagten und weiteren Personen ein Annuitätendarlehen in Höhe von 710.000 DM. Voraussetzung der Auszahlung der Darlehensvaluta war gemäß Nr. 7.4 des formularmäßigen Darlehensvertrages unter anderem die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde und einer Zweckerklärung nach Bankvordruck. Unter der Überschrift „Form der Sicherheiten“ enthält der Vertrag in Nr. 10 unter anderem folgende Klauseln:

„10.1 Wenn nicht anders vereinbart, ist das Darlehen durch eine – nach dem von der Bank gefertigten Entwurf und in der von ihr vorgegebenen Form – neu zu bestellende, jederzeit fällige Grundschuld ohne Brief in Darlehenshöhe mit 16 % Jahreszins an ausschließlich erster Rangstelle in Abt. II und III im Grundbuch des Beleihungsobjekts zu sichern. Die Eintragung der Grundschuld ist der Bank unverzüglich nachzuweisen. (...)“

10.2 Die Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück hat in der Weise zu erfolgen, dass sie auch gegen jeden künftigen Eigentümer zulässig sein soll.

10.3 Der Darlehensnehmer hat sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Die Bank kann die persönliche Haftung unabhängig von der Eintragung und dem Bestand der Grundschuld sowie ohne vorherige Zwangsvollstreckung in das Beleihungsobjekt geltend machen.“

Zur Besicherung des Darlehens übernahm die Beklagte vom Voreigentümer eine bereits bestellte und eingetragene Grundschuld in Darlehenshöhe nebst 16 % Jahreszinsen. Die Klägerin verlangt von ihr – gestützt auf Nr. 10.3 des Darlehensvertrages – als weitere Sicherheit ein notarielles Schuldanerkenntnis in Höhe des bei Klageerhebung valuierten Kreditbetrages von 352.064,01 € nebst Zinsen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in ihr – der Beklagten – gesamtes Vermögen. Die Beklagte verweigert die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses mit der Begründung, es handele sich bei Nr. 10.3 um eine überraschende und damit unwirksame Klausel.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch nicht zu, da Nr. 10.3 des Vertrages überraschend im Sinne von § 3

AGBG und damit unwirksam sei. Zwar schaffe – anders als dies das Landgericht gesehen habe – die in Nr. 7.4 des Vertrags enthaltene Regelung der Auszahlungsvoraussetzungen nicht ohne weiteres einen Vertrauenstatbestand dafür, dass nicht an anderer Stelle des Vertrags weitere Sicherheiten verlangt würden, von deren Hingabe die Auszahlung des Darlehens abhängt. Zutreffend sei auch, dass es sich bei Nr. 10.3 um eine nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inhaltlich unbedenkliche Klausel handele, die in Darlehensverträgen grundsätzlich nicht objektiv ungewöhnlich sei. Die Klausel sei jedoch aufgrund der formalen Vertragsgestaltung für die Beklagte gleichwohl überraschend gewesen, da Nr. 10.3 an unerwarteter Stelle im Vertrag eine Verpflichtung zur Stellung einer weiteren Sicherheit regle. Die Beklagte habe nicht damit rechnen müssen, dass eine derart gravierende Verpflichtung, wie sie Nr. 10.3 enthalte, in einer nach der Überschrift lediglich Formfragen regelnden Ziffer untergebracht werde.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte in Nr. 10.3 des Darlehensvertrages wirksam zur Abgabe eines notariellen abstrakten Schuldanerkenntnisses und zur Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen verpflichtet.

1. Nach dem Inhalt des Darlehensvertrages hatte die Beklagte der Klägerin als Sicherheit nicht nur eine Grundschuld in Darlehensgesamthöhe zu stellen, sondern sich darüber hinaus der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Das Berufungsgericht hat das richtig dahin verstanden, dass damit zugleich die Verpflichtung zur Übernahme der persönlichen Haftung (§ 780 BGB) verbunden war. Nur so gibt Nr. 10.3 Satz 2 Sinn, wonach die Klägerin berechtigt ist, die „persönliche Haftung“ unabhängig von der Eintragung und dem Bestand der Grundschuld geltend zu machen (so für entsprechende Klauseln: BGH, WM 2003, 2372, 2374 = NJW 2004, 59; WM 2003, 2375, 2378 = DNotZ 2004, 308; vgl. auch Senatsbeschluss vom 17.6.2003, XI ZR 395/01).

2. Soweit das Berufungsgericht diese Klausel wegen Verstoßes gegen AGB-rechtliche Vorschriften für unwirksam erachtet hat, hält das rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist allerdings, dass das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Beklagten einen Verstoß der Klausel gegen § 9 AGBG nicht in Erwägung gezogen hat. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht (BGHZ 99, 274, 282 f. = MittBayNot 1987, 81; BGHZ 114, 9, 12 f. = MittBayNot 1991, 158; DNotZ 2005, 683 = MittBayNot 2005, 397 m. w. N.; WM 2003, 2372, 2374 = NJW 2004, 59; WM 2003, 2375, 2378 = DNotZ 2004, 308).

b) Zu Recht ist das Berufungsgericht angesichts dessen des Weiteren davon ausgegangen, dass die Klausel auch im Hinblick auf § 3 AGBG keinen inhaltlichen Bedenken unterliegt. Mit Rücksicht auf die jahrzehntelange Praxis ist ein Verlangen der Bank, dass sich der mit dem persönlichen Kredit-

schuldner identische Grundschuldbesteller der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss, für den Kreditnehmer nicht überraschend (Senatsurteil, WM 2003, 64, 65 f. m. w. N. = DNotZ 2003, 203; BGH, WM 2003, 2372, 2374 = NJW 2004, 59; BGH, WM 2003, 2375, 2378 = DNotZ 2004, 308). Mit einer solchen Klausel musste die Beklagte entgegen der vom Landgericht geäußerten Auffassung nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch unabhängig von einer etwaigen Belehrung durch den Notar rechnen (vgl. Senatsurteile, WM 2003, 64, 66 = DNotZ 2003, 203; WM 2004, 27, 29 = DNotZ 2004, 360).

c) Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung hingegen nicht stand, soweit das Berufungsgericht meint, Nr. 10.3 der Darlehensbedingungen sei nach der formalen und systematischen Gestaltung überraschend im Sinne des § 3 AGBG.

aa) Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht allerdings darin, dass eine inhaltlich übliche Klausel ihren überraschenden Charakter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch aufgrund eines ungewöhnlichen äußeren Erscheinungsbilds des Vertrags (vgl. BGHZ 101, 29, 33 = DNotZ 1987, 495; Senatsurteile, WM 2001, 455, 456 = DNotZ 2001, 614; WM 2002, 2192, 2193; BGH, WM 2004, 278, 280) oder ihrer Unterbringung an unerwarteter Stelle im Vertrag, die einem Verstecken gleichkommt, erhalten kann (vgl. BGHZ 84, 109, 113; BGH, WM 1989, 1469 f.).

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt hier ein solcher Ausnahmefall aber nicht vor. Die Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses ist nicht an unerwarteter Stelle geregelt.

Die in Nr. 7.4 der Vertragsbedingungen enthaltene Regelung der Auszahlungsvoraussetzungen schafft, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, keinen Vertrauensstatbestand dafür, dass über die dort geregelte Grundschuld hinaus nicht an anderer Stelle im Vertrag weitere Sicherheiten verlangt werden. Schon aus der Überschrift „Form der Sicherheiten“ zu Nr. 10 der Darlehensbedingungen wird selbst dem flüchtigen Leser deutlich, dass die Darlehensnehmer mehr als nur eine Sicherheit zu stellen haben.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt auch der Anordnung und der drucktechnischen Gestaltung der in Nr. 10.3 enthaltenen Verpflichtung zur Abgabe eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses kein „Überrumpelungs- bzw. Übertölpelungseffekt“ zu. Insbesondere bedurfte es für diese Verpflichtung, mit der die Beklagte angesichts der bereits angesprochenen jahrzehntelangen Bankpraxis unbedingt rechnen musste, keiner „eigenständigen Rubrik“ oder „drucktechnischen Hervorhebung“.

Auch die von der Klägerin für Nr. 10 der Darlehensbedingungen gewählte Überschrift „Form der Sicherheiten“ ist, selbst wenn man der Ansicht ist, dass eine Überschrift wie „Sicherheiten“ oder „Art der Sicherheiten“ den Inhalt von Nr. 10 besser gekennzeichnet hätte, weder irreführend noch überraschend noch geeignet, den Darlehensnehmer von der Kenntnisnahme der Klauseln abzuhalten. Es wird dadurch nicht der Eindruck hervorgerufen, es handele sich in Nr. 10 um unbedeutende, bloße Formalien regelnde Klauseln. Eine Buchgrundschuld, wie sie nach Nr. 10.1 der Darlehensbedingungen zu bestellen ist, ist eine besondere Form oder Art der Sicherheit. Gleiches gilt für die in Nr. 10.2 vorgesehene Vollstreckbarkeit der Grundschuld gegen jeden künftigen Eigentümer des Grundstücks. Und auch das in Nr. 10.3 geregelte vollstreckbare Schuldanerkenntnis ist eine besondere Form oder Art der Sicherheit. Berücksichtigt man weiter, dass Sicherheiten insbesondere bei Kreditverträgen über höhere Beträge ein wesentlicher Gesichtspunkt sind, dem auch Kre-

ditnehmer ihre besondere Aufmerksamkeit zu widmen pflegen, kann von einer überraschenden Gestaltung von Nr. 10 der Darlehensbedingungen nicht gesprochen werden. Hier kommt hinzu, dass im Zusammenhang mit der Frage der Stellung von Sicherheiten die ungeteilte Aufmerksamkeit der Darlehensnehmer gerade auf Nr. 10 der Darlehensbedingungen gelenkt wird, da im gesamten Darlehensvertrag allein dort von „Sicherheiten“ die Rede ist.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Tenor der Entscheidung lautet auszugsweise:

„(...) Die Beklagte wird verurteilt, gegenüber der Klägerin in notarieller Urkunde folgende Willenserklärung abzugeben:

1. Ich erkenne an, der B. AG. einen Betrag in Höhe von 343.913,50 € nebst 5,15 % Zinsen per annum seit dem 2. Januar 2004 zu schulden und unterwerfe mich gegenüber der Gläubigerin der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in mein gesamtes Vermögen,
2. an die Klägerin eine vollstreckbare Ausfertigung der in Nr. 1 bezeichneten notariellen Urkunde herauszugeben. (...)

Anmerkung:

1. Die Entscheidung des BGH

Rekapitulieren wir die beiden maßgeblichen ausdrücklichen Aussagen des BGH: Weder das nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sofort vollstreckbare Schuldanerkenntnis des Darlehensschuldners noch seine im Vorfeld vereinbarte schuldrechtliche Verpflichtung zur Abgabe desselben verstoßen gegen § 9 AGBG (nun § 307 BGB). Und die Verpflichtung zur Abgabe eines solchen Schuldanerkenntnisses überrascht den Schuldner selbst dann nicht ungewöhnlich (§ 3 AGBG, nun § 305 c Abs. 1 BGB), wenn diese Verpflichtung in einer mit „Form der Sicherheiten“ betitelten Passage der Darlehensvereinbarung niedergelegt wird. Nur um Letzteres ging eigentlich das Revisionsverfahren, denn das OLG hatte aufgrund Überschrift und Druckbild des Vertrages anders geurteilt. Immerhin sollte für die Notarpraxis die Entscheidung des OLG Mahnung sein, möglichst treffende und schlagkräftige Überschriften für die einzelnen Vertragspassagen zu wählen. Die Ergänzung der Überschrift „Form der“ hatte die Bank nicht sonderlich geschickt gewählt. Aussagen zur Form der Sicherheiten enthielt die Passage nicht. Es ging allein um die zu bestellenden Sicherheiten als solche. Da aber sämtliche vereinbarten Sicherheiten in dieser Passage des Dokuments aufgeführt waren, hätte man mit der Überlegung des OLG eigentlich auch die Grundschuldbesicherung kippen müssen. Wegen dieser kaum nachvollziehbaren Folgerung halte ich das Urteil des BGH für richtig.

2. Praktische Auswirkungen

Praktisch bedeutsam sind drei der Entscheidung zugrundeliegende Aussagen, die vom BGH stillschweigend vorausgesetzt und bestätigt werden:

a) Zunächst die Prozess-Situation: Der Darlehensschuldner hatte, was die dingliche Sicherheit als solche angeht, eine bereits bestehende Grundschuld übernommen, so dass die Bank also nur noch auf die isolierte Nachholung des Schuldanerkenntnisses in vollstreckbarer Form klagte. Bekanntlich lässt die Rechtsprechung des BGH eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel wegen Einzelrechtsnachfolge auf Schuldnerseite nicht zu.¹

¹ BGHZ 61, 140.

b) Der Darlehensvertrag, aus dem sich die Verpflichtung zur Abgabe des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses ergeben sollte, war seinerseits nicht beurkundet. Das ruft die Entscheidung des BGH² in Erinnerung, wonach die Verpflichtung zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfung nicht ihrerseits notariell beurkundet werden muss. Ich halte diese Entscheidung für richtig. Mit dem Normzweck des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, der dem historischen Gesetzgeber in der CPO von 1877 vorschwebte, hat die Entscheidung zwar nichts mehr gemein. Immerhin sind aber seitdem mehr als 100 Jahre Rechtsentwicklung vergangen, in denen die Vollstreckungsunterwerfung ihre Bedeutung im Rechtsverkehr gewonnen hat.

c) Im Hinblick auf die Klauselkontrolle wird gegen die Vollstreckungsunterwerfung nicht nur ein Verstoß gegen AGBG/§§ 307ff. BGB vorgebracht, sondern neuerdings auch ein Verstoß gegen die Klauselrichtlinie³ der EU.⁴ Hierauf geht der BGH (m. E. zu Recht) ebenfalls nicht ein: Das Verbot einer solchen Vertragsklausel aufgrund Klauselrichtlinie müsste ein europaweit einheitliches sein. Wie soll aber in der Klauselrichtlinie eine Vereinbarung untersagt werden, die in anderen Staaten, beispielsweise Frankreich, womöglich kraft Gesetzes und ohne zusätzlichen rechtsgeschäftlichen Willen eines der Beteiligten eintritt? Insoweit überzeugen mich die Kritiker der Vollstreckungsunterwerfung nicht.

3. Vollstreckbarkeit?

Wie wird das Urteil vollstreckt? Der BGH hat im Kern titulierte: „Die Beklagte wird verurteilt, gegenüber der Klägerin in notarieller Urkunde folgende Willenserklärung abzugeben“ [folgt Wortlaut eines üblichen Schuldanerkenntnisses]. Muss die Bank den Darlehensschuldner unter Zwangsgeldandrohung (§ 888 ZPO) zum Notar bringen? Hier ist dem BGH wohl ein Lapsus unterlaufen. Es geht um die Abgabe einer Willenserklärung, die nach § 894 ZPO vollstreckt wird. Das Urteil ersetzt jede Form; ein Urteilszusatz über die notarielle Form der Erklärung ist gegenstandslos.⁵ Mit Rechtskraft des Urteils gilt also das vollstreckbare Schuldanerkenntnis als abgegeben und kann damit seinerseits Vollstreckungstitel sein (m. E. dann nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO insbesondere mit Wartefrist gem. § 798 ZPO).

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

² DNotI-Report 2003, 198.

³ Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993.

⁴ *Wagner*, ZfBR 2004, 317, 325; wie hier: *Freitag/Riemenschneider*, WM 2004, 2470; *Knapp*, MittBayNot 2003, 420, 421.

⁵ Jedenfalls nach *Zöller/Stöber*, ZPO, 23. Auflage, § 894 Rdnr. 5.

2. BGB §§ 94 Abs. 1, 95 Abs. 1, 929 Satz 2 (*Versorgungsleitungen als nachträglicher Scheinbestandteil eines Grundstücks*)

Eine in einem Straßengrundstück verlegte Versorgungsleitung kann nach denselben Grundsätzen zum Scheinbestandteil bestimmt und auf den neuen Versorgungsträger übereignet werden, nach denen ein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 BGB wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks werden kann. Auch hier erfolgt die sachenrechtliche Umwandlung von einem ehemals wesentlichen Bestandteil zu einer selbständigen Sache durch eine Übereignung entsprechend § 929 Satz 2 BGB, ohne dass es dazu einer Trennung der Leitung vom Straßengrundstück bedarf (Fortführung von BGHZ 37, 353, 359).

BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05

Die Klägerin ist neben vier anderen Gemeinden Mitgesellschafterin der Beklagten, die ein Wasserwerk unterhält. Bis zum Jahre 1968 betrieb die Rechtsvorgängerin der Klägerin die kommunale Wasserversorgung in eigener Verantwortung. Sie verlegte Anfang der 60er Jahre eine Versorgungsleitung in dem ihr gehörenden Straßengrundstück S. Weg. Mit Überleitungsvertrag vom 3.2.1968 trat die Rechtsvorgängerin der Klägerin als Mitgesellschafterin der Beklagten bei, die die bisher von dieser durchgeführte Wasserversorgung übernahm. In dem Vertrag übertrug die Rechtsvorgängerin der Klägerin das zum Wasserwerk gehörende Vermögen mit dem zugehörigen Rohrnetz auf die Beklagte. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die im Straßengrundstück S. Weg verlegte Wasserleitung wesentlicher Bestandteil gewesen und daher nicht in das Eigentum der Beklagten übergegangen sei. Sie hat die Feststellung beantragt, dass die Wasserleitung in ihrem Eigentum stehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

II.

Dies hält rechtlicher Prüfung stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ausgegangen. Die begehrte Feststellung führt zu einer Entscheidung des Streits um das Eigentumsrecht an den der öffentlichen Wasserversorgung dienenden Leitungen. Das rechtliche Interesse einer Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts an einer solchen Feststellung ist auch dann begründet, wenn diese nicht die Herausgabe der Leitungen zu verlangen beabsichtigt, jedoch damit die Grundlagen für eine Entscheidung über das Ausscheiden aus einem Verband oder für die Ausgestaltung einer künftigen Nutzung der Leitungen in ihren Straßengrundstücken geklärt wissen möchte.

2. Die Angriffe der Revision gegen die Abweisung der begehrten Feststellung haben in der Sache keinen Erfolg.

a) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Wasserleitung mit ihrer Verlegung wesentlicher Bestandteil eines Straßengrundstücks wurde. Das Reichsgericht hat dahin erkannt, dass von einer Stadt in ihr gehörende Straßengrundstücke verlegte Versorgungsleitungen wesentliche Bestandteile des Straßengrundstücks sind (RGZ 168, 288, 290). Der Senat hat ebenso entschieden (BGHZ 37, 353, 358).

Dies ist eine Folge der nicht zur Disposition der Beteiligten stehenden sachenrechtlichen Anordnungen in den §§ 93 bis 95 BGB und in den §§ 946 bis 950 BGB. Eine Versorgungsleitung wird danach gem. § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB durch die Verlegung in ein dem Versorgungsträger gehörendes Grundstück zu einem wesentlichen Bestandteil des Grundstücks; das Eigentum daran erstreckt sich nach § 946 BGB auf die ehemals selbständige Sache (RGZ 168, 288, 290; BGHZ 37, 353, 358). Die gesetzlichen Folgen aus der festen Verbindung einer beweglichen Sache mit dem eigenen Grundstück treten nur dann nicht ein, wenn einer der in § 95 Abs. 1 BGB benannten zwei Ausnahmetatbestände vorliegt, was jedoch beim Einbau einer Wasserversorgungsleitung durch eine Gemeinde in ein ihr gehörendes Straßengrundstück in der Regel nicht zutrifft.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält auch keine dem Art. 676 Abs. 1 Schweiz. ZGB entsprechende sachenrechtliche Sonderregelung für Versorgungsleitungen, die diese unabhängig von den Voraussetzungen des § 95 BGB aus dem Anwendungsbereich des § 94 BGB herausnimmt und als Zubehör dem Werkgrundstück zuordnet, von dem aus die Versorgungs-

leitung erbracht wird (dazu *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, 2004, § 94 Rdnr. 11 und § 95 Rdnr. 32).

b) Ebenfalls frei von Rechtsfehlern sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die Wasserleitung – soweit sie in der gemeindeeigenen Straße verlegt worden ist – durch den Überleitungsvertrag vom 3.2.1968 zu einem Scheinbestandteil bestimmt und entsprechend § 929 Satz 2 BGB auf die Beklagte als neue Trägerin der öffentlichen Aufgabe der Wasserversorgung auch im Gebiet der Klägerin übereignet worden ist. Die von den Vertragsparteien mit dem Vertrag gewollte Rechtsfolge war mit den zwingenden Regelungen des Sachenrechts vereinbar. Die dagegen erhobenen Angriffe der Revision sind nicht begründet.

Die Revision kann sich allerdings auf Stimmen im Schrifttum berufen, nach der wesentliche Bestandteile eines Grundstücks nur durch Trennung wieder sonderrechtsfähig werden können (*Giesen*, AcP 202 (2002), 689, 719 f.; *Planck/Strecker*, BGB, 4. Aufl., § 95 Anm. 2 a; *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, § 95 Rdnr. 15; *Stieper*, Die Scheinbestandteile, 2002, S. 52 f.; *Woitkewitsch*, ZMR 2004, 649). Nach § 95 Abs. 1 BGB werde der Wille des Einfügenden nur bei der Herstellung der Verbindung mit dem Grundstück berücksichtigt. Der kraft Gesetzes nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB eingetretene Verlust der rechtlichen Selbständigkeit einer beweglichen Sache durch die feste Verbindung mit dem Grundstück könne dagegen nicht mehr nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB behoben werden, da die Norm als Ausnahmenvorschrift gegenüber den §§ 93, 94 BGB eng auszulegen sei.

Andere Autoren vertreten dagegen die Auffassung, dass eine Umwandlung eines wesentlichen Bestandteils in einen Scheinbestandteil auch noch nach der Verbindung durch Neubestimmung des Eigentümers möglich sei (*Brüning*, VIZ 1997, 398, 403; *Dilcher*, JuS 1986, 185 f.; *Münch*, VIZ 2004, 207, 212; *Wolff*, Der Bau auf fremden Boden, insbesondere der Grenzübergang, 1900, S. 71). Eine solche nachträgliche Änderung des Zwecks der Verbindung durch Rechtsgeschäft wird im neueren Schrifttum insbesondere bei einem Wechsel des Trägers der öffentlichen Versorgung für sachenrechtlich wirksam erachtet, wenn damit – wie hier – eine Übereignung des Versorgungsnetzes einhergehen soll (*Brüning*, VIZ 1997, 398, 403; *Münch*, VIZ 2004, 207, 212).

Der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung (BGHZ 37, 353, 357 – „Ruhrschnellweg“) bemerkt, dass die Aufhebung der Eigenschaft einer Versorgungsleitung als Bestandteil eines Grundstücks nach den gleichen Grundsätzen möglich sein könne, wie sie für die nachträgliche Verbindung eines Scheinbestandteils mit dem Eigentum am Grundstück gelten. Er knüpft daran an und entscheidet nunmehr die Frage mit der letztgenannten Auffassung in der Literatur wie die Vorinstanzen dahin, dass für Versorgungsleitungen eine nachträgliche Änderung der Zweckbestimmung zu einem Scheinbestandteil durch den bisherigen Eigentümer in Verbindung mit einer Übereignung auf den neuen Versorgungsträger rechtlich wirksam ist.

aa) Eine in einem Straßengrundstück verlegte Versorgungsleitung kann nach denselben Grundsätzen zum Scheinbestandteil bestimmt und auf den neuen Versorgungsträger übereignet werden, nach denen ein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 BGB wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks werden kann. Hierfür bedarf es eines nach außen in Erscheinung tretenden Willens des Eigentümers des Scheinbestandteils, dass die Verbindung nunmehr auf Dauer gewollt ist (BGHZ 23, 57, 60; BGH, WM 1971, 822, 824; BGH, NJW 1980, 721, 722 und DNotZ 1987, 212). Diese Umwandlung wird ent-

sprechend § 929 Satz 2 BGB durch die Einigung herbeigeführt, dass mit dem Übergang des Eigentums zugleich der Zweck der Verbindung geändert und die bisher rechtlich selbständige Sache künftig ein Bestandteil des Grundstücks sein soll (Senat, BGHZ 23, 57, 60; DNotZ 1987, 212).

bb) In gleicher Weise ist es sachenrechtlich wirksam, wenn sich der Straßeneigentümer mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Wasserversorgung auf einen Verband oder einen Privaten mit diesem dahin einigt, dass die Rohrleitungen im Straßenkörper als rechtlich selbständig gewordene bewegliche Sache in dessen Eigentum übergehen sollen. Auch hier erfolgt die sachenrechtliche Umwandlung von einem ehemals wesentlichen Bestandteil zu einer selbständigen Sache durch eine Übereignung entsprechend § 929 Satz 2 BGB, ohne dass es dazu einer Trennung der Leitung vom Straßengrundstück bedarf. Dem stehen keine zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften entgegen. Der Ausnahmetatbestand des § 95 Abs. 1 BGB wird nicht dadurch in unzulässiger Weise erweitert, dass man bei den Versorgungsleitungen Änderungen des Willens des Einfügenden anerkennt, nach der aus einer festen, in Ansehung des Eigentums an einem Straßengrundstück vorgenommenen Verbindung eine nur vorübergehende für die Zwecke des neuen Versorgungsträgers wird.

(1) Diese Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB für die rechtsgeschäftlichen Übereignungen von Versorgungsleitungen durch den Eigentümer des Straßengrundstücks auf den neuen Aufgabenträger entspricht einem Regelungsprinzip für die Zuordnung des Eigentums im Recht der öffentlichen Sachen. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum folgt danach der öffentlichen Aufgabe, der Übergang des Eigentums wird aber nur in dem Umfang herbeigeführt, wie es zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe erforderlich ist (vgl. *Kodal/Bauer*, Straßenrecht, 6. Aufl., Rdnr. 72; BVerwGE 112, 237, 241). Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass eine solche im BGB nicht gesondert geregelte nachträgliche Aufspaltung des Eigentums am Straßengrundstück und an den in diesem verlegten Versorgungsleitungen für den Fall eines Übergangs der Straßenbaulast gesetzlich bestimmt ist (vgl. etwa § 6 BFernStrG, dazu *Marschall/Grupp*, BFernStrG, 5. Aufl., § 6 Rdnr. 6; *Kodal/Bauer*, Straßenrecht, Rdnr. 72; siehe auch § 11 Abs. 2 BbgStrG, § 11 Abs. 3 NStrG, § 10 Abs. 2 Nr. 2 StrWGNW). Der Senat hat ebenfalls ausgeführt, dass der Umfang des durch Art. 90 Abs. 1 GG angeordneten gesetzlichen Eigentumswechsels an Straßengrundstücken nach dem Zweck der Widmung der Straße bestimmt werden muss und sich daher nicht auf die Versorgungszwecken dienenden Rohrleitungen erstreckt (BGHZ 37, 353, 360). Zu einer solchen Aufspaltung des Eigentums zwischen dem Grundstück und einem ehemaligen Bestandteil kann es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch durch einen Verwaltungsakt bei der Zuordnung des Eigentums an öffentlichen Sachen kommen (BVerwG 112, 237, 241).

(2) Die Übereignung der Leitungen wegen eines Übergangs der öffentlichen Aufgabe ändert den Zweck der Verbindung der Leitungen mit dem Grundstück auch im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB dahin, dass diese nunmehr zu einem vorübergehenden Zweck mit diesem verbunden sind. Die Verbindung dient nach dem geänderten Willen des Grundstückseigentümers, der in einem dinglichen Vertrag zur Übereignung auf das Versorgungsunternehmen zum Ausdruck kommt, künftig den Zwecken des Versorgungsunternehmens. Der Fortbestand der Leitungen im Straßengrund beruht auf einer Befugnis des Unternehmens zur Nutzung des fremden Straßen-

grundstücks, die ihre Grundlage in einer Gestattung des Eigentümers der Straße hat und in verschiedenen Formen rechtlich abgesichert werden kann (dazu *Brüning*, VIZ 1997, 398, 403; *Münch*, VIZ 2004, 207, 212). Eine solche Verbindung einer beweglichen Sache, die ihren Rechtsgrund in der Ausübung eines Rechts am Grundstück hat, ist eine vorübergehende, mag sie auch noch so fest sein (vgl. RGZ 87, 43, 51).

(3) Der Revision ist auch nicht darin zu folgen, dass nach § 95 Abs. 1 BGB nur der Wille des Eigentümers im Zeitpunkt des Verbindens oder Einfügens in das Grundstück berücksichtigt werden könne.

(a) Die Berücksichtigung einer Willensänderung des Eigentümers dahin, dass eine mit dem Grundstück fest verbundene Sache nunmehr nur noch zu vorübergehenden Zwecken mit diesem verbunden sein soll, ist nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ausgeschlossen. Sie entspricht dem Regelungszweck der Norm. Der Text des Satzes 1 wurde während der Beratung des BGB geändert. Nach der Fassung des Entwurfs bis zur Bundesratsvorlage war bestimmt, dass solche Sachen nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören, die mit dem Grund und Boden des Grundstücks nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden worden sind. Während der Beratungen im Bundesrat ist das Wort „worden“ im Satz 1 gestrichen worden. Ob damit eine inhaltliche Änderung beabsichtigt war, lässt sich den Materialien zwar nicht entnehmen; die jetzige Fassung erlaubt aber eine Auslegung dahin, dass auch ein nach der Verbindung gefasster Wille des Eigentümers, dass diese nur noch eine vorübergehende sein soll, maßgeblich sein kann.

Die Anerkennung der Sonderrechtsfähigkeit entspricht dem Zweck des § 95 Abs. 1 BGB. Die Ausnahme von dem in § 94 BGB bestimmten Grundsatz des Verlusts der Sonderrechtsfähigkeit beweglicher Sachen durch die Verbindung mit einem Grundstück (Akzessionsprinzip) dient dem Schutz des Interesses an einem Fortbestand des Eigentums an der beweglichen Sache. Dies ist bei einer Nutzung des Grundstücks zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines begrenzten Rechts am Grundstück als berechtigt anerkannt worden (Motive III, S. 47, 48). Dem Interesse an der Verfügbarkeit über die eingefügte Sache, die deren Sonderrechtsfähigkeit voraussetzt, kommt nach der Wertung des § 95 Abs. 1 BGB insoweit Vorrang vor dem durch § 94 Abs. 1 BGB geschützten Interesse des Verkehrs mit Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse zu.

Auf der Grundlage der gesetzlichen Wertung ist es nicht entscheidend, ob der Wille, die Sache nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück zu verbinden, bereits bei deren Einfügung besteht oder erst in einem späteren Zeitpunkt gefasst wird. Ausschlaggebend ist, ob ein berechtigtes Interesse an einer veränderten, nunmehr vorübergehenden Nutzung besteht, das die Neubegründung der Sonderrechtsfähigkeit erfordert. Ist das der Fall, so ist – wie bei der Herstellung der Verbindung – dem Willen des Eigentümers Rechnung zu tragen, sofern dieser mit dem nach außen tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist (vgl. BGHZ 92, 70, 73; 104, 298, 301 ff.). Eine solche Übereinstimmung zwischen dem Willen desjenigen, der die Verbindung mit dem Straßen Grundstück herbeigeführt hat, Sondereigentum an den Leitungen zu begründen, und dem nach außen erkennbaren Sachverhalt liegt dann vor, wenn die Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung auf ein anderes Unternehmen übertragen und im Zusammenhang damit die Leitungen an dieses übereignet werden.

(b) Die Anerkennung der Sonderrechtsfähigkeit ist auch nicht mit dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip unvereinbar. Der Umstand, dass es sich um bloße Scheinbestandteile handelt, ist aus einer Besichtigung des Grundstücks nicht erkennbar. Die Einschränkung der Publizität wird in den von § 95 Abs. 1 BGB erfassten Fällen im Interesse der Verfügbarkeit über diese Sachen bewusst in Kauf genommen.

(c) Die Anerkennung eines Sondereigentums an wesentlichen Bestandteilen schon vor deren Trennung vom Grundstück steht auch die gesetzliche Bestimmung des Umfangs der Haftung aus Grundpfandrechten (§ 1120 BGB) nicht entgegen. Ob dieser rechtliche Gesichtspunkt für die im Eigentum öffentlicher Gebietskörperschaften stehenden Straßen Grundstücke in der Praxis eine Bedeutung erlangen kann, mag dahinstehen. Nach §§ 1121, 1122 BGB setzt die Enthftung von Bestandteilen jedenfalls stets deren Entfernung vom Grundstück voraus. Die hypothekarische Haftung der Leitungen, die ehemals Bestandteile waren, bleibt mithin bis zu deren Entfernung vom Grundstück bestehen, auch wenn sie nachträglich zu Scheinbestandteilen bestimmt und an den neuen Träger der Versorgungsaufgabe veräußert worden sind.

Anmerkung:

1. Frühere Rechtsprechung: Aufgabe bleibt – Eigentum bleibt (Ruhrschnellweg)

Die vorliegende Entscheidung des BGH war vorgezeichnet durch das Urteil des BGH zum „Ruhrschnellweg“ aus dem Jahr 1953 (BGHZ 37, 353)¹, das folgerichtig auch im Leitsatz zitiert wird. Damals hatte der BGH entschieden, dass das Eigentum an Versorgungsleitungen, die im gemeindlichen Straßenkörper liegen, weiterhin bei der Stadt Bochum als Versorgungsträger blieb, auch wenn das Eigentum an der Straße auf den Bund überging. Der Eigentumsübergang war durch Art. 90 Abs. 1 GG angeordnet, da es sich um eine frühere Reichs- und nunmehrige Bundesstraße handelte. Der BGH argumentierte, dass Art. 90 GG nur das Eigentum an der Straße selbst, nicht aber an den Versorgungsleitungen überleiten wollte.

Beim Ruhrschnellweg beruhte das nachträgliche Auseinanderfallen des Eigentums an der Straße einerseits und an den Versorgungsleitungen andererseits darauf, dass das Eigentum an der Straße wechselte. Im jetzigen Sachverhalt beruhte das Auseinanderfallen auf einem Wechsel des Versorgungsträgers. Ansonsten war der eigentumsrechtliche Sachverhalt aber identisch. Es ist daher dogmatisch konsequent – und wirtschaftlich sinnvoll, dass der BGH auch in der jetzigen Entscheidung ermöglichte, dem (neuen) Versorgungsträger das Eigentum an den Versorgungsleitungen zuzuordnen.

2. Frühere Rechtsprechung: Umwidmung eines wesentlichen Bestandteils in Scheinbestandteil

Vorliegend sollte ein bisheriger wesentlicher Bestandteil nachträglich in einen Scheinbestandteil umgewidmet werden. Den umgekehrten Fall hatte der BGH bereits entschieden,

¹ BGHZ 37, 353 = NJW 1962, 1817. Leitsatz 2: „Durch den Übergang der bisherigen Reichsstraßen auf den Bund (Art. 90 Abs. 1 GG) haben sich die Eigentumsverhältnisse an Versorgungsleitungen, die im Straßenkörper liegen, nicht geändert. Die Versorgungsunternehmen sind, soweit nicht vertragliche Regelungen bestehen, dinglich berechtigt, ihre Leitungen weiterhin dort zu belassen.“

nämlich die Umwidmung eines bisherigen Scheinbestandteils in einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks infolge Übereignung an den Grundstückseigentümer. Dies hatte der BGH als möglich anerkannt, jedoch hatte er als zweite tatbestandliche Voraussetzung neben der Zweckänderung noch einen Übereignungstatbestand gefordert: „Eine Sache, die nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden verbunden worden ist, wird bei späterer Änderung der Zweckbestimmung nicht von selbst wesentlicher Bestandteil des Grundstücks; dazu bedarf es vielmehr außerdem noch der Einigung zwischen bisherigem Sacheigentümer und Grundstückseigentümer über den Übergang des Eigentums.“²

Die Umkehrung des Prinzips durch nachträgliche Bestimmung eines bisherigen wesentlichen Bestandteiles zu einem Scheinbestandteil hatte allerdings die bisher h. M. nur für möglich gehalten, wenn die Sache vom Grundstück getrennt wird.³ Gegenstimmen – denen sich der BGH mit seiner jetzigen Entscheidung anschloss – gab es v. a. für den Sonderfall von öffentlichen Versorgungsleitungen.⁴

3. Jetzige Entscheidung: Eigentum folgt der Übertragung öffentlicher Aufgaben

Auch die jetzige Entscheidung des BGH beschränkt sich auf den Spezialfall von in öffentlichen Straßen verlegten öffentlichen Versorgungsleitungen – und deren Eigentumslage bei der Übertragung der öffentlichen Aufgabe auf einen anderen Aufgabenträger. Nur darüber hatte der BGH zu entscheiden. Nur darüber hat er auch entschieden, wie neben dem Leitsatz auch die Entscheidungsgründe mit den Argumenten aus dem öffentlichen Sachenrecht und dem Straßen- und Wegerecht zeigen.

Das ist eine begrüßenswerte Selbstbeschränkung des Senates. Natürlich wäre man neugierig, wie der Senat wohl andere Fallgruppen entscheiden würde. Aber das wird er dann entscheiden, wenn es entscheidungserheblich ist – und wenn der Sachverhalt und die maßgeblichen Argumente bereits durch die Anwälte beider Parteien und durch die Richter der beiden Vorinstanzen vorgebracht und aufgearbeitet werden konnten. Außerdem gibt der Senat damit der Literatur die Chance zu einer Stellungnahme, inwieweit denn die neue Rechtsprechung sinnvollerweise auch auf andere Fallgruppen übertragen werden sollte – oder ob man es nicht besser bei dem jetzt entschiedenen Sonderfall belässt.

² BGHZ 23, 57 (Leitsatz) = NJW 1957, 457; ähnlich bereits BGH, BB 1956, 646 = LM PreisstopVO Nr. 7; bestätigt durch BGH, DNotZ 1987, 212 = NJW 1987, 774. Lediglich wenn der Grundstückseigentümer zugleich auch Eigentümer des Scheinbestandteils ist, wird das Eingefügte bereits mit Wegfall des Zwecks zum wesentlichen Bestandteil. Vereint nachträglich derselbe Eigentümer sowohl das Eigentum am Grundstück wie am Scheinbestandteil, so entfällt in der Regel mit der Eigentumsvereinigung auch die Absicht bloß vorübergehender Verbindung; der Scheinbestandteil wird zu einem wesentlichen Bestandteil (RGZ 97, 102, 105; BGH LM § 95 BGB Nr. 15). Soll hingegen die Einfügung – trotz Identität des Eigentümers – weiterhin nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgen, so bleibt es bei einem Scheinbestandteil (BGH, JuS 1980, 447 m. Anm. K. Schmidt = NJW 1980, 771).

³ Giesen, AcP 202 (2002), 689, 719 f.; Stieper, Die Scheinbestandteile, 2002, S. 52 f.; Woitkewitsch, ZMR 2004, 649; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, 2004, § 95 Rdnr. 15.

⁴ Brining, VIZ 1997, 398, 403; Münch, VIZ 2004, 207, 212; AnwKommBGB/Ring, 2005, § 95 Rdnr. 49; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 95 Rdnr. 6.

Nur über eine Ausdehnung des Sachverhaltes ist in der jetzigen BGH-Entscheidung ausdrücklich bereits mitentschieden: Im Ausgangssachverhalt ging es um die Aufgabenübertragung von einer Gemeinde auf einen Zweckverband, also von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auf eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts. Nichts anderes gilt aber für die Privatisierung öffentlicher Aufgaben etwa durch Übertragung auf eine privatrechtliche Tochter der Gemeinde oder auf ein sonstiges privatrechtliches Unternehmen. Denn die Entscheidungsgründe sprechen von der „Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Wasserversorgung auf einen Verband oder einen Privaten“⁵.

4. Keine Aussage zu nachträglicher Änderung privater Zweckbestimmung

Hingegen lässt aus der Entscheidung m. E. nichts ablesen für die Fallgruppe einer nachträglichen Änderung der Zweckbestimmung bei privaten Versorgungsleitungen oder sonst privaten Zwecken.

Als Beispiel stelle man sich vor, dass ein Grundstück, auf dem zwei Häuser stehen, in zwei reale Teilgrundstücke geteilt und eines der beiden entstehenden Teilgrundstücke veräußert wird. Laufen die Leitungen des Hinterliegergrundstückes nun durch das Vorderliegergrundstück, so liegt auch hierin eine Zweckänderung, da die Versorgungsleitung nun nicht mehr dem Eigentümer des Grundstückes dient, durch das die Leitungen laufen. Ein anderer denkbarer Fall wäre die Umwidmung einer bisher für Zwecke des Eigentümers genutzten Hütte für Zwecke des Pächters (sofern die Hütte auch nicht später an den Eigentümer zurückfallen soll).

Derartige Fälle erfasst der BGH mit seiner jetzigen Entscheidung nicht. Denn ein zentrales Argument der Entscheidungsgründe ist, dass eine öffentliche Aufgabe übertragen wird und dass sich daher das „Regelungsprinzip für die Zuordnung des Eigentums im Recht der öffentlichen Sachen“ und entsprechende spezialgesetzliche Regelungen etwa des öffentlichen Straßen- und Wegerechtes heranziehen lassen. Auch in einer früheren Entscheidung hatte der BGH deutlich zwischen privaten und öffentlichen Versorgungsleitungen unterschieden und so zur Entscheidung „Ruhrschnellweg“ abgegrenzt.⁶

Ich hielte es auch nicht für sinnvoll, in dieser Fallgruppe genauso wie im jetzigen BGH-Fall zu entscheiden.⁷ Bekanntlich steht die Ausnahme des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der §§ 93, 94 BGB: Während die Bestandteileigenschaft im Grundsatz objektiv an die feste Verbindung anknüpft, sieht § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Ausnahme nach dem Willen der Beteiligten

⁵ Entscheidungsgründe II. 2. b) bb).

⁶ BGH, BB 1968, 1262 = NJW 1968, 2331. Leitsatz: „Ob eine durch fremde Grundstücke geführte private Abwasserleitung nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB mit dem Grund und Boden verbunden ist, richtet sich im Wesentlichen nach den Umständen des einzelnen Falles; die Grundsätze über die hinsichtlich der Fernleitungen öffentlicher Versorgungsunternehmen bestehende allgemeine Verkehrsanschauung können für die Beantwortung dieser Frage nicht ohne weiteres herangezogen werden (Ergänzung zu BGHZ 37, 353 = LM Art. 90 GG Nr. 5).“

⁷ Insoweit ebenso Woitkewitsch, ZMR 2004, 649 (der allerdings auch die der vorliegenden Entscheidung zugrundeliegende Ruhrschnellweg-Entscheidung BGHZ 37, 353 ablehnt); a. A. Wicke, DNotZ 2006, 252 in seiner Besprechung der vorliegenden Entscheidung.

vor.⁸ Mir erscheint nicht sinnvoll, diese Ausnahme noch auszudehnen und damit das Spannungsverhältnis noch zu vergrößern. Dagegen spricht v. a. der Verkehrsschutz: Für einen Dritten (Grundstückserwerber oder Hypothekengläubiger) sind die Ausnahmen schwerer ersichtlich, wenn auch nachträglich noch ein Scheinbestandteil begründet werden kann.⁹

Für die entschiedene Fallgruppe öffentlicher Versorgungsleitungen in öffentlichen Straßen spielt der Drittschutz keine Rolle. Daher ist diese Fallgruppe unproblematisch.

Ähnlich kann man auch für andere als Straßengrundstücke argumentieren. Kein Grundstückseigentümer erwartet, dass ihm die durch sein Grundstück führenden öffentlichen Versorgungsleitungen gehören. Sinnvollerweise gehören sie dem Versorgungsunternehmen. Das fehlende Eigentum stört auch keinen Grundpfandrechtsgläubiger (sondern allenfalls die Nutzungseinschränkung des Grundstücks durch die Leitungen).

5. Keine Aussage zu nachträglichem Überbau

Spannender für die notarielle Praxis sind mögliche Schlussfolgerungen für die Fälle des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, insbesondere für die Absicherung eines Überbaus durch eine Grunddienstbarkeit.

Die bisherige Rechtsprechung und die ganz herrschende Meinung versteht § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend, dass ein Gebäude nur dann „in Ausübung“ der Dienstbarkeit (oder eines sonstigen – dinglichen – Rechtes an dem Grundstück) „mit dem Grundstück verbunden worden ist“, wenn die Dienstbarkeit usw. schon bestellt war, bevor das Gebäude errichtet wurde. Die strenge Variante dieser Auffassung¹⁰ fordert dabei die vorherige Grundbucheintragung der Dienstbarkeit, während Rechtsprechung und h. M. in der Literatur¹¹ den Zeitpunkt der dinglichen Einigung (§ 873 BGB) genügen lassen – vorausgesetzt das Recht entsteht später tatsächlich, da es nicht auf die Zufälligkeit des Zeitpunkts der Grundbucheintragung ankommen soll. Ist etwa ein Überbau bereits errichtet, so kann die nachträgliche Bestellung einer (Überbau-)Dienstbarkeit an den Eigentumsverhältnissen nichts mehr ändern. Die nachträgliche Dienstbarkeitsbestellung genügt allerdings, um grundbuchverfahrensrechtlich in der Form des § 29 GBO den Nachweis zu erbringen, dass ein berechtigter

Überbau vorliegt, (und ermöglicht damit eine Aufteilung in Wohnungseigentum ohne Verstoß gegen § 1 Abs. 4 WEG).¹²

Der jetzigen Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, dass der BGH von dieser Rechtsprechung abweichen will – auch wenn man dies beim ersten Lesen vielleicht annehmen könnte. Zum einen erging die vorliegende Entscheidung zu § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB, nicht zu dessen Satz 2. Vor allem aber betonten die Urteilsgründe, dass der Gesetzeswortlaut einer nachträglichen Bestimmung zu einem Scheinbestandteil nicht entgegensteht, weil § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nur voraussetzt, dass die Sachen „verbunden sind“, und weil das Wörtchen „worden“ („verbunden worden sind“) in Satz 1 fehlt¹³ – anders als in Satz 2.

Immerhin hat der BGH in Überbaufällen bereits früher den umgekehrten Fall zugelassen, nämlich die Übereignung des Überbaus an den Eigentümer des überbauten Grundstücks. Dafür ist neben der Einigung der Beteiligten noch ein die Überbaueigenschaft auch äußerlich beendender Akt erforderlich. Der äußerliche Akt kann auf zwei Arten erfolgen, entweder indem an dem überbauenden Grundstück eine Dienstbarkeit bestellt wird, wonach die Rechte aus dem Überbau ausgeschlossen werden (§ 1018 Var. 3 BGB)¹⁴ – oder indem die den Überbau begründende Gebäudeeinheit baulich beseitigt wird¹⁵. Wenn aber die Überbaueigenschaft nachträglich durch eine Dienstbarkeit beseitigt werden kann, wäre es nur ein zusätzlicher Schritt, die Dienstbarkeit umgekehrt auch zur nachträglichen Begründung der Überbaueigenschaft genügen zu lassen. (Und auch von der Anerkennung der nachträglichen Dienstbarkeit als Grundbuchnachweis in der zitierten oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung ist es nur ein Schritt bis zur Anerkennung auch einer sachenrechtlichen Wirkung.)

Ich würde es begrüßen, wenn der BGH diesen Schritt der nachträglichen Scheinbestandteilsbegründung, den er jetzt in § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Spezialfall der öffentlichen Versorgungsleitungen getan hat, auch für dessen Satz 2 nachvollzieht. Denn wirtschaftlich sinnvoll wäre es m. E., die nachträgliche Begründung eines Scheinbestandteils durch Bestellung einer Dienstbarkeit oder eines anderen Rechtes zuzulassen. Ein entsprechendes Bedürfnis besteht z. B. in Überbaufällen, insbesondere beim nachträglichen (Eigengrenz-)Überbau. Denn warum sollten bei einer nachträglichen Grundstücksteilung Gestaltungen nicht möglich sein, die bei anfänglich realgeteilten Grundstücken möglich sind?¹⁶

Der vorstehend dargestellte Konflikt zwischen dem Prinzip fester Verbindung einerseits (§§ 93, 94 BGB) und dem Parteiwillen andererseits ist in § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgelöst durch die Publizität der Bestellung des dinglichen Rechtes. Soweit etwa bereits Grundpfandrechte an dem Grundstück bestehen, könnte die nachrangige Dienstbarkeitsbestellung die Gegenstände nicht aus dem Haftungsverband des Grundpfandrechtes lösen; dies wäre nur durch eine vorrangige Dienstbarkeit möglich (etwa durch einen Rangrücktritt des Grundpfandrechtes). § 12 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO zeigt, dass

⁸ Das Spannungsverhältnis kann man auch darauf zurückführen, dass hier unterschiedliche historische Traditionen verbunden wurden, einerseits des römischen Rechtes (feste Verbindung, §§ 93, 94 BGB), andererseits deutsch-rechtlicher Tradition (Wille, § 95 BGB); vgl. *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, § 95 Rdnr. 1.

⁹ Das Gegenargument wäre, dass das Recht des Pächters, Mieters etc. durch dessen Besitz ersichtlich ist. Deren Besitz wäre aber der gleiche, wenn das Bauwerk dauerhaften Zwecken dient.

¹⁰ *Ludwig*, Rpfleger 1984, 266, 267; *Rastätter*, BWNNotZ 1986, 79, 80 f.; ebenso *MünchKommBGB/Holch*, 4. Aufl. 2001, § 95 BGB Rdnr. 25; *Staudinger/Dilcher*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 95 BGB Rdnr. 18.

¹¹ BGH, BB 1961, 625; OLG Hamburg, OLGR 1999, 362; OLG Breslau, MDJ 1938, 380 m. krit. Anm. *Armstrong*; OLG Nürnberg, DNotZ 1955, 204; OLG Schleswig, ZfIR 2006, 62 m. zust. Anm. *Wit-ter*, ZfIR 2006, 41, 43; *Peters*, WM 2002, 110, 113 ff.; *Soergel/Marly*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 95 BGB Rdnr. 19; *Erman/Michalski*, 11. Aufl. 2004, § 95 BGB Rdnr. 6. *Fritzsche* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 95 BGB Rdnr. 15, will in der Phase zwischen Einigung und Eintragung (oder sonstigem Wirksamkeitserfordernis) auf den vorübergehenden Zweck i. S. d. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückgreifen.

¹² OLG Düsseldorf, DNotZ 1978, 353; OLG Hamm, MittBayNot 1984, 34 = MittRhNotK 1985, 14 = Rpfleger 1984, 98; OLG Karlsruhe, BWNNotZ 1986, 84 m. Anm. *Rastätter* = DNotZ 1986, 753 m. Anm. *Ludwig* = Rpfleger 1987, 84, 85; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 2817; Gutachten, DNotI-Report 2002, 9, 10.

¹³ Entscheidungsgründe II. 2. b) bb) (3) (a).

¹⁴ BGH, BB 1961, 653.

¹⁵ BGHZ 157, 301 = DNotZ 2004, 373 = ZNotP 2004, 233.

¹⁶ Ebenso *Wicke*, DNotZ 2006, 252.

sich der Gesetzgeber durchaus eine nachträgliche Herauslösung sogar eines ganzen Gebäudes aus dem Grundstückseigentum vorstellen kann¹⁷.

Möglicherweise könnte man sogar schon die jetzige Entscheidung in § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB verorten – unter Abweichung von den Urteilsgründen, aber mit gleichem Ergebnis. Denn in der Ruhrschnellweg-Entscheidung sprach der BGH von einem Benutzungsrecht öffentlich-rechtlichen Ursprungs, das einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ähnlich sei.¹⁸ Derartige quasi-dingliche öffentlich-rechtliche Nutzungsrechte ordnet der BGH aber ebenfalls als „Rechte an einem fremden Grundstück“ i. S. d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ein.¹⁹ Diese Argumentation hätte den Vorteil, dass man noch klarer abgrenzen könnte, dass in den Fällen des Satz 1 die nachträgliche Umwidmung in einen Scheinbestandteil nicht möglich ist, wohl aber in den Fällen des Satz 2 (sei es aufgrund eines dinglichen Rechtes oder einer öffentlich-rechtlichen Rechtsposition).

Als gewichtiges Gegenargument gegen eine derartige Umwidmung in Satz 2 verbleibt der Wortlaut. Doch kam es dem historischen Gesetzgeber wohl nicht so entscheidend auf das Wörtchen „worden“ an; sonst hätte er seine Erwägungen festgehalten, warum das Wort in Satz 1 gestrichen wurde. Daher halte ich das Wortlautargument nicht für eine unüberwindbare Hürde – sei es für eine unmittelbare oder für eine analoge Anwendung.

Damit keine Missverständnisse entstehen: Für die Vertragsgestaltung kann man sich in den Überbaufällen nicht auf das neue Urteil stützen. Soll die eigentumsrechtliche Zuordnung eines Überbaus geändert werden, so wird man entsprechend der bisherigen Rechtsprechung bei den sicheren Mitteln eines Erbbaurechtes oder der Aufteilung in Wohnungseigentum (anstelle einer Realteilung des Grundstückes) verbleiben. Eine nachträgliche Dienstbarkeitsbestellung genügt, wenn den Beteiligten die Absicherung der Nutzung ausreicht (wie etwa i. d. R. für Versorgungsleitungen) oder wenn sie das Risiko einer unsicheren Eigentumsrechtslage einzugehen bereit sind.

Notar a. D. *Christian Hertel*, LL. M.
(George Washington Universität), Würzburg

¹⁷ Die ursprüngliche Vorschrift des § 1012 BGB regelte die Frage nicht ausdrücklich. Wurde ein Erbbaurecht für ein bereits bestehendes Gebäude errichtet, so änderte dies nach h. M. am Gebäudeeigentum nichts [Motive III, S. 468, 473; *Staudinger/Kober*, BGB, 7./8. Aufl. 1912, § 1012 BGB Anm. I. 1. c) β); *Planck/Strecker*, BGB, 4. Aufl. 1920, Bearbeitungsstand 1916, § 1012 BGB Anm. 2. b) β)]. Allerdings gab es auch eine Mindermeinung, die auch nach damaligem Recht – also ohne die Sondervorschrift des § 12 ErbbauVO – allein aufgrund von §§ 93 ff., 95 BGB einen Eigentumserwerb des Erbbauberechtigten auch für schon vorhandene Gebäude annahm (*Fuchs*, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur GBO, 1901–1903, § 1013 BGB Anm. 8).

¹⁸ BGHZ 37, 353, 362 (s. o. Fn. 1).

¹⁹ Vgl. BGHZ 51, 319, 321 = NJW 1969, 1066 (im konkreten Fall nur obligatorisches Nutzungsrecht für Abwasserkanal); BGH, JuS 1980, 447 m. Anm. *K. Schmidt* = NJW 1980, 771 (Wasserleitung, die 1908 aufgrund des damaligen Hessischen „Kunststraßengesetzes“ in die Straße verlegt wurde); BGHZ 125, 56, 59 = NJW 1994, 999 (Fernmeldekabel nach § 3 Abs. 2 TWG); BGHZ 138, 266, 272 = WM 1998, 1352 (öffentliches Nutzungsrecht für Trinkwasserleitung in ehemaliger DDR im konkreten Fall verneint). Gleichzeitig kann auch ein Fall des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen, da das öffentlich-rechtliche Nutzungsrecht dazu führt, dass die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt.

3. BGB § 497 a. F.; BauGB § 11 Abs. 2; RHeimstG §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 1 (*30-jährige Frist für Wiederkaufsrecht bei Verkauf einer Reichsheimstätte*)

Ein bei dem Verkauf einer Reichsheimstätte für die Dauer von 30 Jahren zugunsten der ausgebenden Stadt vereinbartes Wiederkaufsrecht ist wirksam, wenn es den nach dem Reichsheimstättengesetz bestehenden Rechten des Ausgebers nachgebildet ist.

Die Ausübung eines solchen Wiederkaufsrechts 19 Jahre nach Vertragsschluss ist trotz der Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes nicht unangemessen, wenn der Käufer das Grundstück zu einem den Verkehrswert um mehr als 70 % unterschreitenden Preis erworben hat.

BGH, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05

Die beklagte Stadt war Eigentümerin eines bebauten Grundstücks, auf dem zugunsten der Kläger ein Erbbaurecht nach dem Reichsheimstättengesetz lastete. Durch notariellen Vertrag vom 7.11.1983 verkaufte sie das Grundstück, dessen Verkehrswert 300 DM/qm betrug, zu einem Preis von 37.120 DM (= 80 DM/qm) an die Kläger; dabei wurde die Heimstätteneigenschaft auf das Grundstück erstreckt. In Ziffer 6 des Vertrages bestellten die Kläger der Beklagten ein Wiederkaufsrecht für die Dauer von 30 Jahren. Die Beklagte sollte zur Ausübung dieses Rechts unter anderem berechtigt sein, wenn die Kläger das Grundstück an andere Personen als ihre Kinder, Kindeskindern oder deren Ehegatten verkauften. Als Wiederkaufspreis wurde der Verkehrswert des Grundstücks, höchstens jedoch der Kaufpreis von 80 DM/qm zuzüglich eines Betrags für eine nach dem statistischen Lebenshaltungskostenindex zu ermittelnde Wertsteigerung des Grundstücks vereinbart; die auf dem Grundstück befindlichen Bauten sollten in Höhe ihres Verkehrswerts entschädigt werden. Als die Kläger das Grundstück im Jahr 2001 verkaufen wollten, verlangte die Beklagte zur Ablösung ihres Wiederkaufsrechts eine Ausgleichszahlung von 163.335 DM (83.511,86 €). Im März 2002 veräußerten die Kläger das Grundstück für 286.323 € an Dritte und zahlten den Ausgleichsbetrag unter dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass das Wiederkaufsrecht unwirksam sein sollte.

Die auf Rückzahlung des Ausgleichsbetrags gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter; die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass das vertragliche Wiederkaufsrecht (§ 497 BGB a. F.) wirksam vereinbart worden ist. Insbesondere ergeben sich aus dem Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung, dem die beklagte Stadt unterliegt, keine Bedenken gegen dessen Wirksamkeit.

a) Dabei kann dahinstehen, ob dem Berufungsgericht darin zu folgen ist, dass es sich bei dem Kaufvertrag um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB handelt, ob es also zutrifft, dass die Beklagte mit dem Verkauf des Grundstücks öffentliche Aufgaben auf dem Gebiet des Städtebaus erfüllen, insbesondere preisgünstigen Wohnraum für Einheimische schaffen wollte (vgl. BGHZ 153, 93, 96 = DNotZ 2003, 341). Hieran bestehen Zweifel, weil die Annahme des Berufungsgerichts, die verbilligte Abgabe des Grundbesitzes an die Kläger habe der Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung gedient, nicht auf tatsächliche Feststellungen gestützt worden ist und der Umstand, dass die Kläger bereits Erbbauberechtigte waren, es also nicht (mehr) um die Bereitstellung von günstigem Bauland ging, eher gegen eine solche Zielsetzung spricht (vgl. zu einem ähnlichen Fall: OVG Münster, NJW 1983, 2517). Die Frage kann aber offen

bleiben, weil das in § 11 Abs. 2 BauGB normierte Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, auf dem allgemeinen, verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und damit auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der Verwaltung bestimmend ist (vgl. BGHZ 153, 93, 98 m. w. N. = DNotZ 2003, 341).

b) Das Berufungsgericht nimmt rechtsfehlerfrei an, dass die für das Wiederkaufsrecht vereinbarte Ausübungsfrist von 30 Jahren schon deshalb keine unangemessene Regelung darstellt, weil sie mit den damals geltenden Bestimmungen des Reichsheimstättengesetzes in Einklang steht. Die Beklagte hätte nämlich in den beiden wichtigsten Fällen, in denen sie nach Ziffer 6 des Kaufvertrags zum Wiederkauf des Grundstücks berechtigt sein sollte – Verkauf des Grundstücks an Dritte und Vermögensverfall der Kläger –, auch ihr Vorkaufsrecht gemäß § 11 Abs. 1 RHeimstG oder ihren Heimfallanspruch nach § 12 Abs. 1 RHeimstG i. V. m. § 17 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 der Verordnung zur Ausführung des Reichsheimstättengesetzes ausüben können.

Diese Rechte standen der Beklagten grundsätzlich unbefristet (vgl. *Wormit/Ehrenforth*, Reichsheimstättengesetz, 4. Aufl., § 21 Anm. 1, S. 164), unter Umständen also auch weitaus länger als 30 Jahre, zu und berechtigten sie, die Übertragung des Grundstücks zu dem im Kaufvertrag vereinbarten und im Grundbuch eingetragenen Bodenwert von 80 DM/qm unter Hinzurechnung des noch vorhandenen Werts etwaiger Baulichkeiten und Verbesserungen zu erwerben (§ 15 Abs. 1 Satz 1 RHeimstG). In diesem Punkt stellte sich das vertragliche Wiederkaufsrecht für die Kläger sogar als günstiger dar, weil der Wiederkaufspreis zusätzlich eine am statistischen Lebenshaltungskostenindex orientierte Wertsteigerung des Grundstücks umfasste.

2. Ungeachtet der Wirksamkeit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen musste die Beklagte bei Eintritt des Wiederkaufsfalls allerdings prüfen, ob die Ausübung des ihr zustehenden Rechts im Jahr 2002 angemessen war (vgl. hierzu BGHZ 153, 93, 106 = DNotZ 2003, 341), ob sich also ein Wiederkauf des Grundstücks auch nach der 1993 erfolgten Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes als verhältnismäßig darstellte. Entgegen der Auffassung der Revision war das Ermessen der Beklagten hierdurch jedoch nicht reduziert. Die Beklagte durfte vielmehr berücksichtigen, dass die Kläger – würde sie auf die Ausübung ihres Wiederkaufsrechts verzichten – durch den Verkauf des Grundstücks dessen vollen Verkehrswert realisieren und sich dadurch in sachlich nicht gerechtfertigter Weise auf Kosten der Allgemeinheit bereichern würden.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Kläger das Grundstück für 80 DM/qm und damit um mehr als 70 % unter dessen damaligem Verkehrswert von 300 DM/qm erworben. Soweit die Revision dieses Wertverhältnis in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf die Belastung des Grundstücks durch das den Klägern zustehende Erbbaurecht in Zweifel gezogen hat, zeigt sie keine Umstände auf, die die Annahme rechtfertigen, das Berufungsgericht habe das Erbbaurecht bei Ermittlung der Verbilligung unberücksichtigt gelassen. Dahinstehen kann, inwieweit die Verbilligung auf etwaige städtebauliche Ziele zurückzuführen ist, die die Beklagte mit dem Verkauf des Grundstücks verfolgt haben mag, und inwieweit sie auf der Heimstätteneigenschaft des Grundstücks beruhte, die im Allgemeinen als nachteilig angesehen wurde, weil sie dazu führte, dass inflationsbereinigte Steigerungen des Bodenwerts nicht dem Eigentümer, sondern dem Ausgeber zugute kamen (vgl. BVerwG, NJW

1979, 1725; *Wormit/Ehrenforth*, Reichsheimstättengesetz, § 6 Anm. 2). Der Verkauf des Grundstücks stellte sich in jedem Fall als eine Subventionierung der Kläger aus öffentlichen Mitteln dar. Während deren Zweckgebundenheit, die das Berufungsgericht in der Schaffung von Grundbesitz für den Heimstäter und seine Familie sieht, zunächst durch das gesetzliche Heimfall- und Vorkaufsrecht der Beklagten nach dem Reichsheimstättengesetz gewährleistet war, durfte die Beklagte auch nach dessen Aufhebung für einen angemessenen Zeitraum sicherstellen, dass die Subvention weiterhin ihren Zweck erfüllte oder andernfalls durch Ausübung des Wiederkaufsrechts in die öffentlichen Kassen zurückfloss. Das Gebot, Vermögen der öffentlichen Hand nicht zu Lasten der Allgemeinheit unter Wert zu veräußern (vgl. § 90 Abs. 3 Satz 2 GO-NRW), verpflichtete sie sogar, die durch das Wiederkaufsrecht gesicherte Differenz zwischen dem von den Klägern gezahlten Kaufpreis und dem vollen Grundstückswert gegebenenfalls selbst, d. h. zugunsten der Allgemeinheit, zu realisieren.

b) Etwas anderes würde zwar gelten, wenn der Gesetzgeber durch die Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes beabsichtigt hätte, den Heimstärtern den vollen Grundstückswert unabhängig davon zukommen zu lassen, zu welchem Preis sie ihr Grundstück erworben hatten, ihnen also gegebenenfalls einen Spekulationsgewinn zu ermöglichen. Das kann aber nicht angenommen werden. Die Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes beruhte zum einen auf der Erwägung, dass das Institut der Reichsheimstätte durch neuere Formen der Wohnungsbauförderung an Bedeutung verloren hatte. Zum anderen erschien dem Gesetzgeber die Einschränkung der Verfügungsgewalt der Heimstärter im Vergleich zu anderen Eigentümern als unbillig, weil durch die Steuerreform 1990 die ihnen zuletzt noch verbliebenen finanziellen Vergünstigungen entfallen seien. Den erheblichen Nachteilen einer Reichsheimstätte stünden damit – so die Begründung – keine Vorteile mehr gegenüber. Eine Aufrechterhaltung der Verfügungs- und Verwertungsbeschränkungen des Reichsheimstättengesetzes sei wegen der damit verbundenen Sonderopfer der Heimstärter nicht zu rechtfertigen (BT-Drucks. 512/92, S. 6). Aus dieser Begründung wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Heimstärter mit anderen Grundeigentümern gleichstellen, sie aber keinesfalls bevorzugen wollte. Folglich war mit der Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes keine Aussage darüber verbunden, ob Heimstärter, die ihr Grundstück deutlich unter dem Verkehrswert erworben hatten, nunmehr auch berechtigt sein sollten, den vollen Verkehrswert des Grundstücks zu realisieren. Denn hierin hätte eine Privilegierung gegenüber den anderen Grundeigentümern gelegen, die ihr Grundstück entweder zum Verkehrswert gekauft oder eine – etwa im Rahmen eines Einheimischenmodells erfolgte – Verbilligung nur um den Preis der Bindung durch ein Wiederkaufsrecht oder eine Mehrerlösklausel zugunsten der Gemeinde erhalten hatten (vgl. dazu BGHZ 153, 93 = DNotZ 2003, 341).

c) Das Ermessen der Beklagten war auch nicht deshalb beschränkt, weil den Klägern ursprünglich ein Erbbaurecht an dem verkauften Grundstück zugestanden hatte. Dieses Recht hatte sich durch den Kauf des Grundstücks in ein Eigentümer-Erbbaurecht umgewandelt und stellte damit keine wertmindernde Belastung des Grundstücks mehr dar (vgl. Senat, NJW 1989, 2129, 2130). Demgemäß beeinflusst es auch nicht die Höhe des Gewinns, den die Kläger bei einem Verkauf des Grundstücks auf Kosten der Allgemeinheit erzielen könnten.

d) Entgegen der Auffassung der Revision war die Ausübung des Wiederkaufsrechts auch nicht deshalb unverhältnismäßig,

weil der Zeitraum, in dem es den Klägern nicht möglich ist, den vollen Grundstückswert durch einen Verkauf an Dritte zu realisieren, unangemessen lang wäre oder sonst zu einer unzumutbaren Belastung geführt hätte.

(1) Die Kläger können sich insbesondere nicht darauf berufen, dass bei Wiederkaufsrechten oder Mehrerlösabführungsklauseln, die der vertraglichen Absicherung von Zielen der Einheimischenförderung dienen, eine Bindungsdauer von etwa 15 Jahren als wirksam (so BGHZ 153, 93, 105 = DNotZ 2003, 341), eine 20 Jahre überschreitende Bindung dagegen vielfach als unangemessen angesehen wird (z. B. OLG Oldenburg, OLGR 2001, 34, 35; *Grziwotz*, DNotZ 1999, 646, 650; *Deutrich*, MittBayNot 1996, 201, 202; *Jachmann*, MittBayNot 1994, 93, 108). Selbst wenn eine Bindung der Kläger von 30 Jahren danach unangemessen lang erschiene, führte das – da das Wiederkaufsrecht wirksam vereinbart worden ist – allenfalls zu einer Reduzierung der Ausübungsfrist auf das zulässige Maß. Dabei kann auch hier offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Ziele eines Einheimischenmodells sichernde Wiederkaufsrechte für einen deutlich längeren Zeitraum als 15 Jahre vereinbart werden können. Vorliegend ist jedenfalls eine – nicht überschrittene – Frist von 20 Jahren unbedenklich. Zu berücksichtigen ist, dass bei Einheimischenmodellen im Allgemeinen nur eine Reduzierung des Kaufpreises bis zu 30 % gegenüber dem Verkehrswert als zulässig, eine weitergehende Verbilligung demgegenüber als nicht mehr durch die mit dem Modell verbundenen städtebaulichen Zielen gerechtfertigt angesehen wird (vgl. BayVGH, MittBayNot 1990, 259, 264; OLG München, NJW 1998, 1962, 1963; *Jachmann*, MittBayNot 1994, 93, 107). Da die durch das Wiederkaufsrecht bewirkte Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist (BGHZ 153, 93, 104 = DNotZ 2003, 341), steigt die zulässige Bindungsdauer mit dem Umfang der Verbilligung. Wird bei einem Preisabschlag bis zu 30 % eine Bindungsdauer bis zu 20 Jahren als noch angemessen angesehen (vgl. zu diesem Zusammenhang, *Jachmann*, MittBayNot 1994, 93, 108), ist bei einem Nachlass von mehr als 70 % gegenüber dem Verkehrswert, wie er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier gegeben ist, eine deutlich längere, möglicherweise bis zu 30 Jahren reichende Bindung des Käufers gerechtfertigt. Damit stellt es sich hier jedenfalls nicht als unverhältnismäßig dar, dass die Beklagte ihr Wiederkaufsrecht noch nach einem Zeitraum von knapp 19 Jahren seit der verbilligten Abgabe des Grundstücks auszuüben beabsichtigte.

(2) Die Dauer des Wiederkaufsrechts führte auch nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Kläger infolge einer unangemessenen Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit. Es hinderte sie insbesondere nicht daran, das Grundstück zu einem Preis zu verkaufen, der in einem angemessenen Verhältnis zu den von ihnen erbrachten Leistungen stand. Da der Wiederkaufspreis für das Grundstück dem von den Klägern gezahlten Kaufpreis zuzüglich einer am statistischen Lebenshaltungskostenindex orientierten Wertsteigerung entsprach, blieben ihnen die für den Erwerb des Grundstücks aufgewendeten Mittel wertgesichert erhalten; die auf dem Grundstück befindlichen Bauten waren nach ihrem Verkehrswert zu entschädigen. Sonstige tatsächliche Belastungen, die geeignet wären, die Ausübung des Wiederkaufsrechts nach 19 Jahren als unverhältnismäßig erscheinen zu lassen, haben die Kläger nicht aufgezeigt. Das gilt auch hinsichtlich des in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Einwands, anders als in dem der Senatsentscheidung vom 29.11.2002 (BGHZ 153, 93 = DNotZ 2003, 341) zugrundeliegenden Fall sei der Ablösebetrag nicht für jedes Jahr bestehenden Eigen-

tums reduziert worden, sondern wäre sogar umso höher gewesen, je länger die Kläger das Grundstück behalten hätten. Da der Kaufvertrag keine Regelung über die Ablösung des Wiederkaufsrechts enthält, könnte sich ein solcher Effekt allenfalls aus der Berechnungsmethode ergeben, nach der die Beklagte den Ablösebetrag ermittelt hat. Diese Methode ist aber nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens; denn weder enthält das Berufungsurteil Feststellungen zu ihr noch zeigt die Revision entsprechenden Vortrag der Kläger aus den Tatsacheninstanzen auf.

e) Schließlich können die Kläger nicht mit Erfolg einwenden, dass sie schlechter stünden als diejenigen Heimstätter, die ihr Grundstück ohne Vereinbarung eines zusätzlichen schuldrechtlichen Wiederkaufsrechts erworben haben und nach Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes von jeglichen Bindungen befreit waren. Dieser Gesichtspunkt wäre von der dem Gleichbehandlungsgebot verpflichteten Beklagten zwar zu berücksichtigen gewesen, wenn sie in vergleichbaren Fällen Heimstätten ohne Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts veräußert hätte. Hierzu zeigt die Revision aber keine Feststellungen des Berufungsgerichts und auch keinen in den Vorinstanzen übergebenen Tatsachenvortrag auf.

Die Beklagte musste auch nicht berücksichtigen, dass die Kläger – im Vergleich zu „normalen“ Erwerbern von Heimstätten – vor Abschluss des Kaufvertrags Erbauberechtigte des fraglichen Grundstücks waren. Auch insoweit ist kein Sachvortrag ersichtlich, dem sich entnehmen ließe, dass die Kläger im Vergleich zu solchen Erwerbern heute schlechter gestellt sind oder dass sie heute besser stünden, wenn sie 1983 ihr Erbbaurecht beibehalten hätten statt das Grundstück zu kaufen.

Anmerkung:

Anhand der Entscheidung sollen neben heimstättenspezifischen Fragen (unten I.) auch einige allgemeine Fragen zu den Einheimischenmodellen in Erinnerung gerufen werden (unten II.).

I. Fragen im Zusammenhang mit dem Reichsheimstättengesetz

1. Zweistufige Prüfung durch den BGH

Der BGH prüft zunächst die *Wirksamkeit* der Vertragsklausel, hier des Wiederkaufsrechts für die Dauer von 30 Jahren bei Veräußerung an Familienfremde, die nach den Umständen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen ist. In einem zweiten Schritt kommt er zur *Ausübungskontrolle* nach den Umständen bei Eintritt des Wiederkaufsfalles. Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle stellt der BGH fest, dass das dreißigjährige Wiederkaufsrecht den Käufer gegenüber dem gesetzlich normierten Vorkaufsrecht (§ 11 RHeimstG) nicht zusätzlich belastet. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, da das gesetzliche Vorkaufsrecht des § 11 RHeimstG unbefristet und preislimitiert war (vgl. § 15 RHeimstG).

2. Konsequenz aus der Aufhebung des Reichsheimstättengesetzes

Schwieriger zu beurteilen ist da schon die Frage, ob nicht durch die Aufhebung des RHeimstG im Jahre 1993 auch sonstigen Vertragsklauseln, die die öffentliche Zielverfolgung absicherten (hier: Wiederkaufsrecht), der Boden entzogen wurde. Durch die Aufhebung des RHeimstG sollten nämlich gerade auch Verfügungs- und Verwertungsbeschränkungen der Heimstätter wegfallen. Nach Meinung des BGH war mit Aufhebung des RHeimstG keine Aussage darüber verbunden, ob Heimstätter, die ihr Grundstück deutlich unter Verkehrs-

wert erworben hatten, nunmehr auch berechtigt sein sollten, den vollen Verkehrswert des Grundstückes zu realisieren. Ich halte die Entscheidung des BGH insoweit für richtig, da der Zweck des Wiederkaufsrechtes, nämlich die öffentliche Zweckbindung, die alleine eine Unterwertveräußerung rechtfertigen kann (unten II. 1), zu sichern, durch die Aufhebung des RHeimstG nicht hinfällig wurde. Im vorliegenden Fall hatten die Käufer das Grundstück um mehr als 70% unter Verkehrswert erworben. Die Sicherung durch das befristete Wiederkaufsrecht war durch den bereits im Zeitpunkt der Heimstättenausgabe gewaltigen Wertunterschied gerechtfertigt und verfolgte über die Heimstättenausgabe hinaus den selbständigen Zweck, Spekulationsgewinne zu verhindern.

Gleichwohl wäre nach der Aufhebung des RHeimstG volle Verkehrswertrealisierung durch den Käufer möglich gewesen, wenn nicht zusätzlich – also über die Verfügungs- und Verwertungsbeschränkung des RHeimstG hinaus – ein Wiederkaufsrecht vereinbart worden wäre. Hier lässt der BGH doch noch eine Hintertür offen: Dieser Gesichtspunkt wäre nach dem Gleichbehandlungsgebot zu berücksichtigen, wenn die Kommune in vergleichbaren Fällen Heimstätten ohne Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes veräußert hat. Insoweit könnte ein Käufer also Erfolg haben, wenn er nachweist, dass bei Vergleichsverträgen nicht grundsätzlich zusätzlich zur Reichsheimstätteneigenschaft entsprechende Wiederkaufsrechte vereinbart worden sind. Denn ohne Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes wäre die Verkehrswertrealisierung zwingende wenn wohl auch nicht beabsichtigte Folge der Gesetzesaufhebung gewesen.

II. Fragen zu Einheimischenmodellen

1. Grundsätzliche Zulässigkeit

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Einheimischenmodelle ist spätestens mit der Grundentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹ unbestritten. Mittlerweile regelt § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB ausdrücklich die Zulässigkeit eines städtebaulichen Vertrages zur „Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“. Da grundsätzlich den Kommunen eine Unterwertveräußerung verboten ist,² muss der die Ausnahme rechtfertigende öffentliche Zweck sichergestellt werden. Dies erfolgt üblicherweise durch Bauverpflichtung, Verpflichtung zur Eigennutzung, Zustimmungserfordernis zur Vermietung und Veräußerung mit Sicherung durch Wiederkaufsrechte und/oder Aufzahlungsklauseln.

2. Prüfungsmaßstab der den öffentlichen Zweck sichernde Klausel

Umstritten ist nach wie vor der Prüfungsmaßstab für entsprechende den öffentlichen Zweck sichernde Vertragsklauseln. Der Grundstückskaufvertrag ist nach ganz überwiegender Auffassung aufgrund seines Vertragsgegenstandes privatrechtlicher Natur.³ Vor der BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2003 wurde das AGB-Gesetz als Prüfungsmaßstab angewandt,⁴ wobei die Prüfung ausschließlich aufgrund zivilrecht-

licher Normen erfolgte, ohne sich der Frage der öffentlich-rechtlichen Überlagerung zu stellen. Der BGH stellt in der zitierten Entscheidung auf die „Angemessenheit“ nach § 11 Abs. 2 BauGB als Prüfungsmaßstab ab und nimmt damit eine öffentlich-rechtliche Norm als Prüfungsmaßstab. Ob die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB und/oder § 11 Abs. 2 BauGB durchgeführt wird, hat durchaus praktische Bedeutung: Während es bei der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 BauGB darauf ankommt, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorganges die gegenseitigen Rechten und Pflichten ausgewogen gestaltet wurden, muss z. B. bei einem Verstoß gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) die Klausel ohne mögliche Gesamtbetrachtung des Vertrages als unwirksam eingestuft werden.

In der vorliegenden Entscheidung, die wohl einen Individualvertrag betrifft, geht der BGH ohne weitere Auseinandersetzung mit der Streitfrage von einem öffentlich-rechtlichen Prüfungsmaßstab (§ 11 Abs. 2 BauGB bzw. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) aus. Spätestens mit Einführung des § 24 a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB) gilt das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach h. M. auch für städtebauliche Verträge, zumindest soweit sie nach ihrem Vertragsgegenstand privatrechtlicher Natur sind. Verträge von Hoheitsträgern sind nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen.⁵ Meines Erachtens ist eine Anwendung der Generalklausel des § 307 BGB gegenüber dem Prüfungsmaßstab der „Angemessenheit“ in § 11 Abs. 2 BauGB nicht erforderlich. § 11 Abs. 2 BauGB, wo bereits eine umfassende Kontrolle des Verwaltungshandelns unter Berücksichtigung der öffentlichen-rechtlichen Zielsetzungen und Bindungen zu erfolgen hat, ist insoweit die sachnähere und speziellere Norm. Dies führt aber meiner Ansicht nach nicht zu einer völligen Verdrängung der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Einer Kommune kann es erst recht nicht erlaubt sein, eine Klausel in ihre Verträge aufzunehmen, die bei einem privaten Unternehmer nach § 309 BGB ohne Wertungsmöglichkeit unzulässig wäre. Eine Kompensation von unbilligen Einzelklauseln, die gegen § 309 BGB verstoßen, erscheint daher kaum vorstellbar.⁶

3. Bindungsdauer des Wiederkaufsrechts

Für das Wiederkaufsrecht (bzw. eine Aufzahlungsklausel) der Kommune beim Einheimischenmodell wird im Regelfall überwiegend eine Bindungsdauer von bis zu 20 Jahren als zulässig angesehen.⁷ Dennoch fügt sich die vorliegende Entscheidung des BGH in die bisher herrschende Auffassung ein. Nach Ansicht des BGH steigt die zulässige Bindungsdauer mit dem Umfang der Verkehrswertunterschreitung (hier mehr als 70 %, solche Wertdifferenzen liegen bei den typischen Einheimischenmodellen gerade nicht vor). Eine genaue Festlegung wollte und musste der BGH nicht treffen, da der Weiterverkauf knapp 19 Jahre nach Vertragschluss erfolgte. Auch wenn er eine Bindung von 30 Jahren als unangemessen eingestuft hätte, würde dies allenfalls zu einer Reduzierung der Ausübungsfrist auf das zulässige Maß führen, innerhalb der hier der Weiterverkauf erfolgte, da das Wiederkaufsrecht seinerzeit wirksam vereinbart wurde (1. Prüfungsstufe). Mög-

¹ DNotZ 1994, 63.

² Art. 75 BayGO ist Verbotsgebot i. S. v. § 134 BGB, vgl. Bay-ObLG, MittBayNot 1995, 389.

³ BGH, DNotZ 2003, 341.

⁴ OLG München, MittBayNot 1994, 464; OLG Hamm, MittBayNot 1996, 199.

⁵ Everts in Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, Rdnr. 1488 m. w. N.

⁶ Grziwotz in seiner Anmerkung zur oben zitierten BGH-Entscheidung (DNotZ 2003, 346); sowie Hertel in Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, 2003, S. 183.

⁷ Hertel, a. a. O., S. 183, 198; als gesichert können jedenfalls 15 Jahre angesehen werden, BGH, MittBayNot 2006, 324 (in diesem Heft).

licherweise – so meint man zwischen den Zeilen lesen zu können – hätte der BGH hier aufgrund der extremen Verkehrswertunterschreitung die Ausübung des Wiederkaufsrechts innerhalb der gesamten Dreißigjahresfrist gehalten.

Notar *Michael Deutrich*, Friedberg

4. BGB §§ 633, 634 Abs. 1 a. F., 459, 467 a. F., 242 (*Ausschluss der Sachmängelgewährleistung beim Erwerb eines Altbaus*)

- a) **Der Veräußerer eines Altbaus oder einer Altbauwohnung haftet für Sachmängel der gesamten Bausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts, wenn er vertraglich Bauleistungen übernommen hat, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind.**
- b) **Hat der Veräußerer eine Herstellungsverpflichtung übernommen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten nicht vergleichbar ist, sind wegen Mängeln des Objekts die Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts anwendbar, soweit die Herstellungsverpflichtung verletzt ist. Ist das nicht der Fall, ist Kaufrecht anwendbar.**
- c) **In einem Individualvertrag über den Erwerb eines Altbaus oder einer Altbauwohnung können die Parteien wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung des erworbenen Objekts unberührt gebliebene Altbausubstanz vereinbaren. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer formelhaften Klausel enthalten ist.**

BGH, Urteil vom 6.10.2005, VII ZR 117/04

Die Kläger begehren Wandelung eines Vertrages über den Erwerb einer Eigentumswohnung, hilfsweise Zahlung von Mängelbeseitigungskosten. Die Kläger erwarben von dem Beklagten durch notariellen Vertrag vom 7.7.2000 eine Eigentumswohnung, die Wirtewohnung einer ehemaligen Gastwirtschaft. Die Gastwirtschaft hatte der Beklagte im Jahre 1995 erworben. Er errichtete aus den ehemaligen Gastwirtsräumen und den Hotelzimmern Eigentumswohnungen, die er veräußerte. Die an die Kläger veräußerte Wirtewohnung erweiterte der Beklagte um zwei ehemalige Hotelzimmer. Damit waren Umbau- und Sanierungsarbeiten verbunden. Arbeiten am Dach des Objekts wurden nicht vorgenommen. Streitig ist zwischen den Parteien, ob der Beklagte in der Eigentumswohnung die Zwischenwände und den Kamin neu eingezogen hat. Im notariellen Erwerbsvertrag sind bezüglich der Gewährleistung u. a. folgende Regelungen enthalten:

„1. Für die von der Modernisierung des Kaufgegenstandes unberührt gebliebene Altbausubstanz wird eine verschuldensunabhängige Sachmängelgewährleistung ausgeschlossen. Der Verkäufer haftet jedoch für grob fahrlässiges oder vorsätzliches Unterlassen von notwendigen Renovierungsarbeiten an der Altbausubstanz.

2. Für die im Zusammenhang mit dem Umbau erbrachten Bauleistungen, Architekten- und Ingenieurleistungen gilt das Gewährleistungsrecht des BGB. Danach verjähren Gewährleistungsansprüche innerhalb fünf Jahren, ab der jeweiligen Abnahme (Übergabe) bei Bauwerksarbeiten, ein Jahr bei Arbeiten am Grundstück. Im Einzelnen wird vereinbart:

a) Wegen aller bei der Abnahme festgestellter und innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist auftretender Mängel hat der Käufer zunächst einen Anspruch auf Nachbesserung.

b) Bei Fehlschlägen der Nachbesserung kann der Käufer Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen, während ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) ausgeschlossen wird, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

c) Unberührt bleiben die gesetzlichen Schadensersatzansprüche; für Mangelfolgeschäden wird jedoch die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.“

Die Kläger wurden als Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung in das Grundbuch eingetragen. Mit ihrer Klage verfolgen sie die Wandelung des Vertrages. Diese stützen sie neben anderen Mängeln auf vom Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren festgestellte Risse an Ständerwänden, Feuchtigkeitsschäden im Bereich der Decke des Wohn-/Gästezimmers, Nässe am Kamin sowie auf Mängel des Dachs. Hilfsweise machen die Kläger Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 12.164,45 € geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr nach dem Hauptantrag stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom Senat zugelassenen Revision, mit der er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen will.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). (...)

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Veräußerer für Sachmängel der gesamten Bausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts haftet, wenn er vertraglich Bauleistungen übernommen hat, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind. Zutreffend ist auch, dass eine derartige Haftung auch dann in Betracht kommt, wenn bei der Veräußerung des Bauwerks die geschuldeten Bauleistungen bereits erbracht sind (st. Rspr., vgl. BGH, DNotZ 2005, 464).

2. Das Berufungsgericht trifft keine ausreichenden Feststellungen dazu, dass die Voraussetzungen einer derartig umfassenden werkvertraglichen Haftung für Mängel der gesamten Bausubstanz vorliegen.

a) Der Vertrag der Parteien enthält keinerlei Angaben dazu, welche Bauleistung die Parteien vereinbart haben. Beide Parteien gehen offenbar davon aus, dass der Beklagte bestimmte Umbau- und Sanierungsarbeiten vertraglich übernommen hat, deren Umfang allerdings streitig ist. Der Umstand, dass der Umfang dieser Arbeiten nicht mit beurkundet worden ist, begründet erhebliche Zweifel an der Formwirksamkeit des Vertrags. Eine etwaige Formunwirksamkeit wäre allerdings infolge der Eintragung der Kläger in das Grundbuch nach erfolgter Auflassung geheilt (vgl. BGH, DNotZ 2005, 464).

b) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, welche Bauleistung der Beklagte nach dem Vertrag vornehmen musste. Damit fehlt die Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob die übernommene Leistung nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar ist. Die Auffassung des Berufungsgerichts, zu der veräußerten Wohnung müsse eine intakte Hülle in Gestalt der Altbausubstanz gehören, besagt nichts über die insoweit übernommenen Vertragspflichten.

3. Auf dieser Grundlage hat die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kläger könnten die Wandelung des Vertrages verlangen, keinen Bestand. In der Revision ist zugunsten des

Beklagten davon auszugehen, dass die von ihm geschuldete Bauleistung nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten nicht vergleichbar ist. In diesem Fall ist es rechtsfehlerhaft, die Ansprüche wegen etwaiger Mängel insgesamt nach Werkvertragsrecht zu beurteilen. Bauliche Maßnahmen, die nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten nicht vergleichbar sind, haben nicht ein derartiges Gewicht, dass es gerechtfertigt wäre, Werkvertragsrecht auch auf von den übernommenen Herstellungspflichten unberührt gebliebene Bauteile anzuwenden. Sie prägen nicht die gesamte geschuldete Leistung. Vielmehr unterliegt der Vertrag in diesen Fällen nur hinsichtlich der Verletzung der Herstellungspflichten den Regelungen der §§ 633 ff. BGB. Soweit ein Veräußerer keine Herstellungspflichten übernommen hat, ist wegen Mängeln des Objekts Kaufrecht anwendbar (*Pause*, NZBau 2000, 234, 237; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdnr. 9, 314 f.).

a) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die festgestellte Feuchtigkeit, die Risse und der Zustand des Daches auf Mängel des Gebäudes zurückzuführen sind, das veräußerte Gebäude demnach mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Der Senat kann diese Rechtsauffassung nicht prüfen, weil auch insoweit die notwendigen Feststellungen fehlen. Im Revisionsverfahren ist von solchen Fehlern auszugehen und zugunsten des Beklagten davon, dass die Mängel des Gebäudes an Teilen aufgetreten sind, hinsichtlich derer der Beklagte keine Herstellungspflichten übernommen hat. Gegenteilige Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

b) Die danach anwendbare verschuldensunabhängige Sachmängelgewährleistung nach dem Kaufrecht haben die Parteien wirksam ausgeschlossen. Ein Anspruch auf Wandelung besteht nicht.

aa) Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, dass die Regelungen zur Gewährleistung individuell vereinbart sind. Feststellungen dazu, dass die Klauseln mehrfach von dem Beklagten verwendet worden sind, enthält das Urteil nicht. Die Revision nimmt das hin, die Kläger haben in der Revisionsinstanz keine Einwendungen dagegen erhoben.

bb) Der in Nr. 1 der Gewährleistungsregelung formulierte Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelhaftung ist wirksam. In einem Individualvertrag über den Erwerb von Altbauwohnungen können die Parteien wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung des erworbenen Objekts unberührt gebliebenen Altbausubstanz vereinbaren. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer formelhaften Klausel enthalten ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (BGH, DNotZ 1988, 292; DNotZ 1989, 299; DNotZ 1990, 96, jeweils m. w. N.). Diese Rechtsprechung dient dem Schutz des Erwerbers vor einem überraschenden Verlust seiner Ansprüche aus der vom Veräußerer übernommenen Herstellungsverpflichtung. Um diese geht es nicht, wenn die Haftung für von der Herstellungsverpflichtung nicht berührte Bauteile beschränkt wird. Insoweit ist der

Erwerber nicht gesteigert schutzbedürftig. Es gilt nichts anderes als für den Ausschluss der Gewährleistung in Verträgen über die Veräußerung von Altbauten ohne jede Herstellungsverpflichtung (vgl. dazu BGH, DNotZ 1990, 417). Die besondere Schutzbedürftigkeit des Erwerbers lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Gewährleistungsregelung komplex ist, weil sie sowohl von der Modernisierung unberührte Teile betrifft als auch die Bauleistungen selbst. Kommen die übernommenen Herstellungspflichten nach ihrer Bedeutung und Umfang nicht Neubauten gleich, liegt es auf der Hand, dass der Veräußerer ein Interesse daran hat, die Haftung für nicht der Herstellungspflicht unterfallende Teile der Leistung zu beschränken. Einer insoweit vorgenommenen und ausreichend deutlichen und verständlichen Differenzierung der Gewährleistungsregeln liegt ebenso wenig ein Überraschungseffekt zugrunde wie dem weitgehenden Ausschluss der Gewährleistung für von der Modernisierung unberührte Teile. Für die Beurteilung ist es ohne Belang, dass die Herstellungspflichten im Vertrag nicht beschrieben worden sind. Maßgeblich ist allein, welche Herstellungspflichten nach dem Willen der Parteien übernommen worden sind.

III.

(...)

2. a) Kommt das Berufungsgericht nach der erneuten Beurteilung wiederum zu dem Ergebnis, dass die vertraglich geschuldeten Bauleistungen Neubauarbeiten vergleichbar sind, wird es zu prüfen haben, welche Beschaffenheitsvereinbarung die Parteien hinsichtlich der von den Bauleistungen nicht berührten Teile des Objekts getroffen haben (vgl. BGH, DNotZ 2005, 464).

b) Das Berufungsgericht wird weiter zu prüfen haben, ob die Regelung der Gewährleistung mit ihrem weitgehenden Haftungsausschluss in einer formelhaften Klausel erfolgt ist. Feststellungen dazu hat es nicht getroffen. Eine formelhafte Klausel liegt vor, wenn diese üblicherweise in Formularverträgen zu finden und nicht auf den Individualvertrag zugeschnitten ist (BGH, DNotZ 1988, 292). Die Klausel ähnelt den in Formularverträgen üblichen Regelungen. Dass sie auf den besonderen Vertrag zugeschnitten ist, lässt sich nicht erkennen. Vielmehr regelt sie einen bei der Veräußerung von nur teilweise modernisierten Altbauten immer wiederkehrenden Sachverhalt.

c) Ist die Gewährleistungsregelung als formelhafte Klausel einzuordnen, ist sie unwirksam, wenn sie nicht mit den Klägern unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen erörtert worden ist. Erörterungsbedürftig ist die gesamte Regelung, auch wenn der vollständige Ausschluss der Sachmängelgewährleistung nur die von der Modernisierung unberührt gebliebene Altbausubstanz betrifft. Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit der Regelung über die erbrachten Bauleistungen. Beides kann in der Belehrung nicht getrennt werden. Der Erwerber muss über den Inhalt der Regelung insgesamt ausreichend informiert werden, damit er die Tragweite des Gewährleistungsausschlusses abschätzen kann (vgl. auch BGH, DNotZ 1990, 96).

d) Die Würdigung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe eine Belehrung durch den Notar nicht bewiesen, ist nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht war von Rechts wegen nicht gehalten, den Beweis einer Belehrung deshalb als geführt anzusehen, weil der Notar ausgesagt hat, er habe immer in einer bestimmten Form belehrt.

e) Unzutreffend ist die Auffassung der Revision, die Klausel des Vertrages, wonach im Falle der Unwirksamkeit ver-

traglicher Erklärungen die übrigen Erklärungen wirksam bleiben, führe dazu, dass die Wandelung wirksam ausgeschlossen sei. Die Wandelung ist Teil der gesamten erörterungs- und belehrungsbedürftigen Regelung. Ihr Ausschluss ist unwirksam, wenn die Belehrung nicht erfolgt ist.

3. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass die von dem Beklagten geschuldete Leistung nach Umfang und Bedeutung Neuarbeiten nicht vergleichbar ist, wird es zu prüfen haben, ob die Mängel des Gebäudes auf einer Verletzung der Herstellungspflicht beruhen.

a) Ist das nicht der Fall, findet Nr. 1 der Gewährleistungsregel Anwendung. Die verschuldensunabhängige Sachmängelgewährleistung und damit die Wandelung sind wirksam ausgeschlossen.

b) Das Berufungsgericht wird sodann zu prüfen haben, ob der Beklagte nach Satz 2 dieser Regelung für eine grob fahrlässige oder vorsätzliche Unterlassung der Renovierungsarbeiten haftet. Der in Satz 2 getroffenen Regelung liegt jedenfalls das im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnte Versprechen zugrunde, das Bauwerk im Rahmen der Modernisierung daraufhin untersucht zu haben, ob notwendige Renovierungsarbeiten vorzunehmen sind. Für eine Verletzung dieser Untersuchungspflicht wird die Haftung geregelt. Es ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden, diese Haftung im Rahmen einer Individualvereinbarung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Auch insoweit bedarf es keiner notariellen Belehrung und Erörterung der Freizeichnungsregelung unter Hinweis auf die besonderen Risiken.

c) Beruhen die Mängel auf einer Verletzung der Herstellungspflicht, ist Nr. 2 der Gewährleistungsregel anwendbar. Nach Nr. 2 b) ist die Wandelung ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist wirksam. Auch insoweit ist die Rechtsprechung des Senats zum formelhaften Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Eigentumswohnungen und Häuser in einem notariellen Individualvertrag nicht anwendbar. Die Gewährleistung für Sachmängel ist nicht formelhaft ausgeschlossen worden. Ausgeschlossen ist lediglich das Recht der Wandelung. Dem Erwerber verbleiben die restlichen Gewährleistungsansprüche. Eine derartige Haftungsbeschränkung in einer formelhaften Klausel eines Individualvertrages ist nicht derart überraschend und gravierend, dass es gerechtfertigt wäre, diese nach § 242 BGB deshalb für unwirksam zu halten, weil eine Belehrung und Erörterung durch den Notar nicht stattgefunden hat.

d) Das Berufungsgericht wird sich dann mit dem hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten beschäftigen müssen.

Anmerkung:

1. Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht

Die Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH nimmt in grundlegender Form Stellung zur Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht im Fall der Veräußerung renovierter Altbauten, wenn die Herstellungsverpflichtung des Verkäufers nach ihrem Umfang und ihrer Bedeutung einem Neubau nicht gleichkommt. Bemerkenswert ist, dass der BGH die maßgeblichen Aussagen in Form von obiter dicta getroffen hat, da die Entscheidung in der Sache mangels hinreichender Ermittlung der Herstellungsverpflichtung des Verkäufers durch die vorbefassten Instanzgerichte noch nicht entscheidungsreif war und deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde. Zudem wurden die Grundsätze der BGH-Entscheidung

vom 16.12.2004 zur einheitlichen Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht in denjenigen Fällen bestätigt, in welchen der Veräußerer bei der Renovierung von Altbauten eine Herstellungsverpflichtung übernommen hat, die nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar ist.¹ In dem der Entscheidung vom 16.12.2004 zugrundeliegenden Sachverhalt waren die Boden- und Wandbeläge, der Außenputz sowie der Anstrich erneuert worden, die Wasser- und Elektroleitungen waren ausgetauscht, eine Gasheizung eingebaut, neue Innentreppen und Türen angefertigt sowie ein Teil der Fenster und der Dacheindeckung erneuert worden.²

Im vorliegenden Fall sah es der Senat nach den bislang getroffenen Feststellungen hingegen nicht als erwiesen an, dass die vorgenannte Schwelle der Vergleichbarkeit mit Neubauarbeiten nach Umfang und Bedeutung überschritten wurde. Dies begründet er vor allem damit, dass nur punktuelle Eingriffe in die Bausubstanz vorgenommen worden seien. In diesen Fällen sind nach Ansicht des Senats hinsichtlich Mängeln des Objekts die Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts nur anwendbar, soweit die Herstellungsverpflichtung verletzt ist. Im Übrigen ist Kaufrecht einschlägig. Die vorliegende Konstellation einer Teilsanierung eines Altbaus unterscheidet sich somit von derjenigen, in welcher eine Totalsanierung der Altbausubstanz erfolgt, dadurch, dass hinsichtlich des Altbauobjekts eine Zweiteilung des anwendbaren Vertragsrechts stattfindet.³ Gemeinsam haben die beiden Fälle allerdings, dass hinsichtlich des Grundstücks als solchem stets Kaufrecht zur Anwendung gelangt.⁴

Die einheitliche Anwendung von Werkvertragsrecht in den Fällen, in welchen eine Totalsanierung des Altbaus vorliegt, greift auch dann ein, wenn die geschuldeten Bauleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits erbracht sind. Auch insoweit wird die Entscheidung vom 16.12.2004⁵ noch einmal ausdrücklich bestätigt. Die Gleichbehandlung erscheint konsequent, da bezüglich der Interessenlage des Käufers kein entscheidender Unterschied besteht.

2. Umfang der Baubeschreibung

Der Senat stellt bei seiner Abgrenzung die lediglich punktuellen Eingriffe den grundlegenden Eingriffen in die Bausubstanz gegenüber. Die maßgebliche Beurteilungsbasis für diese Abgrenzung bildet die Baubeschreibung im notariellen Kaufvertrag. Insoweit ist auffallend, dass sowohl der Entscheidung vom 16.12.2004 als auch der vorliegenden Entscheidung beides mal Konstellationen zugrunde lagen, in welchen die vom Veräußerer übernommene Herstellungsverpflichtung sich nicht hinreichend deutlich aus dem Vertrag ergeben hat.⁶ Dies hat seinen Grund anscheinend darin, dass dies aufgrund der bereits erfolgten Ausführung der Werkleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu Unrecht für entbehrlich gehalten wurde.

Den Anforderungen des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB an den Umfang der Beurkundungspflicht ist zwar bereits dann Genüge getan, wenn der Umfang der geschuldeten Arbeiten nur

¹ BGH, DNotZ 2005, 464 m. Anm. *Basty*, 469; vgl. zur Rechtsprechung im Einzelnen die Aufführung bei *Pause*, NZBau 2000, 234, 237 und *Thaetner*, DW 2005, 282.

² BGH, DNotZ 2005, 464.

³ Vgl. hierzu auch *Basty*, Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 816.

⁴ *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 816.

⁵ BGH, DNotZ 2005, 464, 465; *Basty*, DNotZ 2005, 469, 471.

⁶ Kritisch insoweit *Thode*, ZfIR 2006, 54.

bestimmbar ist.⁷ In dem Streitgegenständlichen Vertrag waren aber gerade keinerlei Angaben enthalten, welche Bauleistung die Beteiligten vereinbart hatten. Zwar wird der Mangel der Nichteinhaltung der Beurkundungspflicht nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Eintragung im Grundbuch geheilt. Dennoch können sich für den Käufer grundlegende Nachteile in den Fällen des Erwerbs eines renovierten Altbaus ergeben, da der BGH im Zweifel nicht von Leistungen ausgeht, die nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten gleichkommen. Dies entspricht im Ergebnis der allgemeinen Beweislastregel, wonach derjenige die Beweislast trägt, der sich auf eine für ihn positive Tatsache beruft.

Aufgrund der stärkeren Resistenz des Werkvertragsrechts gegenüber dem Kaufrecht in Bezug auf formelhafte und generelle Gewährleistungsausschlüsse ergeben sich deshalb trotz der Heilungswirkung des § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB rechtliche Folgewirkungen, wenn der Umfang der Herstellungsverpflichtung sich nicht oder nicht eindeutig aus dem notariellen Vertrag ergibt. *Thode* ist deshalb in seiner Einschätzung zuzustimmen, dass die Entscheidung die Anforderungen an eine sachgerechte Vertragsgestaltung für den Notar deutlich erhöht hat.⁸

Dies hat seinen Grund zum einen darin, dass der Notar darauf hinwirken muss, dass die Vertragsparteien ihn über alle durchgeführten Modernisierungsarbeiten möglichst genau informieren. Erschwerend kommt hinzu, dass die Rechtsprechung auch Aussagen in Prospekten oder in der Werbung berücksichtigt.⁹ Allerdings können sich auch bei möglichst genauer Erfüllung dieser Ermittlungspflicht Unsicherheiten aus dem Umstand ergeben, dass der Bauträger in der Regel den sogenannten funktionalen Werkerfolg schuldet.¹⁰ Es kann deshalb im jeweiligen Einzelfall dasjenige geschuldet sein, was notwendig ist, um den von den Beteiligten intendierten Werkerfolg zu erreichen.

Zum Zweiten erfordert die Differenzierung, die der BGH bei Erwerb eines renovierten Altbaus vornimmt, aber auch eine genaue Bewertung durch den Notar, welche der verschiedenen Fallgruppen einschlägig ist.¹¹ Diese Bewertung ist insbesondere erforderlich, um eine sachgerechte Gestaltung der Gewährleistungsregelung vornehmen zu können.

3. Grenzen von Gewährleistungsausschlüssen

Der Entscheidung lagen Regelungen bezüglich einer Beschränkung der Gewährleistungsrechte des Käufers zugrunde, die in einer individualrechtlichen Klausel und nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten waren. Hinsichtlich des von der Herstellungsverpflichtung nicht berührten Teils, also des Grundstücks und der nichtrenovierten Altbausubstanz, hält der Senat einen weitreichenden Ausschluss der Gewährleistungsrechte für zulässig. Gesteigerte Anforderungen hinsichtlich der Gestaltung einer solchen Regelung werden nicht gestellt. Anders als beim Erwerb eines Neubaus oder eines total sanierten Altbaus sind der Ausschluss oder die Beschränkung auch dann zulässig, wenn sie in einer formelhaften Klausel enthalten sind. Dem hält *Thode* zwar entgegen, dass der Haftungsausschluss in beiden Fällen für den Käufer mit ver-

gleichbar hohen Risiken verbunden sei.¹² Dazu ist zu sagen, dass dem Käufer hinsichtlich der unverändert bleibenden Altbausubstanz das Risiko des Bestehens von Mängeln deutlich klarer sein wird als hinsichtlich derjenigen Gebäudeteile, auf die sich die Herstellungsverpflichtung bezieht. Das Risiko des Auftretens von Mängeln bezüglich der unveränderten Altbausubstanz ist hier deutlich stärker dem Risikobereich des Käufers zuzuordnen als im Falle einer umfassenden Sanierung von Altbauten.

Konsequent erscheint von diesem Standpunkt aus, dass der Senat diese Wertung nicht durch eine extensive Auslegung der Untersuchungspflicht des Verkäufers, welche auf die Ermittlung des Renovierungsbedarfs gerichtet ist, wieder eingeschränkt hat. Diese Untersuchungspflicht resultiert aus den mit dem Vertrag übernommenen Planungsaufgaben.¹³ Aus dieser ergänzenden Funktion ergibt sich zugleich, dass die Grundsätze sachgerechter Vertragsauslegung bei weitem überschritten wären, wenn man in jedem Mangel an der unrenovierten Altbausubstanz zugleich einen Verstoß gegen die vorgenannte Untersuchungspflicht sehen würde. Der Streitgegenständliche Vertrag enthielt insoweit zulässigerweise eine klare Einschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Des Weiteren hat der Senat festgestellt, dass auch bezüglich der im Vertrag enthaltenen Herstellungsverpflichtung ein weitreichender Haftungsausschluss ohne Vornahme besonders detaillierter Regelungen möglich ist. Die notarielle Belehrungspflicht entfaltet hier anders als im Falle des Verkaufs eines Neubaus keine materiell-rechtliche Wirkung. Im entschiedenen Fall konnte das Wandelungsrecht, an dessen Stelle nach neuem Schuldrecht das Rücktrittsrecht nach §§ 634 Nr. 3, 323 BGB getreten ist, wirksam ausgeschlossen werden. Eine tragfähige Begründung bleibt der BGH allerdings schuldig.¹⁴ Hintergrund für die Unwirksamkeit eines formelhaften Gewährleistungsausschlusses bei Neubauten nach § 242 BGB ist, dass der Käufer vor einem überraschenden Verlust seiner Ansprüche aus der vom Verkäufer übernommenen Herstellungsverpflichtung geschützt werden soll.¹⁵ Dieser Schutzzweck gilt aber gleichermaßen, wenn eine nur punktuelle Herstellungsverpflichtung im notariellen Vertrag generell ausgeschlossen oder im Kernbereich beschränkt wird, wie es im Fall des verschuldensunabhängigen Rücktrittsrechts der Fall ist.¹⁶

Zu bedenken ist ferner, dass der Umstand, dass der Senat in seiner Entscheidung der notariellen Belehrungspflicht keine materiell-rechtliche Bedeutung zugeordnet hat, nicht auch gleichzeitig bedeutet, dass die formelle Seite der notariellen Belehrungspflicht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) ebenfalls nicht zur Anwendung gelangt. Unter dem Gesichtspunkt einer möglichst eindeutigen Vertragsgestaltung ist zu empfehlen, Gewährleistungsregelungen zu gestalten, welche die unveränderte Altbausubstanz und die Herstellungsverpflichtung gesondert regeln. Eine Gewährleistungsregelung, die sowohl an die verschiedenen Leistungspflichten als auch an die unterschiedlichen Gewährleistungsrechte anknüpft, wird im Bereich der Teilsanierung von Altbauten viel zur Streitvermeidung beitragen.

Notarassessor Dr. Alban Bruch, München

⁷ BGHZ 150, 334, 338 = DNotZ 2002, 937; *Basty*, DNotZ 2005, 469, 470.

⁸ ZfIR 2006, 54, 56.

⁹ BGH, NJW 1988, 490, 492; *Pause*, Bauträgerkauf und Bauprodukte, 4. Aufl., Rdnr. 255; *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 812.

¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 723, 813.

¹¹ *Schwenker*, IBR 2006, 29.

¹² *Thode*, ZfIR 2006, 54, 56.

¹³ *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 818; *Pause*, Rdnr. 636.

¹⁴ So auch *Thode*, ZfIR 2006, 54, 55.

¹⁵ Vgl. BGHZ 101, 350, 353 = DNotZ 1988, 292 m. Anm. *Brambring*, 296; BGHZ 108, 164, 168 = DNotZ 1990, 96 m. Anm. *Brambring*, 99.

¹⁶ So auch *Thode* zum Wandelungsrecht nach altem Schuldrecht, ZfIR 2006, 54.

5. WEG § 25 Abs. 3 (*Beschlussfähigkeit und Nachweis der Vollmacht in einer Wohnungseigentümerversammlung*)

1. **§ 25 Abs. 3 WEG kann dahin abbedungen werden, dass eine ordnungsgemäß einberufene Eigentümerversammlung ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen und vertretenen Wohnungseigentümer beschlussfähig ist.**
2. **Sieht eine Gemeinschaftsordnung vor, dass eine Vollmacht schriftlich zu erteilen und zu den Akten des Verwalters zu übergeben ist, so kann diese Regelung dahin ausgelegt werden, dass die Übergabe der Vollmacht zu den Akten Voraussetzung für die Ausübung des Stimmrechts ist.**

OLG München, Beschluss vom 1.12.2005, 32 Wx 093/05

Die Antragstellerinnen und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird. Den Antragstellerinnen stehen zusammen ^{650/1000} Stimmanteile zu. In § 15 der Gemeinschaftsordnung ist unter anderem Folgendes geregelt:

„3.) Beschlussfähigkeit

Die ordnungsgemäß einberufene Eigentümerversammlung ist ohne Rücksicht auf die Zahl der teilnehmenden bzw. vertretenen WE beschlussfähig. Jeder WE kann sich in der Eigentümerversammlung und bei der Abstimmung vertreten lassen. Die Vertretungsvollmacht ist schriftlich zu erteilen und zu den Akten des Verwalters zu übergeben.“

Am 9.9.2004 fand eine Eigentümerversammlung statt. Als Vertreterin der Antragstellerinnen war Frau H. anwesend. Zwischen den Parteien ist umstritten, inwieweit diese auf der Versammlung eine Vollmacht vorgelegt hat und bereit gewesen ist, eine Kopie der Vollmacht zur Verfügung zu stellen. Jedenfalls hat die Bevollmächtigte die Originalvollmacht nicht zu den Akten der Verwaltung gegeben. Die Vertreterin der Antragstellerinnen wurde deshalb nicht zur Abstimmung zugelassen.

Unter Punkt 3 der Tagesordnung wurde über die Aufhebung eines früheren Verwalterbestellungsbeschlusses und über die Neubestellung der weiteren Beteiligten zur Verwalterin beschlossen. Die Antragstellerinnen haben beim Amtsgericht beantragt, den Beschluss für ungültig zu erklären. Diesem Antrag hat das Amtsgericht stattgegeben. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegner hat das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts abgeändert und den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragstellerinnen. Das zulässige Rechtsmittel erwies sich als nicht begründet.

Aus den Gründen:

(...)

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

a) Regelungen der Gemeinschaftsordnung sind vom Rechtsbeschwerdegericht selbst auszulegen. Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (st. Rspr.; vgl. z. B. BayObLG, ZMR 2001, 832). Der Senat teilt im Ergebnis die Auslegung durch das Landgericht. Dass sich ein Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung und bei der Abstimmung vertreten lassen kann, ergibt sich bereits aus dem Gesetz (§ 164 ff. BGB). § 15 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 1 der Gemeinschaftsordnung hat deshalb keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Die Vertretungsbefugnis wird jedoch eingeschränkt durch § 15 Abs. 3 Unterabs. 2 Satz 2. Eine solche Einschränkung ist durch Vereinbarung (Gemeinschaftsordnung) zulässig. Der Senat ist ebenso wie das Landgericht der Auffassung, dass die Erfüllung dieser Regelung Voraussetzung dafür ist, dass ein Bevollmächtigter an der Versammlung teilnehmen und wirksam abstimmen

kann. Wie das Landgericht rechtsfehlerfrei und deshalb für den Senat bindend (§ 27 FGG, § 559 ZPO) festgestellt hat, wurde die Vollmacht nicht zu den Akten des Verwalters übergeben. Das wäre aber Voraussetzung dafür gewesen, dass von einer Abstimmungsvollmacht hätte Gebrauch gemacht werden können. Der Senat vermag nicht die Auffassung der Rechtsbeschwerde zu teilen, dass es sich dabei lediglich um eine Ordnungsvorschrift handle, die Beweis Zwecken dient. Zwar ist die Übergabe zu den Akten der Verwaltung vor allem deshalb sinnvoll, weil damit auch im Nachhinein der Beweis für das Vorliegen einer Vollmacht geführt werden kann. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass eine Abstimmung auch dann vom Bevollmächtigten vorgenommen werden kann, wenn er die Vollmacht nicht zu den Akten gibt. Die Regelung wäre nämlich weitgehend sanktionslos, wenn der Bevollmächtigte zunächst abstimmen könnte und erst im Nachhinein die Vollmacht übergeben müsste. Eine spätere gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs auf Übergabe der Vollmacht ist von eher theoretischer Bedeutung. Darüber hinaus muss bereits bei der Abstimmung Klarheit darüber herrschen, ob eine Bevollmächtigung vorliegt oder nicht. Die Regelung ist deshalb auch im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis zu sehen. Es würde zu einer Rechtsunsicherheit führen, wenn ein Bevollmächtigter, der seine Vollmacht lediglich mündlich behauptet, zur Abstimmung zugelassen würde. Die Interessen des Vollmachtgebers werden damit nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Der Vollmachtgeber ist nicht gehindert, für jede Eigentümerversammlung eine gesonderte Vollmacht auszustellen oder dem Bevollmächtigten im Falle einer Generalvollmacht von vornherein mehrere Vollmachtsexemplare zu überlassen. Im Falle einer notariellen Generalvollmacht können mehrere Ausfertigungen nach § 47 BeurkG erteilt werden. Eine interessengerechte Auslegung führt deshalb dazu, dass die Übergabe der Vollmacht zu den Akten des Verwalters Voraussetzung dafür ist, dass der Bevollmächtigte abstimmen kann. Da diese Voraussetzung nicht vorlag, ist die Bevollmächtigte der Antragstellerinnen zu Recht nicht zur Abstimmung zugelassen worden.

b) Durch die Zurückweisung der Bevollmächtigten der Antragstellerinnen wird die Beschlussfähigkeit der Versammlung nicht in Frage gestellt. Nach § 15 Abs. 3 Unterabs. 1 ist die Eigentümerversammlung ohne Rücksicht auf die Zahl der teilnehmenden bzw. vertretenen Wohnungseigentümer beschlussfähig. Hierin liegt eine Abbedingung von § 25 Abs. 3 WEG. Diese Vorschrift ist abdingbar (*Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 12; *Weitnauer/Lüke*, WEG, § 25 Rdnr. 1). Die von der Rechtsbeschwerde hiergegen geäußerten Bedenken vermag der Senat nicht zu teilen. Insbesondere kann sich die Rechtsbeschwerde nicht auf die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (WE 1989, 64) und des Kammergerichts (WE 1994, 82) berufen. Im Gegenteil: In beiden Entscheidungen ist ausgeführt, dass die Regelung des § 25 Abs. 3 WEG abdingbar ist.

c) Soweit sich die Rechtsbeschwerde auf Rechtsmissbrauch oder stillschweigende Abbedingung beruft, vermag ihr der Senat ebenfalls nicht zu folgen. Dem Verwalter oder Versammlungsleiter fehlt von vornherein die Kompetenz zu einer verbindlichen Auslegung oder gar stillschweigender Abbedingung von Regelungen der Gemeinschaftsordnung. Selbst den Sachvortrag der Rechtsbeschwerde als richtig unterstellt, kann auch nicht von einer stillschweigenden Willenserklärung oder einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten ausgegangen werden. Den Beteiligten ist es unbenommen, im jeweiligen Einzelfall eine bestimmte Formvorschrift abzuwenden oder nicht. Ebenso ist es den Beteiligten unbenommen, von der Anfechtung eines Beschlusses, der unter Verstoß gegen

Regelungen der Gemeinschaftsordnung zustande gekommen ist, abzusehen. Besondere Umstände, die darauf schließen ließen, dass die Regelungen der Teilungserklärung stillschweigend geändert werden sollten, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. Insbesondere sind keine Umstände erkennbar, die auf einen Rechtsbindungswillen aller Wohnungseigentümer schließen ließen.

Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragsgegner gibt der vorgetragene Sachverhalt ebenfalls nichts her. Das gilt auch, wenn man von dem Sachvortrag der Antragstellerinnen ausgeht, dass die Bevollmächtigte die Vollmacht vorgelegt hat und mit der Anfertigung einer Kopie für die Verwaltungsakten einverstanden gewesen wäre. Zwar hätte eine vom Versammlungsleiter gefertigte und bestätigte Kopie dem Beweissicherungsinteresse Genüge getan. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Versammlungsleiters möglicherweise eine Vielzahl von Kopien zu fertigen, zumal dies noch vor Beginn der Versammlung geschehen müsste. Es ist Sache des Vollmachtgebers bzw. des Bevollmächtigten, die Voraussetzungen für die Ausübung des Stimmrechts zu schaffen. Da dies, wie ausgeführt, unschwer möglich gewesen wäre, verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, dass sich der Versammlungsleiter und die Antragsgegner nicht auf die Fertigung einer Kopie verweisen ließen.

6. WEG § 10 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 1 und Abs. 3; BGB § 1004 Abs. 1 (*Keine Nutzung von Teileigentum mit Zweckbestimmung „Keller“ als Wohnung*)

1. **Die Bezeichnung von Teileigentumsräumen in der Teilungserklärung als „Keller“ enthält eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter.**
2. **Die Wohnnutzung eines Teileigentums mit der Zweckbestimmung „Keller“ stört grundsätzlich mehr als die bestimmungsgemäße Nutzung und muss von den übrigen Wohnungseigentümern deshalb nicht geduldet werden.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.12.2005, 3 W 196/05

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Antragsgegner ist verfahrensrechtlich bedenkenfrei und somit zulässig (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1 WEG, §§ 27, 29 Abs. 1 und Abs. 4, 22 Abs. 1 FGG). In der Sache ist die Rechtsbeschwerde unbegründet.

1. Die vom Landgericht bestätigte Verpflichtung der Antragsgegner durch das Amtsgericht, die Nutzung ihrer im Kellergeschoss der Wohnanlage belegenen Teileigentumsräume zu Wohnzwecken zu unterlassen, ist rechters.

a) Entgegen der Meinung der Antragsgegner waren die Instanzgerichte an der dem Antrag zu Ziffer 2 in der Antragschrift vom 4.3.2004 stattgebenden Sachentscheidung nicht aufgrund der schriftsätzlichen Erledigungserklärung der Antragsteller vom 28.4.2004 gehindert. Auf Prozessklärungen findet die Vorschrift des § 133 BGB entsprechende Anwendung. Maßgebend ist danach der wirkliche Wille des Erklärenden. Diesbezüglich haben die Tatrichter aber ohne Rechtsfehler festgestellt, dass sich nach den Gesamtumständen die Erledigungserklärung der Antragsteller zweifelsfrei allein auf ihren tatsächlich (durch Erfüllung) erledigten Verpflichtungsantrag zu Ziffer 1 (betreffend die Räumung des im gemein-

schaftlichen Eigentum stehenden Technikraums) bezog und gerade nicht auf das weitergehende Unterlassungsbegehren betreffend die Nutzung des Teileigentums der Antragsgegner.

b) In dem Aufteilungsplan, der als Anlage zur Teilungserklärung (§ 8 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) Inhalt der Grundbucheintragung ist, sind die im Teileigentum der Antragsgegner stehenden Räume im Kellergeschoss – ebenso wie die dort belegenen Teileigentumsräume der übrigen Wohnungseigentümer – als nicht zu Wohnzwecken dienende „Keller“ bezeichnet. Auch die Teilungserklärung vom 23.12.1988 unterscheidet in § 1 Nrn. 2 und 3 hinsichtlich der insgesamt drei Wohneinheiten der Wohnanlage jeweils zwischen Wohnräumen im Erdgeschoss und den beiden Obergeschossen und sonstigen, nicht zu Wohnzwecken dienenden Sondereigentumsräumen, wobei letztere allesamt im Kellergeschoss ausgewiesen sind. In der Teilungserklärung, die der Senat als Rechtsbeschwerdegericht selbständig auslegen kann, ist danach für die Teileigentumsräume im Kellergeschoss eine ganz bestimmte Nutzung vorgegeben und damit auch eine Nutzungsbeschränkung vorgenommen worden. Eine solche Nutzungsregelung stellt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter im Sinne der §§ 10 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 1 WEG dar, an die die Antragsgegner gebunden sind. Die in Rede stehenden Teileigentumsräume dürfen grundsätzlich nur als Kellerräume genutzt werden; eine andere Nutzung ist nur zulässig, wenn sie nicht mehr stört oder beeinträchtigt als eine Nutzung als Keller (vgl. zum Ganzen BayObLG, ZMR 2000, 234; BayObLG, ZfIR 2000, 47; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 907, jeweils m. w. N.).

c) An der Zweckbestimmung als „Keller“ ändert auch die Behauptung der Antragsgegner nichts, dass ihr in Rede stehendes Teileigentum im Kellergeschoss von dem teilenden Bauträger von Anfang an für Wohnzwecke ins Auge gefasst und dann so auch tatsächlich genutzt worden sei. Denn insoweit ist allein entscheidend, dass die Kellerräume jedenfalls rechtlich nicht einer solchen Nutzung zugeführt wurden. Denn dazu hätte es einer Änderung der Teilungserklärung unter Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer bedurft. Daran fehlt es jedoch.

d) Das Landgericht hat auch damit Recht, dass eine Nutzung von „Kellerräumen“ für Wohnzwecke mehr stört als die bestimmungsgemäße Nutzung als Keller. Insoweit ist eine typisierende, d. h. eine verallgemeinernde Betrachtungsweise geboten. Es ist deshalb auch nicht erforderlich, dass konkrete Störungen bzw. Beeinträchtigungen geltend gemacht oder nachgewiesen werden. Vielmehr reicht es für die Annahme einer störenden Nutzung aus, dass nach dem „gewöhnlichen Gang der Dinge“ mit entsprechenden Beeinträchtigungen zu rechnen ist (BayObLG, ZfIR 2000, 47). Dass dies vorliegend der Fall ist, hat die Zivilkammer mit dem Hinweis auf die bei einer Vermietung der Kellerräume der Antragsgegner als Wohnung vermehrte Anzahl der Hausbewohner ohne Rechtsfehler ausgeführt.

e) Dem wegen der zweckbestimmungswidrigen Nutzung durch die Antragsgegner in der Vergangenheit sonach gegebenen Anspruch der Antragsteller auf künftige Unterlassung dieser Nutzung gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 15 Abs. 3 WEG (BayObLG, ZMR 2000, 234 m. w. N.; Senat, MDR 2006, 683), steht auch nicht der Einwand der Verwirkung (§ 242 BGB) entgegen. Die Auffassung der Zivilkammer, dass es hierfür jedenfalls an dem sog. Umstandsmoment fehlt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Soweit den Antragsgegnern auch die Gerichtskosten für den im ersten Rechtszug tatsächlich erledigten Verfahrensgegenstand „Räumung des Technikraumes“ auferlegt worden

sind, hält dies der Rechtskontrolle gleichfalls stand. Denn die Antragsgegner wären im Falle einer streitigen Entscheidung über diesen Punkt aller Voraussicht nach unterlegen, weil die Inanspruchnahme dieses im Gemeinschaftseigentum stehenden Raums durch sie allein das Recht der übrigen Wohnungseigentümer zur Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums verletzte (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG). Dem Vorbringen der Antragsgegner, sie hätten sich mit den ursprünglichen übrigen Wohnungseigentümern (und damit auch den Rechtsvorgängern der Antragsteller) auf die Befugnis zur alleinigen Benutzung des Technikraums geeinigt, mussten die Tatrichter nicht nachgehen. Denn die von den Antragsgegnern damit behauptete schuldrechtliche Sondernutzungsvereinbarung hätte gegen die daran unstreitig nicht beteiligten Antragsteller nach § 10 Abs. 2 WEG nur gewirkt, wenn sie – wie tatsächlich nicht – im Grundbuch eingetragen und damit „verdinglicht“ worden wäre (vgl. hierzu z. B. Senat, OLGR Zweibrücken 2005, 281 und BayObLG, DNotZ 2005, 789).

7. GBO § 78, § 80 Abs. 1 Satz 3; GrEStG § 1 Abs. 2 a, § 22 (Unbedenklichkeitsbescheinigung bei Eintragung eines GbR-Gesellschafterwechsels im Grundbuch)

Soll im Grundbuch ein Gesellschafterwechsel bei einer als Eigentümerin eingetragenen GbR berichtigend eingetragen werden, kann das Grundbuchamt die Umschreibung von der Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17.3.2005, 20 W 90/05

Als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes sind die Antragsteller in Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen. Im Wege eines gerichtlichen Vergleichs übertrug der Beteiligte zu 4) seinen Gesellschaftsanteil auf den Beteiligten zu 1). Die beantragte Grundbuchberichtigung hat das Grundbuchamt u. a. von der Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig gemacht. Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte zunächst erklärt hatte, er werde die Unbedenklichkeitsbescheinigung sobald als möglich nachreichen, dieses Eintragungshindernis trotz mehrerer Zwischenverfügungen und Fristverlängerung aber nicht erledigt wurde, hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag zurückgewiesen. Die gegen die Zurückweisung eingelegte Beschwerde haben die Antragsteller damit begründet, dass kein Übertragungsvorgang im Sinn des § 1 Abs. 2 a und Abs. 2 GrEStG vorliege. Falls das Finanzamt ein Negativattest erteile, werde es übersandt.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Antragsteller zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung sei zu Recht angefordert worden, da die Übertragung des Gesellschaftsanteils als wesentliche Änderung im Gesellschaftsbestand einer GbR, zu deren Vermögen der betroffene Grundbesitz gehört, einen Erwerbsvorgang darstelle, der seiner Art nach eine Grunderwerbsteuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 a GrEStG auslösen könne. Ob die Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall tatsächlich erfüllt seien, könne und dürfe das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit nicht überprüfen. Da die für den Vollzug der Grundbuchberichtigung in derartigen Fällen generell erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung trotz Fristverlängerung nicht vorgelegt worden sei, habe das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag zu Recht zurückgewiesen. Der Antragsteller hat weitere Beschwerde eingereicht.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist auch begründet, denn der angefochtene Beschluss beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 GBO i. V. m. § 546 ZPO).

Zwar entspricht die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung der Rechtsprechung des Senats (DNotl-Report 2005, 14), dass das Grundbuchamt die Umschreibung von der Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen kann, wenn im Grundbuch ein Gesellschafterwechsel bei einer als Eigentümerin eingetragenen BGB-Gesellschaft berichtigend eingetragen werden soll.

Auch wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundbesitz gehört, vollzieht sich die Übertragung des Gesellschaftsanteils dinglich allein durch Abtretung und das Grundbuch ist lediglich hinsichtlich der Zusammensetzung der als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter zu berichtigen (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 982 e, f). Eine Auflassung ist nicht erforderlich (*Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., S. 1026 Rdnr. 13 m. w. H.), denn es wird mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils über ein Mitgliedschaftsrecht und nicht über das Eigentum an einem Grundstück verfügt (BGH, MittBayNot 1997, 171; *Erman/Westermann*, BGB, 10. Aufl., § 719 Rdnr. 7; *Ulmer* im Münchener Kommentar, 3. Aufl., § 719 BGB Rdnr. 26).

Dass vorliegend keine Auflassung erforderlich war, steht aber der Anwendbarkeit des § 22 GrEStG nicht entgegen, weil er auch für Grundbuchberichtigungen aufgrund außerhalb des Grundbuchs eingetretener Rechtsänderungen gilt. Der § 22 GrEStG betrifft nach Wortlaut und Sinn jede Art von Eintragung eines Eigentumswechsels an einem Grundstück, also auch nur berichtigende Eintragungen einer Eigentumsänderung (allgemeine Ansicht, vgl. BayObLG, Rpfleger 1983, 103; OLG Celle, Rpfleger 1985, 187; OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 622 und Rpfleger 1996, 403; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 1632; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 148; *Meikel/Böttcher*, GBO, 9. Aufl., 2004, § 22 Rdnr. 144).

Nach § 22 GrEStG darf der Erwerber eines Grundstücks in das Grundbuch erst dann eingetragen werden, wenn eine Bescheinigung des für die Besteuerung zuständigen Finanzamtes vorgelegt wird, dass der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Die obersten Finanzbehörden der Länder können im Einvernehmen mit den Landesjustizverwaltungen Ausnahmen hiervon vorsehen. Das Finanzamt hat die Bescheinigung zu erteilen, wenn die Grunderwerbsteuer entrichtet, sichergestellt oder gestundet worden ist oder wenn Steuerfreiheit gegeben ist.

Obwohl die Unbedenklichkeitsbescheinigung keine materiellrechtliche Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung darstellt und ihr Fehlen das Grundbuch nicht unrichtig macht (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 20 Rdnr. 50; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 5. Aufl., § 20 Rdnr. 220), hat das Grundbuchamt ihre Erforderlichkeit zu überprüfen wie auch sonst, wenn eine Grundbuchberichtigung aus einer Rechtsänderung resultiert, die an eine behördliche Genehmigung geknüpft ist.

Die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes hinsichtlich der Erforderlichkeit der Unbedenklichkeitsbescheinigung beschränkt sich allerdings darauf, ob ein Rechtsvorgang vorliegt, der seiner Art nach unter das GrEStG fällt. Wenn dies nicht der Fall ist, darf die Eintragung nicht von der Beibringung der Bescheinigung abhängig gemacht werden, es sei denn, dass eine Steuerpflicht aufgrund eines Missbrauchstatbestandes (§ 42 AO) möglich erscheint (BayObLG, Rpfleger 1983, 103; OLG Celle, Rpfleger 1985, 187; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 1632; *Demharter*, § 20 GBO Rdnr. 48; *Meikel/Böttcher*, a. a. O.; *Schöner/Stöber*, a. a. O.).

Rechtsfehlerfrei sind die Vorinstanzen vorliegend davon ausgegangen, dass der Erwerb von Anteilen einer Gesellschaft

bürgerlichen Rechts, zu deren Vermögen Grundbesitz gehört, seiner Art nach unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt. Nach § 1 Abs. 2 a GrEStG ist eine wesentliche Veränderung im Gesellschafterbestand einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft – zu der als „selbständiger Rechtsträger“ im Grunderwerbsteuerrechtlichen Sinn auch die GbR zählt (*Pahlke/Franz*, GrEStG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 45) – Grunderwerbsteuerpflichtig. Ob die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift vorliegen, kann und darf das Grundbuchamt – und an seiner Stelle die Rechtsmittelinstanzen – regelmäßig nicht prüfen (OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 1632; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 149; *Meikel/Böttcher*, § 22 GBO Rdnr. 144 c; *Viskorf* in Boruttau, GrEStG, 15. Aufl., § 22 Rdnr. 13; *Pahlke/Franz*, § 22 GrEStG Rdnr. 4; *Böhringer*, Rpfleger 2000, 99, 101). Ob im Einzelfall eine Grunderwerbsteuer zu erheben ist, ob ein Erwerbsvorgang überhaupt der Grunderwerbsteuerpflicht unterliegt oder ob Steuerfreiheit besteht, muss allein der Prüfung und Entscheidung der Finanzbehörden vorbehalten bleiben, der das Grundbuchamt nicht vorgreifen kann.

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil § 1 Abs. 2 a GrEStG voraussetzt, dass mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. Denn auch wenn eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht in Betracht kommt, könnte ein Fall des § 1 Abs. 3 GrEStG oder der Steuerumgehung im Sinn von § 42 AO vorliegen. Nachdem also weder rechtlich noch tatsächlich zweifelsfrei feststand, dass der Gesellschafterwechsel nicht dem § 1 GrEStG unterfällt, war die Abhängigmachung der beantragten Grundbuchberichtigung von der Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung durch Zwischenverfügung und die Zurückweisung des Antrags, nachdem keine Vorlage erfolgte, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

8. GBO §§ 22, 53 (*Eintragung eines Klarstellungsvermerks*)

Gibt die im Grundbuch eingetragene schlagwortartige Bezeichnung einer Dienstbarkeit deren Inhalt nicht zutreffend wieder, kann ein Klarstellungsvermerk eingetragen werden. Dieser darf in den Inhalt des Rechts selbst nicht eingreifen. (Leitsatz des Einsenders)

LG Chemnitz, Beschluss vom 25.1.2006, 3 T 830/05; eingesandt von Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

Aus den Gründen:

Im Grundbuch von E. sind mehrere Flurstücke genannt, für die die Beteiligten als Eigentümer je zur Hälfte eingetragen sind. In der Abteilung II ist an den Flurstücken 322, 327 und 345 unter lfd. Nr. 1 ein Trinkwasserfernleitungsrecht für den Zweckverband Fernwasser S. gemäß Leitungs- und Anlagenrechtsbescheinigung des Regierungspräsidiums C. vom 9.11.2000 eingetragen. Außerdem ist ein Durchgeh- und Durchfahrtsrecht für die Flurstücke 310 und 327 für die E. Trinkwasser GmbH gemäß Bewilligung vom 18.10.1995 eingetragen. Der Notar hat am 30.6.2005 den Antrag auf Grundbuchberichtigung und Eintragung eines Klarstellungsvermerks gestellt. Er beantragt im Einzelnen, das Trinkwasserfernleitungsrecht am Flurstück Nr. 327 zu löschen und bei diesem Recht einen Klarstellungsvermerk anzubringen. Er bezieht sich auf das Urteil des LG Chemnitz vom 16.1.2004 (6 S 3407/03), aus dem sich ergebe, dass auf dem Flurstück Nr. 327 lediglich ein Betretensrecht zum Betrieb, zur Instand-

haltung und zur Erneuerung von auf einem anderen Grundstück befindlichen Anlagen besteht, wobei sich der Ausübungsbereich auf den bestehenden Weg beschränke. Das Amtsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 22.7.2005 Eintragungshindernisse dahin genannt, dass zur Löschung der Dienstbarkeit ein rechtskräftiges Urteil vorzulegen sei und erklärt, dass es dem Antrag auf Eintragung eines Klarstellungsvermerks nicht stattgegeben werde, da sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus der Leitungs- und Anlagenrechtsbescheinigung ergebe. Der Antrag sei somit zurückzuweisen.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde des Antragstellers vom 29.8.2005, soweit die Eintragung des Klarstellungsvermerks betroffen ist. Er verweist auf das rechtskräftige Urteil des LG Chemnitz vom 16.1.2004, in dessen Begründung die Möglichkeit der Eintragung eines Klarstellungsvermerks genannt wurde. Der konkrete Inhalt der Dienstbarkeit sei im vorliegenden Fall nicht die Einlegung oder der Bestand einer Leitung, sondern ein Zugangs- bzw. Zufahrtsrecht auf dem dienenden Grundstück zu einer Leitung auf einem anderen Grundstück. Im Übrigen entspreche die Zwischenverfügung nicht den Anforderungen des Gesetzes, weil das Mittel zur Beseitigung des Hindernisses nicht angegeben worden sei.

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO). In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg. (...)

Das Grundbuchamt hat demnach über den gestellten Antrag auf Eintragung eines Klarstellungsvermerks zu entscheiden. Dabei wird es die Leitungs- und Anlagenrechtsbescheinigung vom 9.11.2000 des Regierungspräsidiums C. beizuziehen und seiner Prüfung zugrunde zu legen haben. Dabei hat es zu berücksichtigen, dass es § 44 Abs. 2 GBO nicht verbietet, dass der Rechtspfleger nach seinem Ermessen für erforderlich gehaltene klarstellende Zusätze in die Bezugnahme auf den vorliegenden Titel aufnimmt, wobei der Wortlaut der Bescheinigung maßgeblich ist. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem rechtskräftigen Urteil des LG Chemnitz vom 16.1.2004 eindeutig, dass die Dienstbarkeit in einem Wegerecht besteht und nicht in einem Leitungsrecht im allgemein üblichen Sinne. Aus dem genannten Urteil ergibt sich auch, dass die Löschung des Trinkwasserleitungsrechts zu Lasten des Flurstücks Nr. 327 durch den Zweckverband Fernwasser S. zu bewilligen ist, so dass einer Löschung des eingetragenen Trinkwasserfernleitungsrechts nichts mehr entgegenstehen dürfte. Bezüglich des beantragten Klarstellungsvermerks ist zu beachten, dass nur eine deutlichere (genauere) Fassung des Eintragungsinhalts der inhaltlich bereits eingetragenen Rechtsverhältnisse nicht aber eine (sachliche) Änderung der eingetragenen Rechtslage oder Berichtigung eingetragen werden kann. Die Eintragung eines Klarstellungsvermerks setzt voraus, dass das eingetragene Recht mit seinem Eintragungsinhalt besteht und bekannt ist, dass also nur die Verlautbarung des Rechts der notwendigen Klarheit ermangelt (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 294 ff.). Der Klarstellungsvermerk kommt daher dann nicht in Betracht, wenn die Gefahr besteht, dass durch die (vermeintliche) bloße Klarstellung in Wirklichkeit in das Recht selbst eingegriffen wird, insbesondere auch dadurch, dass dessen Abgrenzung und damit dessen Inhalt geändert wird. Erfolgen kann der Klarstellungsvermerk zur Beseitigung von Zweifeln, zur Bereinigung einer zweideutig gefassten Eintragung sowie als Hinweis auf die Wirksamkeit eines Rechts gegenüber einer Verfügungsbeschränkung oder gegenüber einer Vormerkung. Mit Rücksicht auf diese Grundsätze wird das Grundbuchamt zu

entscheiden haben, ob der Klarstellungsvermerk hier erforderlich ist oder ob die Bezugnahme auf die Leitungs- und Anlagenrechtsbescheinigung des Regierungspräsidiums C. vom 9.11.2000 ausreichend ist.

Nach Auffassung der Beschwerdekammer liegen die Voraussetzungen für die Eintragung des Klarstellungsvermerks hier vor, weil – anders als bei sonstigen eingetragenen Leitungsrechten – hier eben die Besonderheit gegeben ist, dass der Leitungsverlauf nicht über das Grundstück der Antragsteller verläuft, sondern ein Zugangs- bzw. Zufahrtsrecht zur Leitung betroffen ist. Mit Rücksicht auf die genannten Umstände des Sachverhalts ist die Zwischenverfügung aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, über den Eintragungsantrag unter Berücksichtigung der Auffassung der Kammer erneut zu entscheiden.

9. BGB §§ 516, 1373, 1374 Abs. 2, 1378 Abs. 1 (*Qualifizierung einer Überlassung an einen Ehegatten als unbenannte ehebezogene Zuwendung an beide Ehepartner*)

Nicht jede unentgeltliche Zuwendung eines Dritten während der Ehe an einen Ehepartner führt generell zu einem privilegierten Erwerb i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB. Unentgeltliche Zuwendungen der Eltern eines Ehegatten können bei entsprechender Zweckbestimmung des Zuwendenden unbenannte – ehebezogene – Zuwendungen an beide Ehepartner sein und sind dann insgesamt nicht als privilegierter Erwerb gemäß § 1374 Abs. 2 BGB im Anfangsvermögen zu berücksichtigen.

OLG Nürnberg, Urteil vom 2.6.2005, 11 UF 14/05; eingesandt von Notar *Michael Volmer*, Obernburg

Der Antragsteller nimmt die Antragsgegnerin auf Zahlung von Zugewinnausgleich in Anspruch.

Mit notarieller Urkunde vom 15.12.1995 haben die Eltern des Antragstellers auf diesen ein Grundstück unentgeltlich übertragen. Am 22.3.1996 veräußerte der Antragsteller mit notariellem Vertrag das vorgenannte Grundstück zu einem Kaufpreis in Höhe von 564.840 DM. Einen Teil des Kaufpreises, nämlich 64.840 DM erhielt in der Folgezeit der Bruder des Antragstellers, Herr J. Den Betrag von 500.000 DM investierten die Eheleute in die Errichtung eines gemeinsamen Familienheimes.

Als Folge des Scheiterns der Ehe der Parteien wurde das im Miteigentum stehende Hausgrundstück versteigert und hierbei von den Eltern des Antragstellers erworben. Diese haben das Haus der Antragsgegnerin und den Kindern der Parteien auch weiterhin zum Wohnen zur Verfügung gestellt.

Das Amtsgericht – Familiengericht – hat mit Endurteil vom 16.11.2004 die Ehe der Parteien geschieden, den gesetzlichen Versorgungsausgleich und den Zugewinnausgleich durchgeführt. Im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung hat es die Klage des Antragstellers, der eine Verurteilung der Antragsgegnerin zur Zahlung eines Ausgleiches in Höhe von 41.033,89 € begehrte, abgewiesen und ihn auf die Widerklage der Antragsgegnerin hin zur Zahlung eines Betrages von 629,74 € verurteilt.

Gegen die güterrechtliche Entscheidung des Amtsgerichtes richtet sich die Berufung des Antragstellers, wobei er sich nur gegen die Würdigung der Grundstücksübertragung der Eltern des Antragstellers, wie sie vom Amtsgericht – Familiengericht – vorgenommen wurde, wendet. (...)

Aus den Gründen:

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt, mithin zulässig (§§ 517, 519, 520 ZPO). Sie erweist sich jedoch in der Sache nicht als erfolgreich. Dem Antragsteller steht kein

Zugewinnausgleichsanspruch gemäß § 1378 Abs. 1 BGB in Höhe von 34.942,70 Euro gegenüber der Antragsgegnerin zu. Das Amtsgericht – Familiengericht – hat daher zu Recht mit Endurteil vom 16.11.2004 dessen Klage auf Zugewinnausgleich abgewiesen und im Übrigen der Widerklage der Antragsgegnerin auf Zahlung von 629,74 € stattgegeben.

Der Senat teilt die Auffassung des Amtsgerichts, bei der Überlassung des Grundstückes durch die Eltern des Antragstellers laut notarieller Urkunde vom 15.12.1995 habe es sich im Ergebnis um eine unbenannte (ehebezogene) Zuwendung in Höhe von 500.000 DM zu gleichen Teilen an beide Parteien gehandelt, weshalb eine Zurechnung zum Anfangsvermögen im Sinne eines privilegierten Erwerbs nach § 1374 Abs. 2 BGB nicht erfolgt.

Dem Antragsteller ist zuzustimmen, wenn er vortragen lässt, dass die Grundstücksüberlassung, die mit notarieller Urkunde vom 15.12.1995 während der Ehezeit erfolgt ist, ohne eine von ihm zu erbringende Gegenleistung und damit unentgeltlich stattfand. Die notarielle Urkunde weist dies auf Seite 4 unter „C“ zweifelsfrei aus. Auch die vom Amtsgericht durchgeführte Beweisaufnahme steht diesem Ergebnis in keiner Weise entgegen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es sich deshalb zwangsläufig um eine Zuwendung handelt, die das Anfangsvermögen des Antragstellers gemäß § 1374 Abs. 2 BGB erhöht. Es ist keinesfalls so, dass jede unentgeltliche Zuwendung eines Dritten während der Ehe an einen Ehepartner prinzipiell zu einem privilegierten Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB führt (vgl. BGH, DNotZ 1995, 937).

Eine Zurechnung zum Anfangsvermögen kann und hat nur dann zu erfolgen, wenn die Übertragung des Grundstückes durch die Eltern des Antragstellers auf dessen künftiges Erbrecht hin oder als Schenkung (§ 1374 Abs. 2 BGB) erfolgt ist. Nach herrschender Auffassung enthält die Regelung in § 1374 Abs. 2 BGB hierbei eine abschließende Aufzählung privilegierter Erwerbsvorgänge (z. B. BGH, DNotZ 1996, 465). Sie stellt eine Ausnahme zur grundsätzlichen Regelung der §§ 1373 ff. BGB, wonach an sämtlichen Erwerbsvorgängen während der Ehezeit die Eheleute im Rahmen des Zugewinnausgleichs gleichmäßig teilhaben sollen (BGH, a. a. O.), dar. Der privilegierte Vermögenserwerb des § 1374 Abs. 2 BGB rechtfertigt sich mithin daraus, dass aufgrund einer besonderen persönlichen Beziehung des einen Ehegatten zum zuwendenden Dritten der andere Ehegatte nicht ebenfalls begünstigt werden soll (BGH, a. a. O.).

Es kommt damit primär auf die Beurteilung der Frage an, ob die objektiv unentgeltliche Zuwendung der Eltern des Antragstellers vom 15.12.1995 rechtlich als Vermögenserwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht des Antragstellers oder als Schenkung zu seinen Gunsten zu qualifizieren ist.

Die Behauptung des Antragstellers, die Grundstücksübertragung mit notarieller Urkunde vom 15.12.1995 sei mit Rücksicht auf sein späteres Erbrecht erfolgt, lässt sich nicht mit seinem erstinstanzlichen Vorbringen in Einklang bringen. Sie findet auch keinerlei Grundlage in den vorgelegten Urkunden sowie im Ergebnis der vom Amtsgericht durchgeführten Beweisaufnahme.

Erstmals im Rahmen des Berufungsverfahrens behauptet der Antragsteller, die Überlassung des Grundstückes sei als Gegenleistung dafür erfolgt, dass er mit notarieller Urkunde vom 28.4.1995 teilweise zugunsten seines Bruders J., der zum damaligen Zeitpunkt das Anwesen P. samt sonstigem Grundbesitz erhalten hat, verzichtet habe. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei unter Beteiligung des Zeugen J. als Ausgleich die spätere Überlassung des Grundstückes vereinbart worden.

Dieses neue Vorbringen des Antragstellers kann als zutreffend unterstellt werden. Einer Einvernahme des Zeugen J. bedarf es daher auch in der Rechtsmittelinstanz nicht. Es kann zugrunde gelegt werden und entspricht der üblichen Lebenserfahrung, dass die Beteiligten bei der Grundstücksübertragung mit notarieller Urkunde am 28.4.1995 an den Zeugen J. mit einem teilweisen Pflichtteilsverzicht des Antragstellers von einem Ausgleich, den letzterer erhalten sollte, ausgingen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass damit die Überlassung des Grundstücks an den Antragsteller auf dessen späteres Erbrecht hin erfolgt ist.

Den Aussagen der Eheleute K. ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass diese weder mit der Überlassung der Grundstücke an den Sohn J. mit Vertrag vom 28.4.1995 noch mit der Grundstücksübertragung an den Antragsteller laut Vertrag vom 15.12.1995 in irgendeiner Form einen vorgezogenen Erbaugleich im Auge hatten. Aus den Aussagen der Zeugen kann nur die Schlussfolgerung gezogen werden, dass mit der Überlassung der Grundstücke an die Söhne deren Familien insgesamt, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Enkel, unterstützt und gefördert werden sollten. Dass der Antragsteller das Grundstück nicht auf sein künftiges Erbrecht hin erhielt, belegt auch die eindeutige Aussage der Eltern, dass allein steuerliche Erwägungen dazu geführt hätten, das Grundstück nicht an beide Eheleute zu übertragen.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers stellt die Überlassung des Grundstücks mit notariellem Vertrag vom 15.12.1995 aber auch weder an ihn noch an die Antragsgegnerin eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB dar. Eine Schenkung setzt auch das Vorliegen des insoweit notwendigen subjektiven Tatbestandes voraus. Das bedeutet, dass nach dem erkennbaren Willen des Zuwenders die Leistung den Empfänger einseitig begünstigen und ihm die freie Verfügung über diese ermöglichen soll (vgl. BGH, DNotZ 1996, 465). Im Gegensatz dazu verfolgt die unbenannte (ehebezogene) Zuwendung den Zweck, der Ehegemeinschaft zu dienen und diese, um deren Sicherung auf Dauer aufrechtzuerhalten, zu fördern. Rechtsgrund der Zuwendung ist damit ein gesetzlich nicht geregeltes familienrechtliches Rechtsverhältnis eigener Art (vgl. BGH, DNotZ 1996, 465). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kommt das Amtsgericht entgegen der Auffassung des Antragstellers im Rahmen seiner zutreffenden Beweiswürdigung zu Recht zum Ergebnis, die Eltern des Antragstellers wollten und haben das Grundstück beiden Eheleuten ehebezogen zugewendet.

Gestützt auf die in der mündlichen Verhandlung vom 14.10.2003 durchgeführte Beweisaufnahme hat das Amtsgericht in nicht angreifbarer Weise festgestellt, die Zuwendung im Wert von 500.000 DM sei an beide Eheleute mit der Maßgabe erfolgt, dass die Mittel nur zum Erwerb eines Familienheimes verwandt werden dürften. Eine freie Verfügung über den Betrag von 500.000 DM, wie es Rechtsfolge einer Schenkung gewesen wäre, war den Parteien nicht erlaubt.

Soweit es die Antragsgegnerin betrifft, liegt damit zweifelsfrei eine unbenannte (ehebezogene) Zuwendung der Eltern des Antragstellers in Höhe von 250.000 DM vor. Die Tatsache, dass die Antragsgegnerin bei der Grundstücksüberlassung vom 15.12.1995 nicht unmittelbar beteiligt gewesen ist, ändert dieses Ergebnis nicht. Der Umstand, dass aus steuerrechtlichen Gründen, der Weg gewählt wurde, das Grundstück zunächst alleine auf den Antragsteller zu übertragen, befreit nicht von der Verpflichtung, das von den Parteien tatsächlich Gewollte durch Auslegung zu ermitteln und im Rahmen des durchzuführenden Ausgleiches zugrunde zu legen (vgl. BGH, NJW 2000, 134 ff.).

Da wegen des fehlenden Schenkungswillens der Zuwendenden auch zugunsten des Antragstellers nicht von einer Schenkung gemäß § 516 BGB ausgegangen werden kann, ist auch die Grundstücksüberlassung an diesen rechtlich als unbenannte (ehebezogene) Zuwendung zu qualifizieren. Der Auffassung des Antragstellers, dass im Gegensatz zur Antragsgegnerin als Schwiegertochter bei ihm als Sohn nicht von einer unbenannten (ehebezogenen) Zuwendung ausgegangen werden könne, folgt der Senat nicht.

Es ist zutreffend, dass die veröffentlichten Entscheidungen zu dieser Rechtsfrage, soweit ersichtlich, den Regelfall, nämlich die Frage der Rückforderung einer als unbenannte Zuwendung erfolgten Leistung von einem Schwiegerkind behandeln. Weder im grundlegenden Urteil des BGH vom 12.4.1995 (DNotZ 1995, 937 f.) noch in den sonstigen Entscheidungen (vgl. z. B. BGH, DNotZ 1996, 465; FamRZ 2003, 229 ff.; DNotZ 1998, 886 ff.) wird die Beurteilung, ob eine Zuwendung eines Dritten an einen Ehegatten als unbenannte (ehebezogene) Zuwendung zu bewerten ist, jedoch von dem zusätzlichen Kriterium, nämlich der Art der persönlichen Beziehung zum Zuwender, abhängig gemacht. Die Pflichtteilsberechtigung des Zuwendungsempfängers hat und kann keinen Einfluss im Rahmen der Auslegung des vom Zuwendenden Gewollten haben. Sie kann allenfalls Indizwirkung dann entfalten, wenn anders als im vorliegenden Rechtsstreit der Wille des Zuwendenden nicht eindeutig festgestellt werden kann.

Die Einwendung des Antragstellers, eine Gleichbehandlung einer unbenannten Zuwendung an ein Schwiegerkind und ein leibliches Kind widerspräche der Systematik von Familien- und Erbrecht, weil es zur Verkürzung seines Pflichtteilsanspruches führe, greift ebenfalls nicht.

Gegenstand der Entscheidung des Senats ist der zwischen den Parteien gemäß §§ 1373 ff. BGB durchzuführende güterrechtliche Ausgleich. Hierbei ist unter anderem die Frage des Vermögenserwerbs der Eheleute auch unter dem rechtlichen Aspekt eines privilegierten Erwerbs nach § 1374 Abs. 2 BGB zu beurteilen. Dies hat auf der Grundlage der bestehenden Rechtslage, wie sie sich aus §§ 1373 ff. BGB ergibt, zu erfolgen.

Die vermeintliche Benachteiligung, die der Antragsteller für den Fall eines ihm im Erbfall nach seinen Eltern zustehenden Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruches sieht, vermag den güterrechtlichen Ausgleich zwischen den Parteien nicht zu beeinflussen. Wenn der Antragsteller der Auffassung ist, seine Eltern hätten im Rahmen der Überlassung des Grundstückes mit notarieller Urkunde vom 15.12.1995 ihm gegenüber keine Zweckbestimmung dergestalt treffen dürfen, dass die Zuwendung nur zur Sicherung des Bestandes der Ehe und unter Beschränkung der freien Verfügbarkeit über die Mittel erfolgte, so hat er sich insoweit mit den Eltern als Zuwendenden auseinanderzusetzen. Es ist nicht die Antragsgegnerin, die die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen hat, dass der Vermögenserwerb des Antragstellers ebenfalls nicht als privilegierter Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB angesehen werden kann.

Nachdem somit hinsichtlich des Vermögenserwerbs im Zusammenhang mit der Überlassung des Grundstückes laut notariellem Vertrag vom 15.12.1998 sowohl beim Antragsteller als auch bei der Antragsgegnerin von einer unbenannten (ehebezogenen) Zuwendung auszugehen ist, kommt eine Zurechnung des Vermögenserwerbs gemäß § 1374 Abs. 2 BGB bei beiden Parteien nicht in Betracht (vgl. BGH, DNotZ 1996, 465).

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Anmerkung:**1. Fragestellung**

Da wird mit notarieller Urkunde ein Grundstück von Eltern auf den Sohn alleine übertragen. Die Schwiegertochter wirkt hierbei nicht mit. Der Sohn wird auch alleiniger Eigentümer. Im Rechtsstreit um den Zugewinn zwischen Sohn und Schwiegertochter wird daraus plötzlich eine ehebezogene Zuwendung der Eltern an Sohn und Schwiegertochter zu gleichen Teilen (der Sohn hatte später das Grundstück verkauft und vom Erlös war ein Familienwohnheim im Eigentum beider Ehegatten gekauft worden). Das hat zur Folge, dass eine Zurechnung zum Anfangsvermögen des Sohnes ausscheidet und somit auch ein Zugewinnausgleichsanspruch des Sohnes, da die Zuwendung beiden Ehegatten im Endvermögen zugerechnet wird.

Als Notar sieht man dies verwundert, auch wenn richterrechtliche „Ergänzungen“ im Familienrecht nicht ungewöhnlich sind. Wäre das Urteil richtig, müsste dies Folgen für die notarielle Vertragspraxis bei Übergabeverträgen haben.

2. Besonderheiten des Sachverhaltes

Der zugrundeliegende Sachverhalt ist – dies sei zur Beruhigung gesagt – von einigen Besonderheiten geprägt, so dass es sich keineswegs um den Normalfall einer Überlassung an ein Kind handelt. Das OLG Nürnberg geht aufgrund der Zeugenaussagen davon aus, dass

- die Grundstücksübertragung auf den Sohn nicht mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht erfolgt sei, sondern
- zur Unterstützung und Förderung der Familie insgesamt insbesondere auch unter Berücksichtigung der Enkelkinder,
- die Zuwendung des Grundstücks mit der Maßgabe erfolgt sei, dass die Mittel zum Erwerb eines Familienwohnheims zu verwenden seien ohne freie Verfügbarkeit für den Sohn.

Ein solcher Sachverhalt wird nur äußerst selten vorliegen. In der täglichen Beurkundungspraxis ist eher der gegenteilige Wunsch die Regel, dass Schwiegerkinder im Falle einer Scheidung nicht weiter von der Zuwendung partizipieren sollen und dass die Übertragung eines wertvollen Grundstücks mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht des Bedachten erfolgt.¹ Hierfür spricht schon die regelmäßig angeordnete Anrechnung auf den Pflichtteil des Empfängers, da diese zeigt, dass ein künftiger Erbgang vorweggenommen wird;² dafür hätte auch die offensichtlich gewollte Hinauszahlung an den Bruder des Sohnes gesprochen.³

Von den Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts jedoch muss der Rezensent ausgehen, zumal die Eltern auch nach der Scheidung das Familienwohnheim der Schwiegertochter mit Kindern überlassen hatten.

Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass die Überlassungsurkunde auch in dem Normalfall, dass nur Eltern und Kind auftreten, ohne dass weitere eherechtliche Probleme zur Sprache kommen, ganz deutlich zum Ausdruck bringen sollte, dass die Überlassung mit Rücksicht auf ein künftiges Erb-

recht z. B. eben als vorweggenommene Erbfolge unter Anrechnung auf den Pflichtteil erfolgt oder dass sie als Schenkung anzusehen ist. Wer mit Blick auf eherechtliche Weiterungen eine noch weitergehende Klarstellung für notwendig hält, könnte noch formulieren, dass es sich somit um Anfangsvermögen des Bedachten im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB handelt.

3. Steuerliche Ziele und zivilrechtliche Umsetzung

Die Eltern hatten nach Angabe des Gerichts vor allem steuerliche Gründe, das Grundstück nur auf den Sohn zu übertragen. Diese liegen darin, dass der Freibetrag des Schwiegerkinds für Schenkungen nach §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1 ErbStG lediglich 10.300 € beträgt. Aus diesem Grunde wohl entschieden sich die Eltern für eine Übertragung ausschließlich auf den Sohn. Wenn man diesen Weg zivilrechtlich wählt, so muss man sich hieran auch festhalten lassen. Wäre es so, wie das OLG angenommen hat, dass die Zuwendung an beide Ehegatten mit der Maßgabe erfolgt war, dass die Mittel nur zum Erwerb eines Familienheimes verwendet werden durften und die freie Verfügung des Sohnes ausgeschlossen gewesen wäre, so hätte sich schenkungsteuerlich das Problem einer sog. Kettenschenkung gestellt mit der – nicht gewollten – Folge, dass die Zuordnung auch schenkungsteuerlich von den Eltern auf die Schwiegertochter erfolgt wäre.⁴ Derzeit weitet der BFH seine diesbezügliche Rechtsprechung sogar noch aus und sieht selbst dann keinen steuerlich beachtlichen Durchgangserwerb des Sohnes, wenn die Zuwendung an die Schwiegertochter auf dessen Veranlassung hin geschieht und sogar als ehebedingte Zuwendung unter den Ehegatten bezeichnet wird, aber direkt von den Schwiegereltern auf die Schwiegertochter erfolgt.⁵ Bisher konnte die Praxis hier von einer großzügigeren Auffassung ausgehen, wie sie im Urteil des FG Rheinland-Pfalz⁶ zum Ausdruck gekommen war.

Das steuerliche Ziel der Eltern war also nur durch eine auf-lagenfreie Übertragung auf den Sohn erreichbar. Haben die Eltern somit den zivilrechtlichen Sachverhalt nach steuerlichen Erwägungen gestaltet, dann muss das Zivilrecht sie auch an diesem Weg festhalten. Da hilft es nicht, dass das OLG Nürnberg den BGH zitiert, denn dort ging es nur darum, wie in einer Steuererklärung ein Vorgang nachträglich bezeichnet worden war.⁷ Hier sprach sich der BGH dafür aus, das zivilrechtlich tatsächlich Durchgeführte maßgeblich sein zu lassen. Damit ist nicht vergleichbar, dass die Vertragsteile aus steuerlichen Gründen einen bestimmten zivilrechtlichen Weg eingeschlagen und damit den Sachverhalt bewusst gestaltet haben.

4. Zuwendungen an Schwiegerkinder

Zuwendungen an Schwiegerkinder hat der BGH seit dem Urteil vom 12.4.1995 eine grundsätzlich neue rechtliche Einschätzung zugrunde gelegt.⁸ In dem Sachverhalt, den der BGH zu beurteilen hatte, ging es – wie auch bei anderen Entscheidungen des BGH zum gleichen Thema⁹ – um Zuwen-

¹ Langenfeld, ZEV 1995, 289 ff.; aber auch in der Gerichtspraxis, vgl. nur aus jüngerer Zeit: LG Marburg, FamRZ 2004, 1099; OLG Koblenz, ZEV 2005, 122; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 1089; OLG Frankfurt, FamRZ 2005, 1833.

² Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2003, § 1374 Rdnr. 14.

³ BGH, FamRZ 1990, 1083, 1084.

⁴ BFH, BStBl 1994 II, 128; BFH/NV 2005, 705; Troll/Gebel/Jülicher, § 7 ErbStG Rdnr. 238 ff.; C. Münch, StB 2003, 130 ff.

⁵ BFH, MittBayNot 2006, 363 (in diesem Heft) = RNotZ 2005, 377 mit Anm. Schliender/Geißler = FamRZ 2005, 1251 ff. = ZErB 2005, 219 f. mit Anm. Daragan.

⁶ EFG 1999, 617.

⁷ NJW 2000, 134 f.

⁸ DNotZ 1995, 937.

⁹ BGH, DNotZ 1998, 886; BGH, MittBayNot 2003, 286.

dungen an Kind und Schwiegerkind gemeinsam, bei denen sich nach Scheitern der Ehe die Frage stellte, wie die Zuwendungen der Eltern an das Schwiegerkind, zum einen zwischen den Ehegatten, und zum anderen im Verhältnis Schwiegerkind zu Schwiegereltern, zu werten sei.

Hier hat der BGH geurteilt, dass es sich nicht um eine Schenkung an das Schwiegerkind handele, sondern dass die Zuwendung an das Schwiegerkind der Ehegemeinschaft dienen solle und von diesem nicht frei verwendet werden könne. Vielmehr sei die Zuwendung vom Bestand der Ehe abhängig. All dies hat der BGH jeweils immer nur zur Zuwendung an das Schwiegerkind ausgeführt. Außerdem hat der BGH betont, dass bei einer Vorausschau des Scheiterns der Ehe die Eltern die Zuwendung in vollem Umfange an ihr eigenes Kind erbracht hätten mit dessen uneingeschränkter Dispositionsfreiheit und dass die Weitergabe durch das Kind an das Schwiegerkind dann eine Kettenschenkung dargestellt hätte, die zu einem Ausgleich der Ehegatten im Zugewinn geführt hätte. Hier spricht der BGH den Normalfall der Zuwendung an das eigene Kind an.

Der BGH hat die Gleichstellung der Zuwendung an das Schwiegerkind mit der ehebezogenen Zuwendung nur benötigt, um den Ausgleich in die Ebene der Ehegatten zu verlagern und das Schwiegerkind vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen.¹⁰ Diesem Argument liegt denkwürdig der freilich nicht ausgesprochene Ansatz zugrunde, dass die Zuwendung, soweit sie an das eigene Kind erfolgt ist, bei diesem gerade unter die Privilegierung des § 1374 Abs. 2 BGB fällt, denn nur dann kommt es im Zugewinnausgleich überhaupt zu einer hälftigen Rückerstattung des dem Schwiegerkind zugewendeten Betrages an das eigene Kind.¹¹ Damit muss sich das eigene Kind aber die Ehebezogenheit gerade nicht entgegenhalten lassen.¹² So meint denn auch *Schwab* in diesem Zusammenhang zu Recht, es würde das System des § 1374 Abs. 2 BGB endgültig sprengen, die Elternschenkungen an das eigene Kind aus § 1374 Abs. 2 BGB auch noch auszuklammern.¹³

Das OLG tut nun unter vermeintlicher Berufung auf den BGH das Gegenteil. Indem es die Grundstücksübertragung auf den Sohn in eine Übertragung an beide Ehegatten deutet und sie bei beiden Ehegatten nicht im Anfangsvermögen berücksichtigen will, entzieht es die Übertragung einem Ausgleich unter den Ehegatten. Das OLG wird sich insoweit nicht auf den BGH berufen können. Daher verwundert schon, dass das Gericht die Revision nicht zugelassen hat, da die Rechtsfragen höchstrichterlich geklärt seien.¹⁴

Schließlich müsste man auch beurkundungsrechtlich fragen, ob die vom OLG in die Grundstücksüberlassung hineingelesene ehebezogene Zuwendung nicht nach § 311 b BGB hätte beurkundet sein müssen. Die ehebezogene Zuwendung wäre dann mittels der Übertragung des Grundstücks auf den Sohn an die Schwiegertochter als Vertrag zugunsten Dritter erfolgt. Dem hätte wohl auch der Sohn als Partei zustimmen müssen. Zu fragen wäre auch, was denn dann Zuwendungsgegenstand war. Das OLG umgeht diese Frage, indem es ausführt, es habe

sich „im Ergebnis um eine unbenannte (ehebezogene) Zuwendung in Höhe von 500.000 DM zu gleichen Teilen an beide Parteien gehandelt“. Das Grundstück mit einem Wert von 564.840 DM hat die Schwiegertochter jedenfalls nie zu Eigentum erhalten. Die Zuwendung eines Erlösanteils am Grundstück erfolgte allein durch den Sohn. Wollte man diese den Eltern zurechnen, so wäre schenkungsteuerlich vollends Unheil angerichtet. Wenn die weitere Verwendung des Grundstücks nicht Urkundsinhalt war, so könnte sie allenfalls ihrerseits Geschäftsgrundlage der Zuwendung sein. Nicht erörtert ist schließlich auch, ob etwa eine Ausstattung an den Sohn gegeben sein könnte, wenn die Kategorien der Schenkung und der Zuwendung mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht nicht passen. Auch diese ist privilegiert nach § 1374 Abs. 2 BGB.

5. Fazit

Das OLG Nürnberg kann sich bei seinem Urteil keinesfalls auf die Rechtsprechung des BGH zur Zuwendung an Schwiegerkinder berufen, denn der BGH geht in Bezug auf das eigene Kind gerade im Gegenteil von einer nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Zuwendung aus. Das Urteil überzeugt auch sonst nicht, da die Vertragsparteien den zivilrechtlichen Sachverhalt nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen als Zuwendung ausschließlich an den Sohn gestaltet hatten.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

10. BGB § 2315 Abs. 2; GG Art. 3 (*Von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichender Bewertungsstichtag verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden*)

Der Erblasser kann grundsätzlich von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichen. Führt die Bestimmung zu einem höheren anzurechnenden Wert, muss jedoch die Form des Erb- bzw. Pflichtteilsverzichts gewahrt sein. (Leitsatz der Schriftleitung)

BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27.3.2006, 1 BvR 181/06

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft einen erbrechtlichen Sachverhalt.

I.

Landgericht und Oberlandesgericht versagten der Beschwerdeführerin einen Pflichtteilsanspruch wegen gemäß § 2315 BGB anzurechnender Zuwendungen (Grundstücke und eine Brauerei-Unterbeteiligung). Dabei hielten sie in notariellen Überlassungsverträgen enthaltene Anrechnungsbestimmungen für wirksam, nach denen die Werte der Zuwendungen nach den Wertverhältnissen beim Erbfall beziehungsweise für den Fall einer vor diesem Zeitpunkt stattfindenden Veräußerung nach den erzielten Veräußerungserlösen zu bemessen waren. Die Landesverfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin wies der Bayerische Verfassungsgerichtshof ab. Ausschließlich hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Verletzung des aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Willkürverbotes rügt.

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (vgl. BVerfGE 90, 22). Grundsätzliche verfassungsrechtliche

¹⁰ Kritisch gegen diese Verrechnung von Eltern und Kindesinteresse *Koch*, FS D. Schwab, 2005, 513 ff.

¹¹ DNotZ 1995, 937 f.

¹² Vgl. das Rechenbeispiel von *Ullrich*, NJW-Spezial 2005, 103 und die Kommentierung bei *Palandt/Brudermüller*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1374 Rdnr. 16.

¹³ Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. 2004, VII, Rdnr. 135.

¹⁴ Eine Nichtzulassungsbeschwerde wurde angabegemäß nicht erhoben.

Bedeutung im Sinn des § 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG ist nicht gegeben. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG), denn die Verfassungsbeschwerde hat keine Erfolgsaussicht.

Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, mit der insbesondere Verletzungen des Willkürverbots aus Art. 118 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung durch die ordentlichen Gerichte verneint wurden, ist nicht willkürlich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG. Das folgt schon daraus, dass die fachgerichtlichen Entscheidungen ihrerseits keinen Verstoß gegen das Willkürverbot erkennen lassen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass LG und OLG den vom Gesetzeswortlaut des § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichenden Bewertungsstichtag gebilligt haben. Denn sie sind dabei einer von weiten Teilen der Literatur vertretenen Meinung gefolgt. Danach kann der Erblasser grundsätzlich von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichen, wobei dann, wenn die Bestimmung zu einem höheren anzurechnenden Wert führt, die Form des Erb- bzw. Pflichtteilsverzichts gewahrt sein muss (vgl. *Staudinger/Haas*, BGB, 1998, § 2315 Rdnr. 54, 41 ff.; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2315 Rdnr. 11; *Damrau/Riedel/Lenz*, Praxiskommentar Erbrecht, 2004, § 2315 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2315 Rdnr. 14; nach anderer Ansicht soll eine solche Wertfestsetzung sogar formfrei möglich sein, vgl. *Ebenroth/Bacher/Lorz*, JZ 1991, 277). Diese Formerfordernisse hat das OLG als erfüllt angesehen, ohne dass dagegen von Verfassungen wegen etwas zu erinnern wäre. Demnach war es jedenfalls sehr gut vertretbar und keinesfalls willkürlich, die Anrechnungsbestimmungen unabhängig davon, ob sie zu höheren Anrechnungswerten als § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB führten, für wirksam zu halten.

Ebenso wenig trifft die Feststellung der ordentlichen Gerichte auf verfassungsrechtliche Bedenken, dass durch die konkrete Anrechnungsbestimmung der Pflichtteil der Beschwerdeführerin nicht reduziert worden sei. Schließlich erfüllt es nicht den Tatbestand objektiver Willkür, dass das Oberlandesgericht die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO für gegeben erachtet hat.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93 d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

11. BGB § 2306; BSHG § 90 Abs. 1 Satz 4 (*Überleitung des Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger*)

Der Sozialhilfeträger ist durch eine Klausel in einem gemeinschaftlichen Testament von Eltern, wonach eines ihrer Kinder, soweit es den Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden verlangt, von einer zukünftigen Erbsetzung des Längerlebenden ausgeschlossen wird, nicht an der Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs gehindert. Die Klausel ist so auszulegen, dass das Kind, dessen Pflichtteil vom Sozialhilfeträger eingezogen wird, Erbe beim Schlusserbfall werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 19.10.2005, IV ZR 235/03

Der klagende Sozialhilfeträger nimmt die Beklagte als Erbin ihrer am 12.3.1999 verstorbenen Mutter auf den Pflichtteil ihrer behinderten Schwester am Nachlass der Mutter in Anspruch. Der Vater der Beklagten und der Behinderten starb am 23.5.2000. Der Kläger hat die Pflichtteilsansprüche nach beiden Eltern durch Bescheid vom 15.1.2002 gemäß § 90 BSHG auf sich übergeleitet. Dagegen hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Die Eltern hatten am 25.8.1995 ein gemeinschaftliches Ehegattentestament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten. In dem Testament heißt es weiter: „Der überlebende Ehegatte von uns soll Vollerbe sein, so dass er über den gesamten Nachlass und sein Eigenvermögen frei verfügen kann. Sollte ein Kind bereits Pflichtteilsrechte nach dem Tode des ersten Elternteils geltend machen, verliert es beim Tod des länger lebenden Elternteils seinen testamentarisch festgelegten Anspruch.“ Am 11.8.1999 errichtete der Vater ein handschriftliches Testament. Darin bestimmte er, dass seine behinderte Tochter als beschränkte Vorerbin einen Erbeil von 60% ihres gesetzlichen Erbteils als Barvermögen erhalten und die Beklagte „alles darüber hinausliegende“ erben sollte. Zugleich setzte er die Beklagte bezüglich des Erbteils ihrer Schwester als Nacherbin ein und bestellte sie auf deren Lebenszeit zur Testamentsvollstreckerin. Sie sollte nach ihrem Ermessen Sachleistungen und Vergünstigungen erbringen, die geeignet sind, seiner behinderten Tochter Erleichterung und Hilfen zu verschaffen. Diese Verpflichtung sollte aber entfallen, sofern die Leistungen auf die Sozialhilfe angerechnet würden.

Die Beklagte und ihre Schwester machten keine Pflichtteilsansprüche geltend. Letztere bestätigte mit schriftlicher Erklärung vom 16.6.1999, dass sie keine Pflichtteilsrechte in Anspruch nehmen wolle. Der Kläger beziffert seine Leistungen, die er nach dem Tode der Mutter für die Behinderte im Rahmen der Eingliederungshilfe (§ 39 BSHG) bis Ende 2001 erbracht hat, auf 95.748,64 €. Er berechnet den Pflichtteil nach einer Quote von 1/8 des Nachlasses mit 42.115,05 €. Seine Zahlungsklage in dieser Höhe ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er sein Zahlungsverlangen weiter.

Aus den Gründen:

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

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil abgedruckt ist in ZEV 2004, 24 m. Anm. *Spall*, 28 und ZErB 2004, 201 m. Anm. *Ivo*, 174, hält den Kläger trotz der Anfechtung des Überleitungsbescheides für aktivlegitimiert. Der Überleitung stehe auch nicht entgegen, dass es Pflichtteilsberechtigten freistehe, Pflichtteilsansprüche geltend zu machen. Die Sonderregelung des § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG erlaube einem Sozialhilfeträger grundsätzlich auch gegen den Willen des Pflichtteilsberechtigten dessen Pflichtteilsanspruch durchzusetzen. Hier gelte aber etwas anderes, weil im gemeinschaftlichen Testament die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs nach dem erstversterbenden Elternteil mit dem Verlust des testamentarisch festgelegten Anspruchs nach dem Tode des länger lebenden Elternteils sanktioniert sei; insoweit entfalte das gemeinschaftliche Testament Bindungswirkung, die die Verfügungsmacht des länger lebenden Ehegatten eingeschränkt habe. Die Pflichtteilsanktionsklausel sei auch mit Blick auf § 2306 BGB unter Einbeziehung der letztwilligen Verfügung des Vaters und die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380; 111, 36 = DNotZ 1992, 241) gebilligte Gestaltung sogenannter Behindertentestamente wirksam. Das gemeinschaftliche Testament werde davon ohnehin nicht berührt, so dass es auf die Wirksamkeit des Testaments des Vaters nicht einmal ankomme. Aufgrund der Sanktionsklausel wäre die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Tod der Mutter wirtschaftlich einer Ausschlagung der Erbschaft nach dem Tode des Vaters gleich gekommen. Da das Ausschlagungsrecht gemäß § 2306 BGB als höchst persönliches Recht nicht gemäß § 90 BSHG überleitet

bar sei, sei es gerechtfertigt, dass der Sozialhilfeträger nicht anstelle des Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil verlangen dürfe, weil das mit dem Verlust eines späteren testamentarischen Erbteils verbunden sei. Das wäre gleichbedeutend mit der (unzulässigen) Überleitung des Ausschlagungsrechts. Die behinderte Tochter müsse daher weiter darüber befinden können, was aus ihrer Sicht für sie günstiger ist. Das sei hier zweifellos die Entscheidung gegen den Pflichtteil gewesen, weil damit auf Dauer sichergestellt sei, dass ihre persönlichen, durch die Sozialhilfe nicht gedeckten Bedürfnisse befriedigt werden könnten.

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts trifft zu. Der Kläger ist infolge der Überleitung gemäß § 90 BSHG berechtigt, den Streitgegenständlichen Pflichtteilsanspruch unbeschadet der Anfechtung des Überleitungsbescheides und unabhängig von den Vorstellungen der Pflichtteilsberechtigten gerichtlich durchzusetzen. Die Revisionserwiderung räumt ein, dass unter öffentlich-rechtlichen bzw. sozialhilferechtlichen Gesichtspunkten von einem wirksamen, die Zivilgerichte bindenden Überleitungsbescheid auszugehen ist, solange er nicht – abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall der Nichtigkeit – durch die zuständige Behörde oder durch verwaltungsgerichtliche Entscheidung aufgehoben ist (BGH, FamRZ 2004, 1569; DNotZ 1986, 138). Entgegen ihrer Ansicht scheidet der Anspruchsübergang indes auch zivilrechtlich nicht, weil der Pflichtteilsanspruch ein höchst persönliches Recht darstelle, welches nicht auf den Sozialhilfeträger übergeleitet, jedenfalls aber nicht gegen den Willen des Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht werden könne. Der Senat hat in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre jüngst entschieden, dass der auf Enterbung beruhende Pflichtteilsanspruch, wenn er auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden ist, von diesem auch geltend gemacht werden kann, ohne dass es insoweit auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankäme (MittBayNot 2005, 314 m. Anm. *J. Mayer*, 286; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2306 Rdnr. 29; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2317 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Roth*, 4. Aufl., § 412 Rdnr. 24; *Staudinger/Busche*, BGB, 1999, § 412 Rdnr. 16; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2317 Rdnr. 7; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 35 IV 6 a Fn. 90; *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1265 m. w. N.; *Krampe*, AcP 191 (1991), 526, 529; a. A. *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 235; zur Berechtigung von Unterhalts- und anderen Gläubigern des Pflichtteilsberechtigten vgl. BGH, NJW 1993, 1920; NJW 1982, 2771; DNotZ 1998, 827). Das wird durch die Erwägungen der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen. Die grundsätzliche Überleitbarkeit von Pflichtteilsansprüchen des Hilfeempfängers auf den Träger der Sozialhilfe ist höchstrichterlich anerkannt (vgl. nur BGHZ 123, 368, 379). Die ausdrückliche Bestimmung in § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG, der Übergang eines Anspruchs auf den Sozialhilfeträger werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann, würde hingegen ihres Sinnes beraubt, wenn man sie – wie es die Revisionserwiderung möchte – einschränkend dahin verstehen wollte, dass der Pflichtteilsanspruch nur vorbehaltlich einer persönlichen Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten zur Geltendmachung übergeleitet werden könne. Der Gesetzgeber behandelt den Sozialhilfeträger als Helfer des Sozialhilfeempfängers gerade anders als andere Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten; infolge von § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG muss der Sozialhilfeempfänger strikter als etwa

ein Unterhaltsberechtigter auch Pflichtteilsansprüche vorrangig einsetzen (Senat, a. a. O.). In Anbetracht dessen rechtfertigten Gründe der Rücksichtnahme auf familienrechtliche Verbundenheit des Pflichtteilsberechtigten oder Respektierung des geäußerten Erblasserwillens ein anderes, begrenzteres Verständnis zum Einsatz dieses Vermögensteiles des Hilfeempfängers nach der Überleitung nicht. Gleiches gilt im Ergebnis für die Gründe, die gegen die Überleitung des Ausschlagungsrechts sprechen, denn für das Pflichtteilsrecht gibt es – anders als etwa für das Erbrecht (§§ 1942 ff. BGB) – ein besonderes Ausschlagungsrecht nicht (Senat, a. a. O.).

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die Wirksamkeit der Pflichtteilssanktionsklausel bejaht. Auf seine nicht ganz unbedenklichen Ausführungen zu der insofern gegebenen Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments gemäß §§ 2270, 2271 BGB (vgl. *J. Mayer* in *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl., § 2269 Rdnr. 87) und der dadurch bewirkten Beschränkung der Verfügungsmacht des Längstlebenden kommt es dabei nicht an. Die weitergehenden Wirksamkeitszweifel der Revision gegenüber der Klausel sind allerdings nicht begründet. Das gilt insbesondere für den angeblich fehlenden Bezug der Pflichtteilsklausel zu künftigen testamentarischen Zuwendungen des länger lebenden Ehegatten, die nicht vorgenommene Schlusserbeneinsetzung und die rechtliche Selbständigkeit der beiden letztwilligen Verfügungen. Das Berufungsgericht konnte bei der von beiden Eltern gewählten Pflichtteilsregelung rechtsfehlerfrei von einer wirksamen Sanktion ausgehen mit Bezug auf ein – wie später auch erfolgt – vom Längstlebenden zu errichtendes Testament zugunsten ihrer beiden Kinder. Derartige isolierte oder reine Pflichtteilssanktionsklauseln sind üblich und können Wirkungen auch für noch zu errichtende letztwillige Verfügungen entfalten (vgl. nur *J. Mayer* in *Dittmann/Reimann/Bengel*, § 2269 Rdnr. 12 f., 83 ff., auch zu „fakultativen Ausschlussklauseln ... in der Form eines spezifizierten Änderungsvorbehalts“; vgl. ferner *Langenfeld*, NJW 1987, 1577, 1581). Die gemeinschaftlich Testierenden können auf die bindende Schlusserbeneinsetzung verzichten und lediglich schon eine Sanktion festlegen, wenn der Längstlebende dem Erben später mehr als den Pflichtteil zuwenden möchte. Dieser kann sich dann unbedenklich auf die zuvor niedergelegte Sanktion beziehen, so wie er selbst eine solche aussprechen kann, falls dies nicht bereits geregelt ist. Wirksamkeitsbedenken an der hier von den Ehegatten gewählten und dem Längstlebenden später eingehaltenen Gestaltung der letztwilligen Zuwendung ihres Vermögens an ihre Kinder einschließlich der Sanktionierung bestehen insoweit nicht.

3. Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin gefolgt werden, dass der Kläger wegen dieser Pflichtteilssanktionsklausel gehindert ist, den Pflichtteil zu verlangen. Seine Auffassung, dieses Verlangen bedinge zugleich den Verlust des vom Vater ausgesetzten Erbes, trifft nicht zu. Dem gemeinschaftlichen Testament und dem darauf aufbauenden Testament des Ehemannes ist zu entnehmen, wie das Berufungsgericht ebenfalls nicht verkennt, dass der Wille der Eltern darauf gerichtet war, das der behinderten Tochter zugedachte, die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils übersteigende Erbe möglichst vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu bewahren. Damit ist die vom Kläger in seinem Überleitungsbescheid vertretene Auffassung, mit der Geltendmachung des Pflichtteils nach der Mutter habe sie auch nur einen – ebenfalls übergeleiteten – Pflichtteilsanspruch nach dem Vater, nicht zu vereinbaren, wie der Senat bereits in seinem vorgenannten Urteil vom 8.12.2004 (MittBayNot 2005, 314) zu einem insoweit vergleichbaren Fall entschieden hat. Anders als die pflicht-

teilsberechtigte Schwester konnte der Sozialhilfeträger von der Durchsetzung des übergeleiteten Anspruchs nicht durch die Aussicht abgehalten werden, den der Behinderten von ihrem Vater zugeordneten Erbteil zu verlieren. Auf diesen Erbteil hätte er wegen der angeordneten Testamentsvollstreckung ohnehin nicht zugreifen können (§ 2214 BGB). Bei wortgetreuem Verständnis der Klausel würde der Zugriff auf den Nachlass der erstverstorbenen Mutter dem Sozialhilfeträger den an sich versperrten Zugriff auf den Nachlass des letztverstorbenen Vaters überhaupt erst eröffnen. Anstelle einer solchen geradezu widersinnig erscheinenden Auslegung ist eine am Gesamtzusammenhang der beiden Testamente und den Vorstellungen der Eltern, hätten sie derartige Verständnismöglichkeiten bedacht, orientierte einschränkende Auslegung geboten, nach der der Sozialhilfeträger vom Anwendungsbereich der Klausel ausgenommen ist (Senat, a. a. O.). Auf diese Weise scheidet zugleich die von Testatoren ebenfalls regelmäßig nicht gewollte Einflussnahme außenstehender Dritter auf die angeordnete Erbfolge aus, die hier sonst dem Sozialhilfeträger durch die Überleitung und Geltendmachung des Pflichtteils über die Sanktionsklausel ermöglicht würde. Eine damit etwa einhergehende Bevorzugung des behinderten Kindes gegenüber seinen Geschwistern, weil es trotz der Inanspruchnahme des Pflichtteils nach dem erstverstorbenen Elternteil den Erbteil im Schlusserbfall behält, ist in solchen Fällen angesichts der ansonsten möglichen, aber gerade nicht gewollten Konsequenzen grundsätzlich mit dem Erblasserwillen zu vereinbaren. Für eine davon abweichende Vorstellung der Eltern ist hier weder etwas dargetan noch sonst ersichtlich.

4. Auf der Grundlage dieser Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, da insoweit weitere Aufklärung nicht in Betracht kommt (vgl. nur *Zöller/Gummer*, ZPO, 25. Aufl., § 546 Rdnr. 10 m. w. N.), hat der Kläger trotz der Überleitung erst nach dem zweiten Erbfall die Rechte des pflichtteilsberechtigten Kindes erlangt, die ihm vor dem Tod des Vaters zustanden (vgl. Senat, a. a. O.). Der Senat kann in der Sache noch nicht abschließend entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO), weil der dem Kläger zustehende Pflichtteilsanspruch vor allem wegen der Bewertung des Grundbesitzes in Bad W. der Höhe nach umstritten ist und insoweit noch tatrichterlicher Aufklärung bedarf.

12. RBERG Art. 1 § 1; UWG §§ 3, 4 Nr. 11 (*Unerlaubte erbrechtliche Beratung durch Banken*)

Eine Bank, die für Kunden Entwürfe von Testamenten und Stiftungssatzungen anfertigt, handelt nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 1 § 1 RBERG wettbewerbswidrig. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Freiburg, Urteil vom 28.10.2005, 10 O 37/05

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung rechtsberatender und rechtsbesorgender Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Errichtung letztwilliger Verfügungen ihrer Kunden in Anspruch. Sie macht geltend, sie habe im Februar 2005 durch eines ihrer Mitglieder erfahren, dass die Beklagte gegenüber einer Kundin in deren Testaments- und Stiftungsangelegenheiten rechtsberatend und rechtsbesorgend tätig ge-

worden sei. Mit Schreiben der Beklagten vom 16.9.2004 an deren Kundin sei dieser ein überarbeiteter Entwurf eines Testaments übermittelt worden, wobei gleichzeitig ausgeführt worden sei, dass in den Entwurf „wie besprochen“ eine Reihe von Barvermächtnissen eingearbeitet worden sei. Ferner liege der Entwurf eines Nachtrags zum Testament bei, der für den Fall als Vorlage dienen sollte, dass nach Abfassung des Testaments einzelnen Personen weitere Gegenstände oder Barbeträge zugewendet werden sollten. Ferner wurde die modifizierte Stiftungssatzung übersandt. Die Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben ab und forderte die Zahlung einer Abmahnpauschale.

Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch auf § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Ziff. 2, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 1 § 1 RBERG.

II.

Die Klage ist zulässig und begründet. (...)

Die Streitgegenständlichen Fragestellungen berühren weder die Frage der europäischen Dienstleistungsfreiheit noch werden sie von Überlegungen für eine künftige Neuregelung eines Rechtsdienstleistungsgesetzes tangiert. Die Vereinbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes mit europäischem Recht steht – jedenfalls für den Kernbereich rechtlicher Beratung – außer Frage (*Hellwig*, NJW 2005, 1217 ff.). Anzuwenden auf den vorliegenden Fall ist das gegenwärtige Recht, mögliche künftige Neuregelungen können keinen maßgeblichen Einfluss auf gegenwärtige Entscheidungen haben. (...)

Mit ihrer Verteidigung in der Sache kann die Beklagte ebenfalls nicht durchdringen. Ausgangspunkt ist Art. 1 § 1 RBERG, wonach die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden darf, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt worden ist. Unstreitig verfügt die Beklagte über eine derartige Erlaubnis nicht. Eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 2 RBERG liegt vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Dabei ist zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Es ist daher zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es im Wesentlichen um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGH, DNotZ 2005, 544 – Testamentsvollstreckung durch Banken; BGH, ZEV 2003, 467 – Erbenermittler). Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass die Beklagte mit der Erfragung der Wünsche ihrer Kundin für den Fall ihres Todes, mit der Erstellung eines Entwurfs für ein Testament einschließlich eines möglichen Nachtrags, sowie mit dem Entwurf einer Stiftungssatzung einer auf den Todesfall zu gründenden Stiftung weit über das hinaus gegangen ist, was erlaubnisfreie Geschäftsbesorgung ist.

Das Gebiet des Erbrechts – eines außerordentlich komplizierten Rechtsgebiets, das eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet – erfordert es in besonders hohem Maße, vor der Fertigung von Entwürfen letztwilliger Verfügungen zu ermitteln, worauf der Wille des Erblassers gerichtet ist. Dies ist nur mittels persönlicher Beratung durch sachkundige Perso-

nen, insbesondere Rechtsanwälte und Notare, zu leisten. Die Vorstellung der Beklagten, die eigentliche Beratung habe im vorliegenden Anlassfall durch einen Rechtsanwalt stattgefunden, weil diesem der Testamentsentwurf, den die Beklagte erstellt hat, zur Prüfung zugeleitet wurde, verkennt die Wichtigkeit der persönlichen Beratung im Zusammenhang mit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung. Die Klägerin hat zutreffend darauf hingewiesen, dass angesichts der Vielfalt von Gestaltungsmöglichkeiten in diesem Bereich der den Testamentsentwurf prüfende Rechtsanwalt allenfalls grobe Rechtsfehler erkennen und beanstanden könnte. Die Übereinstimmung des geäußerten Willens mit dem Testamentsinhalt vermag er mangels eigener Beratung nicht zu prüfen. Dass er selbst keine Beratung für die Kundin durchgeführt hat, folgt nicht nur aus dem Fehlen eines persönlichen Beratungsgesprächs, sondern insbesondere aus der Tatsache, dass die Beklagte die angefallenen Kosten für die anwaltliche Tätigkeit getragen hat.

Damit ist die Beklagte weit über das zulässige Maß hinausgegangen.

Etwas anderes ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, dass die Beklagte zulässigerweise Testamentsvollstreckungen durchführen darf. Ihre Auffassung, der Entwurf eines Testaments und die damit zusammenhängende Beratung sei eine Tätigkeit im Vorfeld und im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung, vermag das Gericht nicht zu teilen. Die Frage, ob nach einer angeordneten Testamentsvollstreckung diese von der Beklagten ausgeübt werden darf, ist von der Frage scharf zu trennen, ob das die Testamentsvollstreckung überhaupt erst anordnende Testament von der Beklagten entworfen werden darf. Dies ist – mangels Vorliegens einer Erlaubnis nach Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes – nicht der Fall.

Ganz allgemeine Ratschläge im Zusammenhang mit der Testamentserrichtung – etwa der Rat, das Testament mit einem Anwalt zu besprechen, es, falls es eigenhändig errichtet werden soll, selbst zu schreiben und zu unterschreiben und Ähnliches – dürften der Beklagten nicht untersagt werden. Der insoweit zu weit gehende Antrag der Klägerin wurde jedoch in der mündlichen Verhandlung von ihr dahingehend eingeschränkt, dass es nur um die Unterlassung inhaltlicher Beratung geht, nicht um die die äußere Form betreffende allgemeine Hinweise. Zu weit geht insbesondere die Anfertigung von Testamentsentwürfen und/oder die Überarbeitungen solcher Entwürfe sowie die Vorstellung der Beklagten, sie dürfe Satzungen für Stiftungen erstellen, die im Zusammenhang mit letztwilligen Verfügungen errichtet werden sollen. Auch hierin liegt ein im Kernbereich rechtsberatender Vorgang und kein Annex eines üblichen Bankengeschäfts.

Auf die Frage, ob es sich bei dem vorliegenden Anlassfall um einen Einzelfall gehandelt hat, kommt es nicht an, da ein einzelner solcher Fall für den in die Zukunft gerichteten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch die Wiederholungsgefahr begründet. Dementsprechend war der auf § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Ziff. 2, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG gestützten Klage stattzugeben. (...)

Anmerkung:

Mit dem Urteil des LG Freiburg wurde die nächste Runde im Kampf der deutschen Notar- und Anwaltschaft gegen externen Wettbewerb durch spezialisierte Dritte eingeläutet, nachdem der BGH durch zwei Entscheidungen aus dem Jahre

2004 klargestellt hat,¹ dass durch Banken und Steuerberater durchgeführte Testamentsvollstreckung keine Rechtsberatung i. S. d. Art. 1 § 1 RBerG darstellt und somit nicht wettbewerbswidrig ist. Das LG hatte nunmehr festzustellen, ob eine Bank, die für Kunden Entwürfe von Testamenten und Stiftungssatzungen anfertigt, nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG wettbewerbswidrig handelt. Zentrale Frage dabei war, ob solches Handeln der Bank bereits unter den Begriff der erlaubnispflichtigen Rechtsberatung i. S. d. RBerG zu subsumieren ist. Zur Abgrenzung von erlaubnispflichtiger Rechtsberatung und erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BGH auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen.² Liegt die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet und bezweckt sie die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange, verneint der BGH erlaubnispflichtige Rechtsberatung. Dagegen ist von Rechtsberatung i. S. d. Art. 1 § 1 RBerG auszugehen, wenn die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht. Im vorliegenden Fall bejahte das LG Letzteres und erklärte somit das Verhalten der Bank für wettbewerbswidrig. Dieser Entscheidung ist vollumfänglich zuzustimmen.

1. Schwerpunkt der erbrechtlichen Beratung: Klärung rechtlicher Verhältnisse

Mag sich der ein oder andere Erblasser bei Errichtung eines Testaments auch von wirtschaftlichen, insbesondere steuerlichen Erwägungen leiten lassen, so liegt der Schwerpunkt doch immer auf der Regelung der Rechtsverhältnisse nach dem Erbfall. Dem Erblasser geht es in erster Linie darum, sein Vermögen für den Fall des Todes aufzuteilen, also im Kern um die Zuordnung von Eigentum und Ansprüchen. Und genau das ist ureigenste Materie der Juristen. Besonders auf dem komplexen Gebiet des Erbrechts ist es für den Laien hilfreich, sich einer Beratung durch einen Notar oder kundigen Anwalt zu unterziehen. Hierzu reicht es nicht, wie die Bank vorbringt, dass der Inhalt des Testaments im Nachhinein durch einen Rechtsanwalt geprüft wird. Denn rein begrifflich setzt Beratung Kommunikation zwischen dem Berater und dem Beratenen voraus;³ anders ist der wirkliche Wille des Erblassers – und auf den kommt es im Erbrecht entscheidend an – nicht herauszufinden.

2. Keine bloße Vorbereitungshandlung zur Testamentsvollstreckung

Auch verfährt es nicht, einen Vergleich mit den – zu Recht kritisierten –⁴ Entscheidungen des BGH zur Testamentsvollstreckung durch Banken und Steuerberater zu ziehen,⁵ noch vermag die Argumentation der beklagten Bank zu überzeugen, dass die Beratung bloße Vorbereitungshandlung zur erlaubnisfreien Testamentsvollstreckung sei. Das LG stellt hierzu richtigerweise, aber ohne nähere Begründung fest, dass zwischen der Beratung bei Errichtung einer letztwilligen Ver-

1 BGH, DNotZ 2005, 544 (Banken); MittBayNot 2005, 416 (Steuerberater).

2 BGH, GRUR 2002, 993; GRUR 2003, 886; GRUR 2005, 604; DNotZ 2005, 544; MittBayNot 2005, 416.

3 Laut *Duden*, Das Synonymwörterbuch, 3. Aufl. 2004, steht „Beratung“ sowohl für „Ratschlag“ als auch für „Gespräch“, „Erörterung“.

4 Siehe nur *Strunz*, LMK 2005, 61; *Stracke*, ZEV 2005, 125.

5 BGH, DNotZ 2005, 544; MittBayNot 2005, 416.

fügung und der Testamentsvollstreckung scharf zu unterscheiden ist. Denn wie der BGH in den angesprochenen Entscheidungen selbst ausführt, obliegen dem Testamentsvollstrecker insbesondere nach § 2205 BGB Rechte und Pflichten, die als wirtschaftlich anzusehen sind.⁶ Daraus entwickelt der BGH die These, dass der Testamentsvollstrecker auch wirtschaftlich tätig wird und, wenn diese Tätigkeit überwiegt, er eben keine erlaubnispflichtige Rechtsberatung vornimmt.

Diese Argumentation greift bezüglich der Beratung in Testamentsfragen gerade nicht. Einem Berater in Testamentsangelegenheiten kommen schließlich keine wirtschaftlichen Rechte und Pflichten zu, die sich mit denen eines Testamentsvollstreckers vergleichen ließen. Er verwaltet kein Vermögen, hat keine Verfügungsbefugnis, bewirkt nicht die Auseinandersetzung; alles in allem hat er in der reinen Beratungssituation überhaupt keinen direkten Kontakt oder direkte Einflussmöglichkeit auf das Vermögen. Sicherlich haben zumindest Anwalt und Notar die Beratung pflichtgemäß durchzuführen,⁷ eine wirtschaftliche Verpflichtung oder gar Berechtigung wird man darin freilich nicht sehen können.

Ein weiterer Unterschied ist ebenfalls im Gesetz selbst angelegt. Zwar macht das BGB zur Person des Testamentsvollstreckers keine Angaben und sieht damit keine spezielle Qualifikation für dieses Amt vor,⁸ sondern erklärt stillschweigend jedermann des Amtes fähig, doch lässt es nicht erkennen, dass zur Beratung in Testamentsangelegenheiten ebenfalls jedermann berufen ist. Vielmehr sieht das Gesetz in den Fällen der §§ 2232, 2233 Abs. 1 BGB zwingend die Hinzuziehung eines Notars vor. Zweck dieser Normen ist unter anderem die Gewährleistung einer umfassenden fachkundigen Beratung durch qualifizierte Personen.⁹ Der Gesetzgeber geht also offensichtlich davon aus, dass zur Hilfestellung bei Errichtung eines Testaments grundsätzlich nicht jedermann befähigt ist. Schließlich verlangt das Erstellen letztwilliger Verfügungen umfassende erbrechtliche und kautelarjuristische Kenntnisse vom Notar.¹⁰ Es besteht mithin ein qualitativer Unterschied zwischen Testamentsvollstreckung und Rechtsberatung in Bezug auf letztwillige Verfügungen. Die genannten Unterschiede rechtfertigen es allein, die Entscheidungen des BGH über die Testamentsvollstreckung durch Banken und Steuerberater nicht mit der vorliegenden Problematik, nämlich Beratung bei Testamentserrichtung, gleichzusetzen oder die Beratung gar als Annex zur Testamentsvollstreckung anzusehen.

3. Hinweise zur Form eines Testaments zulässig

Das LG übersieht dabei auch nicht, dass es Banken nicht gänzlich verboten sein kann, allgemeine Ratschläge in Bezug auf die Errichtung letztwilliger Verfügungen zu geben. Dabei darf es sich aber lediglich um Hinweise bezüglich der Form eines zu errichtenden Testaments, nicht aber über dessen Inhalt handeln.

⁶ BGH, DNotZ 2005, 544; MittBayNot 2005, 416.

⁷ Die Pflichten des Notars ergeben sich aus der BNotO, während den Anwalt vertragliche Pflichten treffen, s. *Groll/Steiner*, Praxis-handbuch Erbrechtsberatung, 2. Aufl. 2005, A. Rdnr. 58 ff.

⁸ BGH, DNotZ 2005, 544; MittBayNot 2005, 416.

⁹ *Staudinger/Baumann*, BGB, 2003, § 2232 Rdnr. 14, § 2233 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Hagena*, 4. Aufl., § 2232 Rdnr. 1, § 2233 Rdnr. 1.

¹⁰ *Staudinger/Baumann*, BGB, § 2232 Rdnr. 20.

4. Keine Satzungserrichtung durch Banken bei Stiftungen von Todes wegen

Problematisch erscheint jedoch die Aussage des LG, Banken dürften keine Satzungen für Stiftungen erstellen, die im Zusammenhang mit letztwilligen Verfügungen errichtet werden sollen. Schließlich wird mit der Stiftungerrichtung oftmals auch ein wirtschaftlicher Vorteil verbunden, was nicht selten eines der Motive des Stifters ist. Dennoch kann nichts anderes gelten, wenn die Stiftung von Todes wegen errichtet wird, da es auch hier vornehmlich um die Zuordnung des Vermögens des Erblassers nach dessen Tod geht. Und auch hier werden dem Berater keine wirtschaftlichen Rechte und Pflichten i. S. d. §§ 2003 ff. BGB zuteil, die es rechtfertigen, einen Vergleich mit der Testamentsvollstreckung durch Banken zu ziehen oder die Beratung als bloße Vorbereitungshandlung zur erlaubnisfreien Testamentsvollstreckung aufzufassen.

5. Wirtschaftliche Interessen

Ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden darf, dass Banken üblicherweise nicht altruistisch, sondern zu ihrem eigenen Vorteil handeln. Banken verdienen daran, dass das im Zuge der Testamentsvollstreckung zu verwaltende Vermögen bei ihnen verbleibt, was sie wiederum in Interessenskonflikt mit den Erben bringen kann. Dies ist zum einen ein Argument gegen die Zulässigkeit von Banken als Testamentsvollstrecker, aber auch gegen Banken als Berater in Testamentsangelegenheiten. Denn die Bank wird dem Erblasser wohl zwangsläufig nahe legen, die beratende Bank auch als Testamentsvollstrecker einzusetzen, mit dem Argument, man kenne sich ja bestens mit den Vermögensverhältnissen aus, wisse aufgrund der Beratung um den wahren Willen des Erblassers und könne ihn somit auch am ehesten in die Tat umsetzen. Auch ist hierbei zu beachten, dass Erblasser und die potentiellen Erben Kunden ein und derselben Bank sein können, was ebenfalls Konfliktstoff in sich trägt. Diese Gefahren sind bei Beratung und Testamentsvollstreckung durch einen Anwalt oder Notar nicht zu erwarten.

Es bleibt zu hoffen, dass sich der BGH in zukünftigen Entscheidungen der Ansicht des LG Freiburg anschließt. Denn was, wenn nicht die Beratung in Bezug auf letztwillige Verfügungen, sollte dann Rechtsberatung i. S. d. Art. 1 § 1 RBERG sein?

Professor Dr. *Karlheinz Muscheler*, Bochum

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. BGB § 138 Abs. 1 (*Hinauskündigungsklausel im sog. „Managermodell“*)

- a) **In den Personengesellschaften und der GmbH sind Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen („Hinauskündigungsklauseln“), grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Das Gleiche gilt für eine neben dem Gesellschaftsvertrag getroffene schuldrechtliche Vereinbarung, die zu demselben Ergebnis führen soll.**

- b) **Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine an keine Voraussetzungen geknüpfte Hinauskündigungsklausel ist vielmehr wirksam, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Das ist dann der Fall, wenn einem Geschäftsführer im Hinblick auf seine Geschäftsführerstellung eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wird, für die er nur ein Entgelt in Höhe des Nennwerts zu zahlen hat und die er bei Beendigung seines Geschäftsführeramtes gegen eine der Höhe nach begrenzte Abfindung zurückzuübertragen hat (sog. Managermodell).**

BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04

Die beklagte GmbH betreibt eine Vielzahl von „M.-Märkten“ und „S.-Märkten“, die jeweils in der Rechtsform einer GmbH organisiert sind. Für das operative Geschäft ist ein „Vor-Ort-Geschäftsführer“ zuständig. Die administrativen Aufgaben werden von einem zweiten Geschäftsführer mit Sitz in der Holding erledigt. Entsprechend ihrem einheitlichen Unternehmenskonzept – es zielt darauf ab, die Motivation des Geschäftsführers, der sich als Unternehmer „seines“ Marktes fühlen soll, zu steigern – beteiligt die Beklagte den jeweiligen Vor-Ort-Geschäftsführer mit einem Geschäftsanteil von bis zu 10 % an der von ihm geleiteten GmbH. Das restliche Stammkapital hält die Beklagte. Der Geschäftsführer hat für den Erwerb seines Anteils in der Regel nur den Nominalwert zu zahlen und ist am Gewinn, nicht aber am Verlust der Gesellschaft beteiligt. Zugleich vereinbart die Beklagte mit dem Geschäftsführer, dass seine Gesellschafterstellung enden soll, wenn er als Geschäftsführer abberufen und/oder sein Geschäftsführeranstellungsvertrag beendet wird. Dazu gibt der Geschäftsführer bei dem Erwerb des Geschäftsanteils ein Angebot zum Rückkauf und zur Rückübertragung des Geschäftsanteils im Falle der Abberufung und/oder der Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages ab, welches die Beklagte nach dem Bedingungseintritt nur binnen zwei Monaten annehmen kann. Als Kaufpreis für den Rückkauf ist ein Betrag vereinbart, der sich nach dem Einheitswert des Betriebsvermögens und einem dreijährigen Durchschnittsertrag richtet, jedoch das Zehnfache des Nominalwerts nicht übersteigen darf. Im Übrigen ist in dem Gesellschaftsvertrag der jeweiligen Gesellschaft bestimmt, dass eine Übertragung von Geschäftsanteilen nur mit Zustimmung der Gesellschaft zulässig ist. Der Kläger war Geschäftsführer der „M.-Markt GmbH E.“ (im Folgenden: M.-Markt GmbH E.), deren Stammkapital 200.000 DM betrug. Mit Vertrag vom 30.12.1997 wurde er entsprechend dem geschilderten Unternehmenskonzept Mitgesellschafter. Dazu erwarb er von der Beklagten einen Geschäftsanteil in Höhe von nominal 20.000 DM, für den er den gleichen Betrag zahlte und der später – gegen finanziellen Ausgleich – auf 19.900 DM verringert wurde. Ebenfalls am 30.12.1997 ließ der Kläger ein Kauf- und Abtretungsangebot der oben beschriebenen Art notariell beurkunden. Am 28.5.2001 wurde der Kläger mit den Stimmen der Beklagten als Geschäftsführer abberufen und sein Anstellungsvertrag gekündigt. Mit Erklärung vom 1.6.2001 nahm die Beklagte das Kauf- und Abtretungsangebot des Klägers vom 30.12.1997 an. Als Abfindung zahlte sie dem Kläger 199.000 DM.

Der Kläger hält den Kauf- und Abtretungsvertrag für nichtig. Er will dies festgestellt wissen und hat – auf Anregung des Berufungsgerichts – im zweiten Rechtszug hilfsweise beantragt, festzustellen, dass er weder durch die Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages noch durch den Kauf- und Abtretungsvertrag seine Gesellschafterstellung an der M.-Markt GmbH E. verloren hat. Das Berufungsgericht hat die Klage im Hauptantrag als unzulässig und im Hilfsantrag als unbegründet abgewiesen. Dagegen richtet sich die in dem angefochtenen Urteil zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

Die Revision hat im Ergebnis keinen Erfolg. (...)

II.

Diese Ausführungen begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken; das von dem Berufungsgericht gefundene Ergebnis erweist sich nur mit anderer Begründung als richtig.

A. Vertretbar – und von der Revision nicht angegriffen – ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Hauptklagean-

trag mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig ist. Auch wenn festgestellt würde, dass der durch das Angebot des Klägers vom 30.12.1997 und die Annahme der Beklagten vom 1.6.2001 zustande gekommene Kauf- und Abtretungsvertrag unwirksam ist, steht damit nicht zwingend fest, dass der Kläger Gesellschafter der M.-Markt GmbH E. ist.

B. Der Hilfsantrag ist unbegründet. Das folgt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber nicht aus § 139 BGB. Vielmehr hat der Kläger seine Gesellschafterstellung aufgrund seines am 1.6.2001 von der Beklagten angenommenen Kauf- und Abtretungsangebots verloren. Der damit zustande gekommene Vertrag ist wirksam.

1. Allerdings sind nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Senats in den Personengesellschaften und der GmbH gesellschaftsvertragliche Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen („Hinauskündigungsklauseln“), grundsätzlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig (BGHZ 81, 263; 105, 213 = DNotZ 1989, 512; 112, 103 = DNotZ 1991, 917; DNotZ 2004, 865; DNotZ 2005, 792). Das Gleiche gilt für eine – wie hier – neben dem Gesellschaftsvertrag getroffene schuldrechtliche Vereinbarung, die zu demselben Ergebnis führen soll (BGHZ 112, 103 = DNotZ 1991, 917). Der davon betroffene Gesellschafter ist schutzwürdig. Die freie Ausschließungsmöglichkeit kann von ihm als Disziplinierungsmittel empfunden werden, das ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedspflicht zu erfüllen („Damoklesschwert“). Dieser Grundsatz gilt aber – wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat – nicht ausnahmslos. Eine an keine Voraussetzungen geknüpfte Hinauskündigungsklausel oder eine vergleichbare schuldrechtliche Regelung ist wirksam, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. So hat der Senat freie Ausschließungsrechte als wirksam angesehen, wenn der ausschließungsberechtigte Gesellschafter mit Rücksicht auf die enge persönliche Beziehung zu seiner Mitgesellschafterin die volle Finanzierung der Gesellschaft übernimmt und der Partnerin eine Mehrheitsbeteiligung und die Geschäftsführung einräumt (BGHZ 112, 103 = DNotZ 1991, 917), wenn eine Praxisgemeinschaft von Ärzten einen neuen Gesellschafter aufnimmt und sich dabei eine zeitlich begrenzte Prüfungsmöglichkeit vorbehalten will (DNotZ 2004, 865) oder wenn die Gesellschaftsbeteiligung nur als Annex zu einem Kooperationsvertrag der Gesellschafter anzusehen ist und sichergestellt werden soll, dass der Gesellschaft nur die Partner des Kooperationsvertrages angehören (DNotZ 2005, 792). Keine Bedenken hatte der Senat auch gegen eine Satzungsklausel, nach der in einer GmbH, in der alle Gesellschafter persönlich mitarbeiten, ein Geschäftsanteil eingezogen werden kann, wenn der betreffende Gesellschafter nicht mehr in dem Gesellschaftsunternehmen tätig ist (DNotZ 1983, 768; im Ergebnis ebenso der Prozesskostenhilfe-Beschluss des Senats v. 7.10.1996, II ZR 238/95, bei *Goette*, DStR 1997, 336). Auch die Rückkauf- und -abtretungsvereinbarung der Parteien stellt einen derartigen Ausnahmefall dar. Die Möglichkeit, die Gesellschafterstellung des Geschäftsführers zu beenden, ist nicht an einen sachlichen Grund gebunden, sondern unterliegt dem freien Ermessen der Beklagten. Sie kann mit ihrer Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer nach § 38 Abs. 1 GmbHG ohne Grund abberufen und damit die Bedingung für die Rückübertragung seines Geschäftsanteils herbeiführen. Diese Koppelung des freien Widerrufs der Geschäftsführer-

bestellung und der Beendigung der Gesellschafterstellung ist aufgrund der besonderen Umstände des Falles sachlich gerechtfertigt. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des jeweiligen Geschäftsführers hat nach dem Unternehmenskonzept der Beklagten die Funktion, den Geschäftsführer stärker an das Unternehmen zu binden, seine Motivation zu steigern und seine Stellung als „geschäftsführender Gesellschafter“ innerhalb des Betriebs und nach außen aufzuwerten. Dabei steht wirtschaftlich die Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft, der jeweils vollständig ausgeschüttet wird, im Vordergrund. Damit wird dem Geschäftsführer eine – von seinem Geschick bei der Unternehmensführung mitabhängige und diesen Erfolg widerspiegelnde – Einnahmequelle neben seinem Gehalt eingeräumt. So sind an den Kläger in den Jahren 1998 bis 2000 Gewinnanteile i. H. v. durchschnittlich 148.556,89 DM ausgeschüttet worden, das war mehr als sein Gehalt. Demgegenüber sind die Möglichkeiten des Geschäftsführers, in der Gesellschafterversammlung seine Vorstellungen gegen den Willen der Beklagten durchzusetzen, praktisch ausgeschlossen. Alle gesetzlichen und satzungsmäßigen Mehrheiten hat die Beklagte. Dafür ist das finanzielle Risiko des Geschäftsführers gering. Er braucht für den Erwerb des Geschäftsanteils nicht mehr als den Nennwert zu zahlen. Im Ergebnis erlangt der auf diesem Wege an der Vor-Ort-Gesellschaft beteiligte Manager eine treuhänderähnliche Stellung, deren wirtschaftlicher Wert – bei denkbar geringem eigenen Risiko – in dem erheblichen Gewinnausschüttungspotential während der Dauer seiner organschaftlichen und dienstvertraglichen Bindung an die Gesellschaft liegt. Mit deren Beendigung ist es selbstverständlich, dass die weitere Beteiligung ihren rechtfertigenden Sinn – Bindung an das Unternehmen, Motivationssteigerung und Belohnung für erfolgreichen Einsatz – verliert. Nur durch die Rückübertragung wird der Beklagten als Mehrheitsgesellschafterin zudem die Möglichkeit eröffnet, den Nachfolger im Amt des Geschäftsführers in gleicher Weise zu beteiligen und damit das Geschäftsmodell auf Dauer fortzuführen.

Bei dieser Sachlage ist der das Hinauskündigungsverbot tragende Gedanke, den Gesellschafter bei der Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte nicht unter unangemessenen Druck zu setzen, nicht berührt. Im Vordergrund steht vielmehr die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, den Geschäftsführer ohne Grund aus seiner Organstellung abzuberufen. Der dadurch entstehenden Abhängigkeit von der Beklagten als der Mehrheitsgesellschafterin ist er schon nach der gesetzlichen Regelung in § 38 Abs. 1 GmbHG ausgesetzt. Die weitere Folge, dass er dann auch seine Gesellschafterstellung verliert, fällt demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht, weil die – von vornherein auf Zeit eingeräumte – Beteiligung in dem „Managermodell“ nur einen Annex zu der Geschäftsführerstellung darstellt (ebenso *Habersack/Verse*, ZGR 2005, 451; *Kowalski/Bormann*, GmbHR 2004, 1438; *Sosnitza*, DStR 2005, 72; *Bütter/Tonner*, BB 2005, 283; zuvor schon *Schäfer/Hillesheim*, DStR 2003, 2122; *Goette*, DStR 1997, 337; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, § 8 IV 3 c; *Ulmer* in *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 34 Rdnr. 42; *Westermann* in *Scholz*, GmbHG, 9. Aufl., § 34 Rdnr. 16; a. A. *Binz/Sorg*, GmbHR 2005, 893; *Piehler* in FS *Rheinisches Notariat*, 1998, S. 321; zu den steuerrechtlichen Vorteilen *Peetz*, GmbHR 2005, 532). Ob die vereinbarte Abfindung des Geschäftsführers angemessen ist, hat für die Wirksamkeit der Hinauskündigungsregelung keine Bedeutung. Denn auch die Vereinbarung einer unangemessen niedrigen Abfindung ließe das Kündigungsrecht unberührt. An die Stelle der vereinbarten Abfindung träte lediglich eine Abfindung nach dem Verkehrswert (BGHZ 112, 103 = DNotZ 1991, 917; BGH, DNotZ

1983, 768). Abgesehen davon bestehen bei dem von der Beklagten praktizierten Geschäftsmodell aber auch keine Bedenken gegen eine Abfindung, die an dem Ertragswert des Gesellschaftsunternehmens orientiert und auf das Zehnfache des Erwerbspreises beschränkt ist, da sogar ein Rückkaufpreis in Höhe des beim Erwerb durch den Betroffenen selbst aufgetragenen Entgelts bei dieser Form der Beteiligung zulässig ist, wie der Senat in dem heute entschiedenen Parallelfall [DNotZ 2006, 140 = MittBayNot 2006, 347 (nur Leitsatz)] näher ausgeführt hat.

2. Die Vereinbarung des Rückkaufs und der Rückabtretung bei Wegfall der Geschäftsführerstellung verstößt auch nicht gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (BGHZ 116, 359 = DNotZ 1992, 526; 142, 304 = NJW 1999, 3552). Dass von dieser Regelung nur einer der beiden Gesellschafter betroffen ist, beruht auf einem sachlichen, dies rechtfertigenden Grund. Nur der Geschäftsführer kommt als Adressat des von der Beklagten betriebenen „Managermodells“ in Betracht. Die Beklagte als die Kapitalgeberin kann davon sinnvoller Weise nicht betroffen sein. Insoweit eine Gleichbehandlung zu verlangen, wäre sachwidrig.

3. Die Vereinbarung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen §§ 134, 622 Abs. 6 BGB nichtig. Dabei kann offen bleiben, ob die für Arbeitsverhältnisse vorgesehene Regelung des § 622 Abs. 6 BGB auf das Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers entsprechend anwendbar ist (zur analogen Anwendung der Regelungen des § 622 BGB über die Kündigungsfristen BGHZ 79, 291; 91, 217; BGH, NJW 1987, 2073). Denn jedenfalls würde die Verknüpfung der Gesellschafterstellung mit dem Geschäftsführeramts und dem ihm zugrundeliegenden Anstellungsvertrag keine nach § 622 Abs. 6 BGB unzulässige Kündigungsbeschränkung darstellen. Zwar wird dem Geschäftsführer durch diese Verknüpfung die Entscheidung, seinen Anstellungsvertrag zu kündigen, insofern erschwert, als er dann auch seine Gesellschafterstellung aufgeben muss. Das Bundesarbeitsgericht hat aus dem Verbot des § 622 Abs. 6 BGB, für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer eine längere Frist zu vereinbaren als für die Kündigung durch den Arbeitgeber, den allgemeinen Grundsatz hergeleitet, es sei unzulässig, durch vertragliche Absprachen eine ungleiche Kündigungslage zum Nachteil einer der Parteien des Arbeitsverhältnisses, vor allem des Arbeitnehmers, zu schaffen, insbesondere einen einseitigen Vermögensnachteil des Arbeitnehmers für den Fall einer von ihm erklärten Kündigung zu vereinbaren (BAG, DB 1956, 503; 1971, 1068; 1990, 434). Damit soll die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers in Bezug auf die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses geschützt werden. Der Arbeitnehmer soll die Freiheit behalten, unter Beachtung der geltenden Kündigungsfrist und ohne Diskriminierung im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu beenden und sich einer anderen Tätigkeit zuzuwenden. Dieser Grundsatz schließt allerdings eine für den Arbeitnehmer – und ggf. den Geschäftsführer – ungünstige Reflexwirkung seiner Kündigung nicht aus. Entscheidend ist eine Würdigung der Gesamtumstände unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit [Senatsurt. v. heutigen Tage, II ZR 342/03, DNotZ 2006, 140 = MittBayNot 2006, 347 (nur Leitsatz)]; ebenso BAG, MDR 2001, 1301 für die vergleichbare Rechtslage nach § 5 BBiG]. Danach ist die Verknüpfung der Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages mit der Beendigung der Gesellschafterstellung im Rahmen des von der Beklagten praktizierten „Managermodells“ nicht zu beanstanden. Das mit der Gesellschafterstellung verbundene Gewinnbezugsrecht ähnelt einer Tantiemeregelung, deren Wegfall bei Beendigung des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses

selbstverständlich ist. Abgesehen von dem Gewinnbezugsrecht würde eine weitere Beteiligung des ausgeschiedenen Geschäftsführers als Gesellschafter für ihn auch keine schutzwürdigen Vorteile bringen. Aufgrund seines geringen Anteils kann er auf die Geschicke der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung ohnehin kaum Einfluss nehmen. Eine Teilhabe an dem künftigen Wertzuwachs des Gesellschaftsvermögens würde ohne die Geschäftsführerstellung einen unverdienten Vermögensvorteil darstellen.

4. Die Rückkauf- und -abtretungsvereinbarung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das – darauf noch anwendbare – Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Dabei kann offen bleiben, ob die Anwendbarkeit dieses Gesetzes schon durch § 23 Abs. 1 AGBG (jetzt § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) ausgeschlossen ist. Danach findet das Gesetz keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Selbst wenn man wegen des schuldrechtlichen Charakters des Anteilskaufs und des Anteilsrückkaufs die Voraussetzungen dieser Bereichsausnahme nicht als erfüllt ansehen wollte, ändert das im Ergebnis nichts. Die Voraussetzungen der allein in Betracht kommenden § 10 Nr. 1 und 3 sowie § 9 AGBG (jetzt § 308 Nr. 1 und 3 und § 307 BGB) sind nämlich nicht erfüllt. Nach § 10 Nr. 1 AGBG ist eine Bestimmung unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots vorbehält. Das ist hier nicht der Fall. Die Frist, binnen derer die Beklagte das Rückübertragungsangebot des Geschäftsführers annehmen kann, ist auf zwei Monate ab dem Ende der Geschäftsführerstellung und/oder des Anstellungsvertrages bemessen. Das ist ein angemessener und hinreichend bestimmter Zeitraum. Dass der Zeitpunkt des Bedingungseintritts ungewiss ist, spielt demgegenüber keine Rolle. Nach § 10 Nr. 3 AGBG ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen, unwirksam. Auch diese Vorschrift greift hier nicht ein. Durch den Anteilsrückkauf löst sich die Beklagte nicht von einer Leistungspflicht, sondern begründet neue Leistungspflichten. Allenfalls bezogen auf den Gesellschaftsvertrag kann von einer Lösung aus einer Leistungspflicht gesprochen werden. Das ist aber unerheblich, weil § 10 Nr. 3 AGBG schon nach seinem Wortlaut auf Dauerschuldverhältnisse wie das Gesellschaftsverhältnis nicht anwendbar ist. Die Rückübertragungsvereinbarung ist auch nicht wegen einer den Geboten von Treu und Glauben widersprechenden unangemessenen Benachteiligung i. S. des § 9 AGBG unwirksam. Das ergibt sich aus dem oben zu § 138 BGB Gesagten.

5. Schließlich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte den Kläger als Geschäftsführer in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise abberufen hat, so dass der Eintritt der Bedingung gemäß § 162 Abs. 2 BGB als nicht erfolgt gelten würde. Das könnte nur in Betracht kommen, wenn es der Beklagten nicht darum gegangen wäre, sich von dem Kläger als Geschäftsführer zu lösen, sondern wenn sie ausschließlich das Ziel verfolgt hätte, ihn aus der Geschäftsführerstellung zu drängen. Das wird von dem Kläger selbst nicht geltend gemacht.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Sikora*, MittBayNot 2006, 292 (in diesem Heft).

14. BGB §§ 138 Abs. 1, 622 Abs. 6 (*Hinauskündigungsklausel im sog. „Mitarbeitermodell“*)

- a) **In den Personengesellschaften und der GmbH sind Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen („Hinauskündigungsklauseln“), grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.**
- b) **Dieser Grundsatz steht einem sog. Mitarbeitermodell nicht entgegen, bei dem einem verdienten Mitarbeiter des Gesellschaftsunternehmens – unentgeltlich oder gegen Zahlung eines Betrages in Höhe nur des Nennwerts – eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wird, die er bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen zurückzuübertragen hat.**
- c) **Diese Regelung ist keine unzulässige Kündigungser schwerung im Sinne der zu § 622 Abs. 6 BGB entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze.**
- d) **Auch die Beschränkung der dem Mitarbeiter bei der Rückübertragung des Gesellschaftsanteils zu zahlenden Abfindung auf den Betrag, den er für den Erwerb des Anteils gezahlt hat, und damit sein Ausschluss von etwaigen zwischenzeitlichen Wertsteigerungen ist grundsätzlich zulässig.**

BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in DNotZ 2006, 140. Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Sikora*, MittBayNot 2006, 292 (in diesem Heft).

15. SGB VI § 2 Satz 1 Nr. 9 (*Rentenversicherungspflicht selbständiger GmbH-Geschäftsführer*)

GmbH-Geschäftsführer sind als selbständig Erwerbstätige rentenversicherungspflichtig, wenn sie selbst keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und im Wesentlichen nur für die GmbH tätig sind.

BSG, Urteil vom 24.11.2005, B 12 RA 1/04 R

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in GmbHR 2006, 367.

Anmerkung:

In die gesetzliche Rentenversicherung sind – anders als bei der Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung – von jeher bestimmte Gruppen von Selbständigen einbezogen. Das Bundessozialgericht hat nunmehr entschieden, dass der Geschäftsführer und Alleingesellschafter einer GmbH als sogenannter „arbeitnehmerähnlicher Selbständiger“ i. S. v. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert ist.

1. Grundsatz: Versicherungspflicht von abhängig Beschäftigten

Grundsätzlich unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, der Versicherungspflicht in vier Zweigen der Sozialversicherung: der Arbeitslosenversicherung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III – Arbeitsförderung), der Krankenver-

sicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung), der Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI – Soziale Pflegeversicherung) und der Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI – Gesetzliche Rentenversicherung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung). Danach ist Beschäftigung die nicht-selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

2. Der GmbH-Geschäftsführer als abhängig Beschäftigter i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Indizien für eine Abhängigkeit sind die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers und ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit. Eine selbständige Tätigkeit ist demgegenüber durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Nach diesen Kriterien gelten Geschäftsführer einer GmbH – ungeachtet der Verneinung der arbeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft – sozialversicherungsrechtlich grundsätzlich als abhängig beschäftigt und sind daher in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig. Dies gilt insbesondere für Fremdgeschäftsführer.¹

Eine abhängige Beschäftigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer wegen seiner gleichzeitigen Stellung als Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft hat, so dass er ungewollte Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann. Dies ist dem Gesellschafter-Geschäftsführer möglich, der mindestens über die Hälfte der Geschäftsanteile der GmbH verfügt (Kapitalmehrheit) oder – wenn der Gesellschaftsvertrag die erforderliche Beschlussmehrheit abweichend von § 47 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG regelt – im Besitz einer Sperrminorität ist.²

In diesem Zusammenhang hat sich das Bundessozialgericht mit einer Vielzahl von besonderen Fallkonstellationen beschäftigt. Unerheblich ist es beispielsweise nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer von seinen Rechten tatsächlich Gebrauch macht oder die wesentlichen Entscheidungen anderen überlässt.³ Andererseits kann der Gesellschafter-Geschäftsführer auch bei fehlender Kapitalmehrheit und Sperrminorität eine die Beschäftigteneigenschaft ausschließende beherrschende Stellung in der Gesellschaft einnehmen, wenn er allein über die erforderlichen Branchenkenntnisse und besondere Erfahrungen verfügt⁴ oder in einer Familiengesellschaft die anderen Gesellschafter ihr Direktionsrecht aufgrund der familiären Verbundenheit gegenüber dem Geschäftsführer nicht ausüben.⁵ Bei nur treuhänderisch gehaltener Mehrheitsbeteiligung hat das Bundessozialgericht die Beschäftigteneigenschaft bejaht, wenn die Rechtsmacht des Gesellschafter-

Geschäftsführers durch das Treuhandverhältnis erheblich eingeschränkt ist, zum Beispiel aufgrund einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht auf den – wirtschaftlich maßgeblichen – Treugeber.⁶

Gegenstand dieser sozialgerichtlichen Entscheidungen war dabei immer die Einordnung des GmbH-Geschäftsführers als Selbständiger oder abhängig Beschäftigter i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV, die in erster Linie über die Versicherungspflicht in sämtlichen Zweigen der Sozialversicherung entscheidet.

3. Sonderregelung: Versicherungspflicht der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI

Die gesetzliche Rentenversicherung erfasst im Gegensatz zur Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung neben abhängig Beschäftigten (§ 1 SGB VI) auch selbständig Tätige (§ 2 SGB VI). So sind u. a. selbständig tätige Lehrer und Erzieher, Pflegepersonen, Hebammen, Künstler und Publizisten, Hausgewerbetreibende und Handwerker in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert (vgl. § 2 Satz 1 Nr. 1 bis 8 SGB VI).

Mit Wirkung zum 1.1.1999 wurde im Zuge des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte die Pflichtversicherung der sogenannten „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ eingeführt, die sich gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI durch zwei Kriterien definieren: die Nichtbeschäftigung eigener Arbeitnehmer und die Tätigkeit für nur einen Auftraggeber.⁷ Der Gesetzgeber hielt diese Personengruppe für ebenso schutzbedürftig wie die bereits über § 2 Satz 1 Nr. 1 bis 8 SGB VI erfassten Selbständigen.⁸

Die Gruppe der gesetzlich definierten „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ ist nicht zu verwechseln mit den sogenannten „Scheinselbständigen“. Scheinselbständige gelten aufgrund ihrer nach Weisungen ausgeübten Tätigkeit und ihrer Einbindung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers als abhängig Beschäftigte, die als solche in allen vier Zweigen der Sozialversicherungspflicht unterworfen sind.

4. Der GmbH-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger i. S. v. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI

a) Die Entscheidung des Bundessozialgerichts

In seinem nun vorliegenden Urteil hat das Bundessozialgericht erstmals darüber entschieden, ob der GmbH-Geschäftsführer und Alleingesellschafter dem Kreis der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ zuzuordnen ist.

⁶ BSG, Urteil vom 8.12.1994, 11 RAr 49/94.

⁷ § 2 Nr. 9 SGB VI in der ab 1.1.1999 durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte in der Pflichtversicherung (BGBl. 1998, 3843) eingeführten und durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit (BGBl. 2000, 2) überarbeiteten Fassung lautet:

„Versicherungspflichtig sind selbständig tätige (..)

Nr. 9 Personen, die

a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 630 DM im Monat übersteigt und

b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.“

Spätere Gesetzesänderungen betrafen nur mehr die Verdienstgrenze in Buchst. a). Sie liegt derzeit bei 400 €.

⁸ BT-Drucks. 14/45.

¹ BSG, Urteile vom 22.8.1973, 12 RK 24/72; 18.12.2001, 12 KR 10/01. Alle Entscheidungen des Bundessozialgerichts können auf der Website des Gerichts unter www.bundessozialgericht.de abgerufen werden.

² BSG, Urteile vom 5.2.1998, B 11 AL 71/57; 18.4.1991, 7 RAr 32/90.

³ BSG, Urteil vom 8.8.1990, 11 RAr 77/88.

⁴ BSG, Urteile vom 11.1.1989, 7 RAr 8/87; 23.9.1982, 10 RAr 10/81.

⁵ BSG, Urteil vom 24.6.1982, 12 RK 45/80.

Das Bundessozialgericht stellt zunächst fest, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI in der Person des Alleingeschäftsführers erfüllt sind: er beschäftigt keine Arbeitnehmer und sein einziger Auftraggeber ist die GmbH.

Auf die Frage, welche und wie viele Auftraggeber die GmbH ihrerseits hat, kommt es hingegen nicht an. Die GmbH kann nicht hinwegfingiert werden, die eigenständige Existenz der Gesellschaft muss respektiert werden. Das Bundessozialgericht zieht in den Entscheidungsgründen sowohl Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, die die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der juristischen Personen garantieren, als auch die einfachgesetzliche Regelung des § 13 Abs. 1 GmbHG heran. Es beschäftigt sich ausführlich mit einer möglichen Durchbrechung des Trennungsprinzips in Parallele zur sogenannten Durchgriffshaftung; verneint eine solche jedoch aus zwei Gründen: zum einen sei keine den Fällen der Durchgriffshaftung (Vermögensvermischung, materielle Unterkapitalisierung) vergleichbare Problemlage gegeben, noch gehe es vorliegend um den bei Durchgriffsfällen typischerweise bezweckten Schutz außen stehender Dritter.

Über die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI hinaus, bedarf es nach Ansicht des Bundessozialgerichts keiner weiteren Prüfung der „Arbeitnehmerähnlichkeit“ oder der konkreten Schutzbedürftigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers. Der Gesetzgeber habe die Gruppe der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ durch die Tatbestandsvoraussetzungen der fehlenden Beschäftigung von Arbeitnehmern und der Tätigkeit für nur einen Auftraggeber abschließend definiert. Aufgrund der generellen Schutzbedürftigkeit, von der bei Vorliegen dieser Merkmale auszugehen ist, werde dieser Personenkreis gerade typisierend in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen.

Das Bundessozialgericht schließt seine Ausführungen mit Überlegungen zu einer verfassungsrechtlich gebotenen Reduktion des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit der für Vorstandsmitglieder geltenden Versicherungsfreiheit gemäß § 1 Satz 4 SGB VI. Danach sind Vorstände einer Aktiengesellschaft in dem Unternehmen, dessen Vorstand sie angehören, nicht versicherungspflichtig. Auf GmbH-Geschäftsführer sind die Erwägungen, auf denen diese eng auszulegende Ausnahmenvorschrift für abhängig Beschäftigte beruht, nämlich dass Vorstandsmitglieder trotz abhängiger Beschäftigung wegen ihrer herausragenden und starken wirtschaftlichen Stellung generell nicht des Schutzes der gesetzlichen Rentenversicherung bedürfen, jedoch nach Ansicht des Bundessozialgerichts nicht übertragbar.

b) Kritik an der Entscheidung des Bundessozialgerichts

Folgt man der am Wortlaut orientierten Auslegung des Bundessozialgerichts, so ist die GmbH der allein in Betracht kommende Auftraggeber des Geschäftsführers, weil die Ergebnisse seiner selbständigen Tätigkeit dauerhaft und allein der GmbH zugute kommen. Dieses Ergebnis entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Regelung des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI. Es wird den Besonderheiten der rechtlichen Beziehung zwischen GmbH-Geschäftsführer und Gesellschaft nicht gerecht. Bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI ist eine teleologische Reduktion angebracht, ohne dass damit die GmbH hinwegfingiert werden soll. Vielmehr geht es darum, ebenso wie die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft die Besonderheiten der organschaftlichen Beziehungen zu akzeptieren.

Neben der Anerkennung der eigenständigen Existenz der Gesellschaft ist es eine ebensolche Selbstverständlichkeit, dass

die Gesellschaft als juristische Person selbst nicht handlungsfähig ist, sondern ihrer Organe bedarf, um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können.⁹ Bei dem Tätigwerden des Geschäftsführers handelt es sich insofern nicht um ein Tätigwerden für einen Auftraggeber, sondern um ein Tätigwerden der GmbH – durch ihren Geschäftsführer.

Unstreitig kann die GmbH als juristische Person Auftraggeber i. S. d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sein, dann nämlich, wenn sie die von ihr angenommenen Aufträge an gesellschaftsfremde Dritte weitergibt. Ist einer dieser Dritten auf Dauer und im Wesentlichen nur für die GmbH tätig – und beschäftigt selbst keine Arbeitnehmer – fällt er in die Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen. Die GmbH ist jedoch nicht Auftraggeber i. S. d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, wenn sie einen von ihr angenommenen Auftrag selbst erfüllt, was sie naturgemäß nur durch ihren Geschäftsführer als Organ tun kann. Die GmbH kann Aufträge ihrer Kunden nur mittels ihrer Organe als Willens- und Handlungsträger entgegennehmen und sie kann diese nur mittels ihrer Organe ausführen. Als Handlungsorgan ist der Geschäftsführer als unentbehrlicher Teil der Verbandsorganisation tätig.

Zwar erschöpfen sich die Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und GmbH nicht im bloßen Organverhältnis. Daneben regelt der Anstellungsvertrag die persönlichen Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft. Gegenstand des Anstellungsvertrages ist auch die Verpflichtung, die Organstellung zu übernehmen. Die tatsächliche Ausübung der Geschäftsführertätigkeit ist dann Ausfluss der – aufgrund des Anstellungsvertrages übernommenen – Organstellung. Die Übernahme der Geschäftsführung und die Ausführung der von der GmbH übernommenen Aufträge bedeuten Wahrnehmung der organschaftlichen Befugnisse und Erfüllung der organschaftlichen Verpflichtungen. Die Tätigkeit des Geschäftsführers für die Gesellschaft kann aufgrund dieser körperschaftlichen Beziehungen nicht Tätigkeit für einen Auftraggeber i. S. d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sein. Diese Auffassung setzt sich nicht über die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft hinweg, sondern sie berücksichtigt die gesellschaftsspezifische Beziehung zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

5. Die Bedeutung des Urteils des Bundessozialgerichts

a) Keine Auswirkung auf andere Zweige der Sozialversicherung

Nachdem es sich bei der Gruppe der „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ um eine Besonderheit der Rentenversicherung handelt, lässt das Urteil des Bundessozialgerichts die Frage der Versicherungspflicht von (Gesellschafter-)Geschäftsführern in den anderen Zweigen der Sozialversicherung unberührt. Hierüber ist weiterhin nach den bekannten Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit zu unterscheiden (siehe oben bei 2.).

b) Auswirkung auf die Rentenversicherungspflicht

Die Rentenversicherungsträger haben bisher – entgegen der nun zu Tage getretenen Auffassung des Bundessozialgerichts – auf die Außenverhältnisse der GmbH abgestellt¹⁰ und für GmbH-Geschäftsführer daher keine Pflichtbeiträge aufgrund der Regelung des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erhoben, wenn die

⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 I 1.

¹⁰ Broschüre zur Rentenversicherungspflicht der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, herausgegeben vom Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR), 3. Aufl. 2000, S. 15.

GmbH auf Dauer für mehr als einen Auftraggeber tätig war und/oder andere versicherungspflichtige Arbeitnehmer beschäftigt hat. Die Deutsche Rentenversicherung hat in einer Stellungnahme vom 4.4.2006 mitgeteilt, dem Urteil des Bundessozialgerichts über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht zu folgen und die bisherige Praxis fortzusetzen. Diese Entscheidung wird vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales ausdrücklich begrüßt.

Die bisherige Verwaltungspraxis wird womöglich durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung abgesichert werden. Die FDP-Fraktion hat am 15.3.2006 einen Gesetzesantrag in den Bundestag eingebracht, der klarstellt, dass bei der Auslegung des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI auf das Außenverhältnis der GmbH gegenüber Dritten abzustellen ist. Zur Vermeidung von möglichen weiteren Unklarheiten wäre eine derartige gesetzliche Klarstellung wünschenswert.¹¹

Sollte es nicht zu einer solchen Regelung kommen und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts entgegen der Verlautbarung der Deutschen Rentenversicherung in der Praxis umgesetzt werden, wäre aufgrund der Verjährungsregelung für Ansprüche auf Beiträge zur Sozialversicherung (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV) die Einforderung der nicht gezahlten Beiträge für die zurückliegenden vier Jahre möglich.

Vor diesem Hintergrund ist auch der Ruf nach einer Übergangsregelung laut geworden. Eine Übergangsregelung hatte der Gesetzgeber bereits im Jahr 1999 mit § 231 Abs. 5 SGB VI geschaffen und damit auf die Kritik nach Einführung der Versicherungspflicht für „arbeitnehmerähnliche Selbständige“ gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI reagiert. Danach werden selbständig tätige Personen, die erst aufgrund der Neuregelung des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig wurden, von der Versicherungspflicht befreit, wenn sie eine mit der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbare private Altersvorsorge nachweisen können. Die Fristen für die Übergangsregelung (ein Jahr nach Eintritt der Versicherungspflicht; nicht vor dem 30.6.2000) sind zum jetzigen Zeitpunkt allerdings in der Regel abgelaufen, so dass der Gesetzgeber erneut tätig werden müsste.

Solange eine anderweitige gesetzliche Regelung fehlt, ist in der Beratungspraxis für Existenzgründer vor allem die Möglichkeit der Befreiung von der Rentenversicherungspflicht gemäß § 6 Abs. 1 a Nr. 1 SGB VI relevant. Diese Vorschrift ermöglicht es Personen, die nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig sind, sich für einen Zeitraum von drei Jahren nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit, die die Merkmale des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfüllt, von der Versicherungspflicht befreien zu lassen. Der Gesetzgeber hat damit berücksichtigt, dass Existenzgründer, die in der Anfangsphase keine Mitarbeiter beschäftigen und im Wesentlichen nur für einen Auftragnehmer tätig sind, im Laufe der Zeit – sei es durch die Einstellung von Mitarbeitern oder die Ausweitung des Kreises der Auftraggeber – aus der Versicherungspflicht herauswachsen. Für den Unternehmer, der sich bei dem Start in die Selbständigkeit für die Gründung einer GmbH entscheidet, ist ein solches Herauswachsen jedoch nicht möglich. Als Geschäftsführer wird er auf Dauer und im Wesentlichen nur für die GmbH tätig sein und selbst in der Regel zu keinem Zeitpunkt Mitarbeiter beschäftigen. Auf die Verhältnisse der GmbH kommt es – zumindest nach Ansicht des Bundessozialgerichts – nicht mehr an.

Notarassessorin *Marion Ampenberger*, München

¹¹ Im Haushaltsbegleitgesetz 2006 wurde eine solche Klarstellung vorgenommen. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI erhält einen neuen Halbsatz angefügt: „... bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft.“

Beurkundungs- und Notarrecht

16. BeurkG § 52 (*Prüfungsumfang des Notars bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung*)

Der Notar kann die Ablehnung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht darauf stützen, dass er berechtigte Zweifel am Fortbestehen des Kaufpreisanpruches hat.

OLG München, Beschluss vom 27.9.2005, 32 Wx 103/05

Aus den Gründen:

Der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin verkaufte zu notarieller Urkunde ein Grundstück. Der Restkaufpreis in Höhe von 45.000 DM sollte in monatlichen Raten von je 350 DM zwischen 1957 und 1967 von der Käuferin an den Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin bezahlt werden. Wegen dieser Forderung unterwarf sich die damalige Käuferin in der notariellen Urkunde der Zwangsvollstreckung über ihr Vermögen. Seither wurde eine vollstreckbare Ausfertigung nicht erteilt. Auf beiden Seiten fanden mittlerweile mehrere Erbgänge statt. Die Beschwerdeführerin ist nunmehr Mitberechtigte auf Eigentümerseite; sie erfuhr erstmals 2002 von dem Vorgang und beantragte am 29.8.2004 unter Hinweis auf den „fehlenden Nachweis der Bezahlung“ die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.

Der Rechtsnachfolger des Urkundsnotars wies diesen Antrag am 20.9.2004 zurück. Hiergegen legte die Beschwerdeführerin Beschwerde ein. Sie wurde vom Landgericht Kempten mit Beschluss vom 14.1.2005 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer durch Anwaltschriftsatz eingereichten weiteren Beschwerde.

II.

Die weitere Beschwerde ist nach § 54 Abs. 2 BeurkG i. V. m. § 27 FGG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie hat in der Sache Erfolg:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Grundsätzlich sei eine vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 52 BeurkG zu erteilen, wobei dem Notar die inhaltliche Prüfung des Titels nicht obliege. Eine Grenze für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen werde jedoch aus dem allgemeinen Redlichkeitsgebot des Notars gezogen. Der Notar sei unter Umständen berechtigt, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung abzulehnen. Es liege hier eine rechtsmissbräuchliche Antragstellung vor, weil die Bestellung der Hypothek beinahe 50 Jahre zurückliege. Sämtliche Zahlungen nach dem Kaufvertrag seien bis September 1967 zu leisten gewesen; der Käufer sei 1968 verstorben. Da früher keine vollstreckbaren Ausfertigungen beantragt wurden, sei davon auszugehen, dass die Zahlungen geleistet wurden. Schließlich habe die Beschwerdeführerin selbst nicht einmal substantiiert behauptet, dass der Kaufpreis nicht ordnungsgemäß bezahlt worden sei.

2. Diese Ausführungen des Landgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Für die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde ist eine mit einer Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Urkunde notwendig. Sie wird vom Notar nach § 52 BeurkG erteilt. In die Zuständigkeit des Notars fällt auch die Umschreibung der Urkunde auf den Rechtsnachfolger. Die Umschreibung ist vorzunehmen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegeben sind und die behauptete Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Dies steht hier nicht in Frage.

Der Notar hat immer nur die formelle Berechtigung des Antragstellers zu prüfen (BayObLG, DNotZ 1977, 77). Auch das Beschwerdegericht hat keinen weiteren Prüfungsumfang, darf also nicht Umstände berücksichtigen, die der Notar seinerseits bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht berücksichtigen könnte (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 47.15). Zu einer sachlich-rechtlichen Prüfung – insbesondere über die Frage, ob der materiell-rechtliche Anspruch noch besteht – ist der Notar nicht berechtigt (Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 55 m. w. N.; ebenso Winkler, BeurkG, 14. Aufl., § 52 Rdnr. 17). Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass der Notar offensichtlichem Unrecht nicht die Hand bieten darf (KG, DNotZ 1951, 274). Er muss also eine vollstreckbare Ausfertigung dann verweigern, wenn er positiv weiß, dass der Anspruch nicht mehr besteht (LG Koblenz, DNotZ 1972, 190). Gleiches gilt, wenn ihm dies durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird (LG Düsseldorf, MittBayNot 1977, 252). In entsprechender Weise muss der Notar sonstige offenkundige materiell-rechtliche Einwendungen berücksichtigen (Huhn/von Schuckmann, § 52 Rdnr. 56). Bloße Zweifel berechtigen allerdings den Notar nicht zur Verweigerung der Klauselerteilung und zwar auch dann nicht, wenn sich der Gläubiger zur Frage der Befriedigung nicht äußert (Huhn/von Schuckmann, § 52 Rdnr. 55).

Unter diesen Umständen durfte der Urkundsnotar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht verweigern. Es ist zwar durchaus zuzugeben, dass der Notar hier berechtigte Zweifel an dem Fortbestehen des Kaufpreisanspruches haben konnte und musste. Dies allein genügt jedoch nicht, da die Prüfungsbefugnis des Notars sich auf diese Frage eigentlich gar nicht erstreckt. Der Gesetzgeber hat bewusst die Frage der Erteilung der Vollstreckungsklausel von derjenigen der materiell-rechtlichen Begründetheit des Anspruchs getrennt. Nur in extremen Ausnahmefällen wirkt sich die materiell-rechtliche Situation auf die Klauselerteilung aus. Dies wiederum ist eine Voraussetzung für das Funktionieren des Systems der vollstreckbaren Urkunde im Zwangsvollstreckungsrecht. Es geht nämlich davon aus, dass das Erlöschen des titulierten Anspruchs nur in den sehr engen Grenzen des § 767 ZPO und unter einer Umkehr der Beweislast für das Fortbestehen des Anspruchs geltend gemacht werden kann. Wollte man nun dem Notar bei Erteilung der Klausel das Recht zugestehen, über das Fortbestehen des materiell-rechtlichen Anspruchs mit zu befinden, so würde dies die Sicherheit des Rechtsverkehrs nachhaltig beeinträchtigen.

Kostenrecht

17. KostO §§ 36 Abs. 1, 147 Abs. 2 (Volle Gebühr für Errichtung einer Verweisungsurkunde)

- Die Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO fällt nicht nur bei der Beurkundung einseitiger rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, sondern, vorbehaltlich besonderer Gebührentatbestände, bei der Beurkundung jeglicher einseitiger Erklärungen an.**
- Die Errichtung einer sogenannten Verweisungsurkunde löst eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und nicht nur eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus. Darauf, ob die Erklärungen nur tatsächlichen oder auch rechtsgeschäftlichen Inhalts sind, kommt es nicht an.**

BGH, Beschluss vom 8.12.2005, V ZB 144/05; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Notar errichtete für die Kostenschuldnerin eine Verweisungsurkunde, in welcher die Kostenschuldnerin ihre Absicht bekundete, ein von ihr zu erwerbendes Grundstück in Parzellen aufzuteilen und mit Gebäuden unterschiedlichen Typs zu bebauen. Der Urkunde waren als Anlage zwei Baubeschreibungen für die geplanten beiden Haustypen beigelegt. Hierüber erteilte der Kostenschuldner am gleichen Tag eine Kostenberechnung über 4.451,96 €, in welcher er bei einem Wert von 2,4 Mio. € eine Geschäftsgebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO in Höhe von 3.657 € (netto) ansetzte. Die Kostenschuldnerin hat sich gegen den ihrer Auffassung nach zu hoch angesetzten Geschäftswert sowie den Ansatz einer Geschäftsgebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO gewehrt. Für die Errichtung der Verweisungsurkunde sei nur eine halbe Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO entstanden.

Auf ihre Beschwerde hat das LG die Kostenberechnung gekürzt und die Kosten bei Annahme des von dem Kostengläubiger zugrunde gelegten Geschäftswerts, aber bei Ansatz nur einer halben Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auf insgesamt 2.333,22 € festgesetzt. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Kostenschuldnerin hat das OLG mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Es möchte auch die weitere Beschwerde des Kostengläubigers zurückweisen. Daran sieht es sich durch die Beschlüsse des KG vom 21.10.1986 (DNotZ 1987, 381), des OLG Schleswig vom 26.1.1990 (DNotZ 1990, 679) und des OLG Hamm vom 4.7.1995 (MittBayNot 1995, 410) gehindert. Es hat die Sache deshalb insoweit dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, für die Errichtung einer Verweisungsurkunde entstehe nur eine halbe Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO. Demgegenüber vertreten die anderen genannten OLG die Auffassung, für die Errichtung einer solchen Urkunde entstehe eine volle Gebühr entweder unmittelbar aufgrund von § 36 Abs. 1 KostO oder in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift. Das vorliegende Gericht und die genannten anderen Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, welche Gebühr die Errichtung einer Verweisungsurkunde auslöst. Das rechtfertigt die Vorlage.

2. Ihrer Statthaftigkeit steht auch nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorlegenden Gerichts von Entscheidungen abweicht, die vor dem 1.1.2002 ergangen sind (Senat, MittBayNot 2003, 235).

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2, 4 KostO). Sie hat auch in der Sache Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Bei der Errichtung einer Verweisungsurkunde entsteht entgegen der Annahme des Landgerichts eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und nicht nur eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.

1. Welche Kosten für eine Verweisungsurkunde anfallen, auf die in anderen Urkunden nach § 13 a BeurkG verwiesen werden soll, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Die wohl herrschende Meinung nimmt an, dass die Errichtung einer Verweisungsurkunde eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO auslöst (KG, DNotZ 1987, 381, 382; OLG Schleswig, DNotZ 1990, 679; OLG Hamm, MittBayNot 1995, 410, 411;

LG Hannover, JurBüro 1992, 552; *Assenmacher/Mathias/Mümmeler*, KostO, 15. Aufl., Stichwort Verweisungsurkunde Anm. 2.1; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 36 KostO Rdnr. 9; *Bengel*, Anm. zu BayObLG, DNotZ 1985, 572, 574, 576 ff.). Eine Verweisungsurkunde werde errichtet, um die Beurkundung einzelner Kaufverträge, die einen stereotypen Inhalt haben, zu erleichtern. Inhaltlich stelle sie deshalb eine vorweggenommene und gewissermaßen ausgelagerte Erklärung der künftigen Vertragsparteien dar. Diese stehe den Willenserklärungen der Vertragsparteien jedenfalls so nahe, dass eine entsprechende Anwendung von § 36 Abs. 1 KostO angezeigt sei. Es spiele deshalb auch keine Rolle, ob die Verweisungsurkunde nur technische Erklärungen wie etwa eine Baubeschreibung oder auch rechtsgeschäftliche Erklärungen wie etwa eine noch anzunehmende Verpflichtung, bestimmte begleitende Verträge nur in der einen oder anderen Weise abzuschließen (Beispiel nach *Bengel*, DNotZ 1985, 574, 575), enthielten (so ausdrücklich KG und OLG Hamm, jeweils a. a. O.). Demgegenüber will das BayObLG, dem das vorlegende Gericht folgen möchte, auf die Errichtung einer Verweisungsurkunde jedenfalls dann nicht § 36 Abs. 1 KostO, sondern § 147 Abs. 2 KostO anwenden (DNotZ 1985, 572, 573), wenn sie keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen enthält. § 36 Abs. 1 KostO sei nur auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen anwendbar, die eine Verweisungsurkunde aber nicht notwendig enthalte. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf Verweisungsurkunden scheitere daran, dass der Gesetzgeber die vorausgesetzte Lücke bereits durch die Auffangvorschrift des § 147 Abs. 2 KostO geschlossen habe.

2. Die zu entscheidende Frage hängt maßgeblich davon ab, ob die in § 36 Abs. 1 KostO bestimmte Gebühr nur für einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärungen anfällt oder für jegliche einseitige Erklärungen.

a) Auch diese Frage ist umstritten. Nach einer Ansicht erfasst § 36 Abs. 1 KostO nur einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, nicht andere Erklärungen (BayObLG, DNotZ 1985, 572, 573; *Beushagen/Küntzel/Kersten/Bühling*, KostO, 5. Aufl., § 36 Anm. 1; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 36 Rdnr. 3; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 36 Rdnr. 1). Sie beruft sich hierzu auf die Auslegung von § 29 Abs. 1 RKostO, den § 36 Abs. 1 KostO wörtlich übernimmt. Jene Vorschrift wurde einschränkend in dem Sinne verstanden, dass eine Erklärung grundsätzlich nur eine einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung sein konnte (*Jonas/Melsheimer/Hornig/Stemmler*, RKostO, 4. Aufl., § 29 Anm. 1; *Korintenberg/Wenz*, KostO, 3. Aufl., § 29 Anm. 1). Allerdings wurde auch schon für § 29 Abs. 1 KostO vertreten, dass der bürgerlich-rechtliche Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung „kostenrechtlich zu eng“ sei (KG, DNotZ 1940, 366). Auch heute wird angenommen, dass eine einseitige Erklärung im Sinne von § 36 Abs. 1 KostO etwa auch bei Betreuungs- und Patientenverfügungen vorliegt, die nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Charakter haben (*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 36 KostO Rdnr. 7 a). Daran anknüpfend ist nach der Gegenmeinung unter einer einseitigen Erklärung nicht nur eine einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern jede einseitige Erklärung zu verstehen (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 36 Rdnr. 2; in diese Richtung neigend auch: KG, DNotZ 1990, 381, 382; OLG Schleswig, DNotZ 1990, 679; OLG Hamm, MittBayNot 1995, 410, 411).

b) Dieser zweiten Meinung folgt der Senat. § 36 Abs. 1 KostO bezeichnet als die Tätigkeit des Notars, die die Gebühr auslöst, nicht die Beurkundung einseitiger rechtsgeschäft-

licher Willenserklärungen, sondern die Beurkundung einseitiger Erklärungen. Gründe für die Annahme, der Wortlaut der Vorschrift gehe über das Gewollte hinaus und sei unter Orientierung am Zweck der Vorschrift einschränkend auszulegen, werden von den Vertretern dieser Ansicht nicht angeführt und sind auch nicht ersichtlich. Der Rückgriff auf die Auslegung des § 29 Abs. 1 RKostO offenbart, dass schon damals eine an dem bürgerlich-rechtlichen Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ausgerichtete Auslegung des kostenrechtlichen Begriffs der einseitigen Erklärung als „kostenrechtlich zu eng“ und damit in der Sache als nicht hilfreich angesehen wurde. Sie hatte schon damals keine Grundlage, weil auch § 29 Abs. 1 RKostO nicht von Willenserklärungen sprach. Daran hat § 36 Abs. 1 KostO nichts geändert. Auch die systematische Stellung der Vorschrift gibt keinen Anlass, den Begriff anders zu deuten. Die Vorschrift ist Teil des 1. Unterabschnitts „Beurkundungen und sonstige Geschäfte“ des Zweiten Abschnitts der Kostenordnung. Dieser bildet das kostenrechtliche Gegenstück zu den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes über die Beurkundungen. Diese enthalten aber nicht nur Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 6 bis 35 BeurkG), sondern auch Vorschriften über die Beurkundung sonstiger Erklärungen, darunter in § 36 BeurkG Vorschriften über die Beurkundung anderer Erklärungen. Die Beurkundung solcher Erklärungen wird im 1. Unterabschnitt des Zweiten Abschnitts der Kostenordnung auch abgebildet, teilweise mit eigenen Gebührentatbeständen, z. B. für die Abnahme von Eiden (§ 49 KostO). Weshalb nur ein Teil der in den §§ 36 bis 38 BeurkG geregelten Fälle der Beurkundung in dem korrespondierenden Unterabschnitt der Kostenordnung kostenrechtlich erfasst sein soll, erschließt sich nicht. § 36 Abs. 1 KostO gilt deshalb nicht nur für einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, sondern für alle einseitigen Erklärungen, soweit sie nicht Gegenstand eines besonderen Gebührentatbestands sind.

c) Fällt die Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO für die Beurkundung jeder einseitigen Willenserklärung an, ist es für die kostenrechtliche Einordnung einer Verweisungsurkunde ohne Bedeutung, ob sie tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Erklärungen enthält (vgl. KG, DNotZ 1990, 381, 382; OLG Schleswig, DNotZ 1990, 679; OLG Hamm, MittBayNot 1995, 410, 411) oder ob sich zwischen tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Teilen einer Verweisungsurkunde überhaupt sinnvoll unterscheiden lässt. Wesentlich ist allein, ob sie überhaupt eine einseitige Erklärung enthält. Daran aber bestehen keine Zweifel. Mit einer Verweisungsurkunde werden stereotyp wiederkehrende Teile der Vertragserklärungen der Parteien künftig abzuschließender Kaufverträge in eine besondere Urkunde ausgelagert, um auf deren Vorlesen nach Maßgabe von § 13 a BeurkG verzichten zu können. Eine solche Auslagerung in eine Verweisungsurkunde ist nur möglich, wenn der Errichtende den ausgelagerten Teil der Vertragserklärung zum Gegenstand einer eigenen Erklärung macht, die in der für die Beurkundung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen bestimmten Form beurkundet wird. Damit soll erreicht werden, dass die ausgelagerten Teile der Vertragserklärungen in der Urkunde, in welcher auf die Verweisungsurkunde verwiesen wird, auch wie die Bezug nehmende Vertragserklärung verlesen und geprüft sind (*Huhn/von Schuckmann/Renner*, BeurkG, 4. Aufl., § 13 a BeurkG Rdnr. 2) und den gleichen Beurkundungswert haben. Dass diese im Moment ihrer Errichtung noch keinen Empfänger hat und erst durch die Bezugnahme in dem später zu beurkundenden Vertrag rechtsgeschäftliche Bedeutung erlangt, ändert an dem Erklärungscharakter des Inhalts einer Verweisungsurkunde nichts. Deshalb ist auch ohne Bedeutung, dass eine Verwei-

sungsurkunde keine geschäftswesentlichen Vereinbarungen enthalten soll (*Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, § 13 a BeurkG Rdnr. 2; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 13 a BeurkG Rdnr. 4; *Huhn/von Schuckmann*, § 13 a BeurkG Rdnr. 2). Das betrifft nur den für das Entstehen der Gebühr unerheblichen Gehalt der Erklärung, stellt sie aber als Erklärung nicht in Frage.

Hinweis der Schriftleitung:

Der BGH hat mit dieser Entscheidung die Auffassung der Notarkasse (Streifzug, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 148) bestätigt; vgl. auch *Bengel*, DNotZ 1985, 574 und *Korintenberg/Lappel/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 37 Rdnr. 11.

18. § 19 Abs. 4 KostO (*Anforderungen an landwirtschaftlichen Betrieb für Kostenprivilegierung*)

1. **Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO setzt einen im Zeitpunkt der Übergabe ausreichend leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betrieb und die Absicht des Erwerbers diesen fortzuführen, voraus.**
2. **Ein ausreichend leistungsfähiger Betrieb ist in der Regel gegeben, wenn er die nach § 1 Abs. 5 des Gesetzes über die Altershilfe für Landwirte bzw. des Gesetzes zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft erforderlichen Mindestgrößen aufweist (im Anschluss an OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401; BayObLG, MittBayNot 1997, 381; BayObLG, MittBayNot 2001, 495; OLG Hamm, MittBayNot 2002, 313; BayObLG, MittBayNot 2003, 239). An den Inhaber eines anderen Betriebes verpachtete Flächen sind abzuziehen.**
3. **Der Absicht des Erwerbers steht nicht entgegen, dass die Fortführung durch den Erwerber wegen Betriebsverpachtung im Zeitpunkt der Übergabe noch nicht möglich ist, sofern eine konkrete Aussicht auf Fortführung besteht (im Anschluss an BayObLGZ 1997, 240 = MittBayNot 1997, 311).**

OLG München, Beschluss vom 24.10.2005, 32 Wx 097/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Durch Übergabevertrag wurde ein landwirtschaftliches Anwesen an die Beschwerdeführerin übergeben. Bei der Bewertung wurde vom Notar als Geschäftswert nur der gegenüber dem vierfachen Einheitswert des übergebenen Betriebs höhere Wert der Gegenleistungen des Übernehmers zugrunde gelegt. Im Zuge der von der Notarkasse durchgeführten Kostenprüfung wurde dem Notar aufgrund der festgestellten andauernden Verpachtung des überwiegenden Teils der landwirtschaftlichen Nutzflächen aufgegeben, den Geschäftswert der Übergabe nach dem gegenüber den Gegenleistungen höheren Verkehrswert des übergebenen Grundbesitzes samt Gebäuden zu bemessen. Der Notar berichtete daraufhin seine ursprüngliche Kostenrechnung und stellte unter Ansatz eines Verkehrswerts von 757.000 DM eine Gebühr von 3.625 DM in Rechnung. Hierauf rechnete er die auf die ursprüngliche Rechnung bezahlten 928 DM an.

Das Landgericht wies die gegen die neue Rechnung gerichtete Beschwerde zurück. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit der weiteren Beschwerde, mit dem Antrag die Notarkosten auf 474,48 € festzusetzen. Sie trägt im Wesentlichen vor: Das Landgericht habe die Fortführungstendenz zu Unrecht verneint. Auch habe im Zeitpunkt der Übergabe ein landwirtschaftlicher Betrieb vorgelegen, da eine gewisse Mindestgröße gegeben sei. Die vom Landgericht zugelassene, innerhalb der Monatsfrist des § 156 Abs. 2 KostO eingelegte, weitere Beschwerde war zulässig, aber unbegründet.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet: Der Geschäftswert sei nach dem Verkehrswert und nicht nach dem Vierfachen des Einheitswertes vorzunehmen, da § 19 Abs. 4 KostO unanwendbar sei; eine Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes mit im Eigentum des Übergabers stehenden Grundbesitz liege nämlich nicht vor; dieser sei nämlich nicht ausreichend, um den Betrieb fortzuführen. Zugepachtete Flächen müssten für die Einstufung des Betriebes im Sinne des § 19 Abs. 4 KostO außer Betracht bleiben. Ein leistungsfähiger Betrieb habe im Übergabezeitpunkt nicht vorgelegen, da der Betrieb jahrelang zuvor durch Fremdverpachtung eines Großteils der landwirtschaftlichen Flächen bei verbleibender Hühner- und Schweinehaltung in begrenztem Umfang auf einem flächenmäßig noch untergeordneten Areal aus der ihnen noch gehörenden Fläche geprägt sei.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand (§ 27 Abs. 2 FGG, § 546 ZPO).

1. Nicht rechtsfehlerfrei sind allerdings die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur fehlenden Fortführungstendenz:

a) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Annahme der Fortführungstendenz die mögliche Fortführung des Betriebes mit dem im Eigentum stehenden übergebenen Grundbesitz voraussetze (BayObLGZ 1996, 1 = FGPrax 1996, 79).

b) Nicht rechtsfehlerfrei sind jedoch die Ausführungen zu der fehlenden Fortführungstendenz wegen der verpachteten Flächen. Dem Landgericht ist zwar zuzugeben, dass die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO davon abhängig ist, dass sämtliche in ihm aufgeführten Beispiele der Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes der Fortführung dieses Betriebes dienen und deshalb die Überlassung eines auch weiterhin an Dritte verpachteten landwirtschaftlichen Betriebes die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes i. S. des § 19 Abs. 4 KostO nicht betrifft (BayObLGZ 1994, 110 = MittBayNot 1994, 359). Maßgeblich für die Entscheidung des BayObLG war jedoch (BayObLGZ 1994, 110, 112), dass die Fortführung des Betriebes der Erwerberin weder möglich noch von ihr beabsichtigt war. Anders ist es jedoch, wenn die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes durch die Erwerberin als solche nicht im Zweifel steht, sondern ausschließlich deren Zeitpunkt (BayObLGZ 1997, 240 ff. = MittBayNot 1997, 311 f.). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin unwidersprochen vorgetragen, dass sie nach Beendigung der Pachtverhältnisse beabsichtige, diese wieder dem Betrieb zuzuführen, um die bisherige Anpachtung der zum Betrieb erforderlichen Flächen zu vermeiden.

2. Zu Recht nimmt das Landgericht aber an, dass kein ausreichend leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betrieb übergeben wurde und deshalb die Privilegierung entfällt.

Nach der ständigen Rechtsprechung fallen nämlich unter das Privileg des § 19 Abs. 4 KostO nur solche land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe, die den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern können (BayObLGZ 1992, 231, 233 = DNotZ 1993, 271; BayObLG, MittBayNot 2001, 495). Dabei ist, da diese Bestimmung auf die Leistungsfähigkeit des Betriebes als solchen abstellt und dessen Fortbestand sichern will, ein objektiver Maßstab anzulegen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Betrieb zum konkreten je nach den persönlichen Umständen unterschiedlichen Lebensbedarf seines derzeitigen Inhabers wesentlich beiträgt. Maßgebend ist vielmehr, ob der Betrieb geeignet ist, einen wesentlichen Beitrag zum Unterhalt einer bäuerlichen Durch-

schnittsfamilie zu leisten. Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auf die objektiven Abgrenzungskriterien in landwirtschaftlichen Gesetzen gleicher Zielsetzung wie das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft – im Folgenden LaFG – und das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte – im Folgenden GAL – zurückgreift (OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401; BayObLG, MittBayNot 2001, 495; OLG Hamm, MittBayNot 2002, 313; BayObLG, MittBayNot 2003, 239), wobei diese Mindestgrößen jedoch nur Anhaltspunkte für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO geben, aber keine strikte Bindung bewirken (BayObLG, MittBayNot 1997, 381; BayObLG, MittBayNot 2001, 495). Da nach dem Willen des Gesetzgebers gegebenenfalls auch die nebenberufliche Führung des Betriebes genügen soll (vgl. BT-Drucks. 11/2343, S. 7), kann hinsichtlich der Höhe dieses Beitrags nicht auf den vollen Unterhaltsbedarf einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie abgestellt werden.

Die vom Beschwerdeführer unwidersprochen behaupteten, im Zeitpunkt der Übergabe selbst genutzten eigenen landwirtschaftliche Flächen unterschritten mit 3,5 ha sowohl die Mindestflächen nach dem LaFG (5 ha) als auch nach dem GAL (für Hagenbüchach 4,5 ha). Da die Mindestgrößen nach § 1 Abs. 5 GAL Rechtsnormcharakter haben, konnte der Senat diese selbst feststellen.

Weil die verpachteten Flächen einem anderen landwirtschaftlichen Betrieb dienten, konnten sie auch nicht dem übergebenen Betrieb zugerechnet werden. Hierdurch unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von dem oben zitierten Fall des BayObLG (BayObLGZ 1997, 240 = MittBayNot 1997, 311), bei dem der gesamte Betrieb an die Mutter des Erwerbers verpachtet war und damit die Flächen dem gleichen einheitlichen übergebenen Betrieb dienten. Es kam daher in dem genannten Fall nur auf die Fortführungstendenz an.

Die angepachteten Flächen können bei der Entscheidung, ob im Zeitpunkt der Übergabe ein ausreichend großer landwirtschaftlicher Betrieb vorlag, nicht berücksichtigt werden, da diese nach eigenem Sachvortrag der Beschwerdeführerin erst durch diese und nicht durch den Übergeber angepachtet wurden. Wengleich ein Grenzfall vorliegen mag und damit zu ermitteln ist, ob ein nicht unerheblicher Teil des Familieneinkommens aus dem Betrieb erzielt werden kann (BayObLG, MittBayNot 2001, 495), hat das Landgericht ausreichend Ermittlungen (§ 154 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 12 FGG) vorgenommen. Es hat bei der Beschwerdeführerin angefragt, welches Einkommen sie aus der Landwirtschaft ziehe. Nach Erhalt der Antwort, dass es sich bei dem Veräußerer um einen Schätzungslandwirt handle, brauchte das Landgericht nicht mehr weiter nachfragen. Dass diese Antwort zur Entscheidung der Frage, ob ein ausreichend leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betrieb vorgelegen habe, bedeutsam sei, musste dem anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführer klar sein, zumal sich aus den Schriftsätzen ergab, dass dem Anwalt die rechtliche Problematik bewusst war. Das Landgericht konnte aus der Antwort entnehmen, dass es dem Beschwerdeführer nicht möglich sei, eine ausreichende Antwort zu geben. Weitere Ermittlungen waren für das Landgericht nicht veranlasst. Die Feststellungslast für die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 KostO trägt der Beschwerdeführer, da er die Privilegierung für sich in Anspruch nimmt (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 23. Aufl., vor § 284 Rdnr. 17 a). Dies ergibt sich auch aus dem Regelausnahme-Verhältnis zwischen den Absätzen 2 und 4 des § 19 KostO (BayObLG, MittBayNot 2003, 239).

19. KostO §§ 154, 30 Abs. 1 (*Zitiiergebot für Auslagen; Bewertung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts*)

1. **In Notarrechnungen ist nach § 154 KostO auch für die Auslagen die rechtfertigende Kostenvorschrift mit den maßgebenden Absätzen und eventuellen weiteren Untergliederungen aufzuführen. Ist dies nicht der Fall, ist die Rechnung ohne Bindung an Sachanträge aufzuheben. Das Landgericht als Beschwerdegericht hat jedoch den Notar auf die Fehlerhaftigkeit der Rechnung hinzuweisen und dem Notar Gelegenheit zu geben, eine ordnungsgemäße Rechnung nachzureichen.**
2. **Bei der Bemessung des Geschäftswerts für einen Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag ist im Rahmen der durchzuführenden Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO auch die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen, dass der Verzichtende ohne den Verzicht gesetzlicher Erbe wird. Insbesondere muss, wenn der Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung getroffen wird, berücksichtigt werden, dass die Vertragsparteien die Scheidung beabsichtigen bzw. in Scheidung leben.**

OLG München, Beschluss vom 3.11.2005, 32 Wx 111/05; eingesandt von Notar Dr. *Markus Huber*, Regensburg, und mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Der Beschwerdeführer beurkundete eine Scheidungsvereinbarung, in der ein Erb- und Pflichtteilsverzicht enthalten war. Hierfür stellte er folgende Kostenrechnung:

Paragrafen der Kostenordnung	Gegenstand der Gebühr	Gebühr
660.001,93 €	§ 36 II, 39 II, 20	Vertrag 2.124,00 €
	§ 136, 152 I	Dokumentenpauschale 50,35 €
	§ 137, 152 II	Auslagen 42,00 €
		Netto-Gesamtsumme 2.116,35 €
	§ 151 a	16 % Umsatzsteuer 354,62 €
		Gesamtbetrag 2.570,97 €

Es folgte die Berechnung des Geschäftswerts für die einzelnen Punkte der Scheidungsvereinbarung. Für den Erb- und Pflichtteilsverzicht setzte der Beschwerdeführer hierbei einen Geschäftswert von 3.000 € an, da er der Auffassung ist, dass auch der Grad der Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und die Änderung der Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen sei und im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung nur der Auffangwert des § 30 Abs. 2 KostO von 3.000 € in Betracht komme.

Nach Beanstandung der Bewertung für den Erb- und Pflichtteilsverzicht durch die Notarkasse wies der Präsident des Landgerichts den Beschwerdeführer zur Einlegung der Beschwerde ein. Auf die daraufhin eingelegte Beschwerde stellte das Landgericht fest, dass es bei der Kostenrechnung verbleibe und ließ die weitere Beschwerde zu. Hiergegen richtet sich die auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts eingelegte weitere Beschwerde; sie hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat nicht beachtet, dass mangels Zitierung der genauen Auslagenvorschriften keine ordnungsgemäße, dem § 154 KostO entsprechende Notarrechnung vorliegt. Der Notar muss nämlich die seine Kosten rechtfertigenden Kostenvorschriften in der Kostenberechnung vollständig angeben. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und eventuelle weitere Untergliederungen aufzuführen (OLG Hamm, JurBüro 1981, 419; OLG Düsseldorf, JurBüro 1983, 1244 = DNotZ 1984, 649; BayObLG, JurBüro 1984, 1228). Dies gilt auch für Auslagen (BayObLG, DNotZ 1984, 646 = MittBayNot 1984, 100) jedenfalls dann, wenn sich der angewendete Gebührentatbestand nicht aus den Gesamtumständen ergibt (OLG Hamm,

JurBüro 1992, 343). Eine nicht dem Zitiergebot entsprechende Kostenberechnung ist ohne Bindung an Anträge ohne weiteres aufzuheben; dem steht auch das Verbot der Schlechterstellung nicht entgegen (BayObLG, Beschluss vom 25.6.1987, BReg 3 Z 49/87, BReg 3 Z 89/87).

Aus den Gesamtumständen lässt sich nicht entnehmen, wie sich die sonstigen Auslagen nach § 152 Abs. 2 KostO zusammensetzen. Die Höhe der Beträge legt nicht nahe, dass es sich um solche nach § 152 Abs. 2 Nr. 1 a KostO handelt. Was die Grundlage für Auslagen in Höhe von 42 € sein könnte, ist nicht ersichtlich.

Hierauf hätte aber das Landgericht hinweisen und dem Notar Gelegenheit geben müssen, eine ordnungsgemäße Rechnung nachzureichen (so auch OLG Düsseldorf MDR 2001, 175 = RNotZ 2001, 174). Dies gilt umso mehr, als die Frage der ordnungsgemäßen Rechnung auch von der Aufsichtsbehörde oder der Notarkasse nicht angesprochen war.

Der Beschluss war daher aufzuheben und das Verfahren an das Landgericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen.

III.

Der Senat weist für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:

1. Zu Recht hat das Landgericht entschieden, dass bei der Bemessung des Geschäftswerts für einen Erbverzicht der Grad der Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Verzichtende Erbe geworden wäre, mit zu berücksichtigen ist. Nach der wohl überwiegenden Meinung ist dann, wenn keine Gegenleistung vereinbart ist, der Wert des Verzichtsvertrags nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen, wobei der Wert des gegenwärtigen reinen Vermögens des Erblassers und des dem Verzichtenden daran zustehenden Anteils sowie der Grad der Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und der Erhöhung oder Verminderung des Vermögens des Erblassers bis zu seinem Tod zu berücksichtigen sind (*Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 39 Rdnr. 14; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling*, Kostenordnung, § 39 Anm. 23; *Schmidt*, JurBüro 1962, 326; *Schallhorn*, JurBüro 1969, 211).

Dieser Meinung ist zu folgen. Ausgangspunkt für die Bewertung ist der Wert, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat (§ 18 KostO). Hierbei ist es bei einem Verzichtvertrag von Bedeutung, auf was letztlich verzichtet wurde. Es ist allgemein anerkannt, dass bei Bewertung von Forderungen die Frage der Beitreibbarkeit mit von Bedeutung ist (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 18 Rdnr. 20 m. w. N.) und damit eine Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmen ist. Damit wäre die fehlende Beitreibbarkeit auch bei dem Gegenstandswert eines Forderungsverzichts zu berücksichtigen. Ebenso ist die Bewertung des Verzichts auf ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen vorzunehmen, wobei die Frage maßgebend ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Ausübung des Rücktritts zu erwarten ist (OLG Zweibrücken, FGPrax 2000, 43). Nichts anderes kann bei einem Erb- und Pflichtteilsverzicht gelten.

Es kann bei der Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Ehegatten die Scheidung beabsichtigen. Gemäß § 1933 BGB ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten (und damit sein Pflichtteilsrecht) ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Dies bedeutet, dass der Geschäftswert eines Erb- und Pflichtteilsverzichts, den ein in Scheidung lebender Ehegatte abgibt, erheblich geringer ist als wenn bei denselben Ehegatten eine Scheidung nicht in Aussicht stünde. Mit Rechtskraft der

Scheidung entfällt das Erb-(und Pflichtteils-)recht des Überlebenden ohnehin. Ab Zustellung des Scheidungsantrags ist wegen § 1933 BGB die Beurkundung des Erbverzichts nur für den Fall von Bedeutung, dass der Scheidungsantrag nicht begründet sein oder zurückgenommen werden sollte oder ein Ehegatte vor rechtskräftiger Scheidung stirbt, weil der beurkundete Erbverzicht dann die Erben gegenüber dem überlebenden Ehegatten des Nachweises der Scheidungsvoraussetzungen gemäß § 1933 BGB enthebt.

Da § 1933 BGB erst ab Zustellung des Scheidungsantrags eingreift, ist die Beurkundung des Erbverzichts zwar von größerer Bedeutung, wenn die scheidungswilligen Ehegatten einen Scheidungsantrag noch nicht gestellt haben, doch ist die ernsthafte Scheidungsabsicht auch in solchen Fällen geschäftswertmindernd zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn die Beurkundung zur Vorbereitung des Scheidungsverfahrens erfolgt. Durch die Beurkundung des gegenseitigen Erb- und Pflichtteilsverzichts begeben sich die Ehegatten bei bestehender Scheidungsabsicht also nicht der Chance des Erbes in Höhe ihres gesetzlichen Anteils am Reinvermögen des anderen Ehegatten. Vielmehr verzichteten sie auf ein wegen der Wirkungen des Scheidungsverfahrens sehr wertgemindert Erbrecht. Es wäre deshalb unbillig, wenn der Geschäftswert in Höhe des gesetzlichen Erbteils am Reinvermögen festgesetzt würde (OLG Stuttgart, DNotZ 1992, 750 f.).

Soweit in der Kommentarliteratur (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 30 Rdnr. 33) die Gegenmeinung vertreten wird, ist dem aus den oben genannten Gründen nicht zu folgen, zumal der gleiche Kommentar an anderer Stelle die Meinung vertritt, dass – soweit lediglich die Höhe der Leistungen bedingt ist – der Wert unter Berücksichtigung aller Umstände, besonders der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 18 Rdnr. 31).

Die Kommentarmeinung kann sich auch nicht auf eine Entscheidung des OLG München vom 29.3.1939 (DNotZ 1939, 683 f.) stützen, da sich die Entscheidung auf die Vorgängernorm der KostO bezog. Ferner betrifft die Frage der Wahrscheinlichkeit der Erbenstellung nicht nur persönliche Verhältnisse der Beteiligten, auf die sich die Entscheidung bezog, sondern die Frage des Bestands des gesetzlichen Erbrechts als solchen.

Soweit der Notar unter Berücksichtigung oben genannter Grundsätze einen Geschäftswert in Höhe des Auffangwerts nach § 30 Abs. 2 KostO von 3.000 € ansetzt, hält sich dies im Rahmen des Ermessens, das der Notar hat und in das auch das Landgericht zu Recht nicht eingegriffen hat (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 156 Rdnr. 65 m. w. N.; OLG Zweibrücken, JurBüro 1981, 1059 f.; OLG Düsseldorf, JurBüro 1996, 901).

Das Landgericht wird daher die Beschwerde nach Vorliegen einer dem § 154 KostO entsprechenden Rechnung zurückzuweisen haben. (...)

Anmerkung:

1. Formelles Kostenrecht

Hinsichtlich des formellen Kostenrechts unterstreicht die Entscheidung die hohen Anforderungen an korrekte Kostenrechnungen.¹ Formelle Fehler können das Einfallstor bilden, um diese auch hinsichtlich der Bewertung in Frage zu stellen.

¹ Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl. 2005, (nachfolgende: Streifzug), Rdnr. 1374 f.

2. Materielles Kostenrecht

a) Grundlagen

Zum materiellen Kostenrecht betrifft die Entscheidung die praktisch häufig vorkommende Frage nach der Bewertung von Erb- und Pflichtteilsverzichteten. Sie sind – mit der Aufhebung etwaiger früherer letztwilliger Verfügungen der Ehegatten – regelmäßig Bestandteil von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen. Nach §§ 39 Abs. 1, 18 Abs. 1 KostO bestimmt sich der Geschäftswert nach den Vermögensverhältnissen desjenigen, dem gegenüber der Verzicht erklärt wird, und zu dem Zeitpunkt des Verzichts sowie nach der Erb- bzw. Pflichtteilsquote des Verzichtenden. Ein für den Verzicht geleistetes Entgelt ist für den Geschäftswert maßgeblich, wenn es über diesem – nach dem quotalen Anteil am Vermögen des Verzichtsbeginntigten bestimmten – Wert liegt, § 39 Abs. 2 KostO. Entsprechend wird verfahren, wenn wechselseitig Erb- und Pflichtteilsverzichtete „ausgetauscht“ werden, wie dies häufig in Zusammenhang mit Ehe- und Scheidungsvereinbarungen der Fall ist. Hier ist nur der höherwertige Erb- und Pflichtteilsverzicht maßgeblich.

b) OLG München

Diese Bewertungsgrundlagen sind – soweit ersichtlich – unbestritten. Auch das OLG München knüpft an sie an, relativiert sie aber dadurch, dass es den „Grad der Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Verzichtende Erbe geworden wäre“, näherhin den „Grad der Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und der Erhöhung oder Verminderung des Vermögens des Erblassers bis zu seinem Tod“ berücksichtigt. Für den Erb- und Pflichtteilsverzicht im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Scheidung kommt es daher zu einem Bewertungsabschlag, weil mit der Scheidung bzw. den Voraussetzungen des § 1933 BGB das gesetzliche Erbrecht ohnehin enden würde. Mit dieser Sicht steht es nicht allein. Es schließt sich hier der Auffassung des OLG Stuttgart² an und findet dabei Rückhalt in der Literatur.³ Auch die Notarkasse hatte dies früher ähnlich gesehen,⁴ sich aber mittlerweile im Interesse der größeren Bewertungsklarheit der Gegenmeinung angeschlossen,⁵ nach der es bei den oben genannten allgemeinen Grundsätzen verbleibt, auch wenn die Scheidung der Vertragsparteien bevorsteht.

c) Würdigung

Angesichts der eingangs genannten klaren Maßstäbe überrascht es zunächst, wenn das OLG München hier § 30 Abs. 1 KostO bemüht. Denn dessen Anwendungsbereich ist ja erst eröffnet, wenn sich der Wert „aus den Vorschriften dieses Gesetzes nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht“. Das freie Ermessen bei der Bestimmung des Geschäftswerts nach § 30 Abs. 1 KostO soll gerade nur herangezogen werden, wenn keine anderen Anhaltspunkte bestehen. Als Auffangbestimmung ist darüber hinaus § 30 Abs. 1 KostO nur in Ausnahmefällen anzuwenden. Die klare Berechnungsmöglichkeit ist der Vorzug der Geschäftswertbestimmungen der KostO. Sie durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu relativieren, macht die Bewertung streitanfälliger.

Auch wenn die Entscheidung des OLG München zur Scheidungsvereinbarung ergangen ist, sind die Erwägungen zur

Wahrscheinlichkeit sehr allgemein formuliert. Sie sollten dennoch nicht auf andere Fälle übertragen werden. Denn bei einer Verallgemeinerung würde das System der KostO ausgehebelt. So wäre es unzulässig, bei einer Verfügung von Todes wegen die Lebenserwartung des Testierenden zu berücksichtigen oder einen Erb- und Pflichtteilsverzicht gegenüber einem sterbenskranken Vertragsteil höher zu bewerten als gegenüber einem gesunden.

Der Kern der Argumentation mit der Wahrscheinlichkeit liegt darin, dass der Erb- und Pflichtteilsverzicht im Hinblick auf die beabsichtigte Scheidung nur für eine Übergangszeit gelten soll, bevor die gewünschten Rechtswirkungen ohnehin durch die gesetzliche Regelung erzielt werden. Dass es sich um eine Übergangsregelung handelt, dürfte der entscheidende Grund dafür sein, dass die Bewertung in Höhe des gesetzlichen Erbteils am Reinvermögen von der Gegenauffassung als unbillig angesehen wird. Dass es sich lediglich um eine Übergangsregelung handelt, nimmt ihr aber nicht ihre Bedeutung. Ob eine Regelung in den Vertrag aufzunehmen ist oder nicht, ist eine Frage der Vertragsgestaltung. Wird sie für nötig gehalten, ist sie auch bei der Bewertung zu berücksichtigen. Dass eine Regelung nur „vorsorglich“ aufgenommen wurde, mindert nicht deren Wert.⁶ Wenn die Scheidung beabsichtigt ist, entfällt eben erst mit ihrer Rechtskraft das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht bzw. unter den Voraussetzungen des § 1933 BGB. Bis dahin bleibt es bestehen und bis dahin ist auch eine vertragliche Regelung in Zusammenhang mit einer Scheidungsvereinbarung sinnvoll.

Wenn bei bedingten Ansprüchen ein Bewertungsabschlag vorgenommen wird – wie etwa bei bedingten Rückübertragungsansprüchen⁷ –, liegt der entscheidende Unterschied darin, dass bis zum Bedingungseintritt keine Rechtsfolgen eintreten, während bei der Verzichtsvereinbarung die Rechtsfolgen sofort eintreten und lediglich in der Zukunft keine Bedeutung mehr haben. Nach allgemeinen Grundsätzen spielt die künftige Entwicklung eines Rechtsverhältnisses für die Bewertung keine Rolle. Die Befristung einer Regelung führt nicht zu einer niedrigeren Bewertung. Nur bei wiederkehrenden Leistungen und Nutzungen und Dauerschuldverhältnissen sieht die KostO eine zeitabhängige Bewertung vor; §§ 24, 25 KostO sind aber nicht verallgemeinerungsfähig im Sinne allgemeiner Wahrscheinlichkeitserwägungen.

d) Fazit

Hinsichtlich des materiellen Kostenrechts überzeugt die Entscheidung im Ergebnis daher nicht und es bleibt abzuwarten, ob andere Gerichte und die Notarkasse ihr folgen. Sie ist jedenfalls nicht über die konkrete Frage der Erb- und Pflichtteilsverzichteten in Scheidungsvereinbarungen hinaus zu verstehen als Argument für allgemeine Wahrscheinlichkeitserwägungen.

Notar Dr. Henning Schwarz,
LL. M. (Georgetown Univ.), Passau

² DNotZ 1992, 750.

³ Rohs/Wedewer, KostO, § 39 Rdnr. 14 und die Zitate in der Entscheidung.

⁴ Vgl. z. B. Streifzug, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 162.

⁵ Streifzug, Rdnr. 466; Korintenberg/Reimann, KostO, § 30 Rdnr. 33.

⁶ Vgl. beispielsweise zur Rechtswahl in Eheverträgen Streifzug, Rdnr. 316; BayObLG, MittBayNot 1986, 143.

⁷ Streifzug, Rdnr. 1621 f.

20. §§ 39, 42, 141, 16 Abs. 1 KostO; Art. 30 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO (*Aufhebungsvertrag statt Vertragsänderung bei Rückübertragung wegen Bauverpflichtung*)

1. **Der Anfall einer Notargebühr nach der KostO bestimmt sich nach den tatsächlich beurkundeten Willenserklärungen, auch wenn der gleiche Zweck kostengünstiger durch die Beurkundung anderer Willenserklärungen erreicht hätte werden können.**
2. **Die Aufhebung eines Vertrages stellt keine Vertragsänderung im Sinne des § 42 KostO dar.**
3. **Wegen unrichtiger Sachbehandlung im Sinne der §§ 141, 16 Abs. 1 KostO nicht erhoben werden Gebühren, welche diejenigen übersteigen, die entstanden wären, wenn der Notar eine kostensparendere, gleich sichere, sachdienliche und übliche Gestaltungsmöglichkeit gewählt hätte. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gestaltungsmöglichkeit diese Anforderungen erfüllt, hat der Notar einen weiten Ermessensspielraum.**
4. **Soll ein Grundstückskaufvertrag, der ein Wiederkaufsrecht für die verkaufende Gemeinde für die Fälle der Weiterveräußerung ohne Bebauung oder des Nichtbeginns der Bebauung innerhalb von fünf Jahren enthält, vor Ablauf dieser Frist aufgehoben werden, stellt es keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn der Notar einen Aufhebungsvertrag anstatt einer Abänderung des Vertrages, die bereits jetzt den Wiederkauf ermöglicht, und einer anschließenden einseitigen Wiederkaufserklärung beurkundet. Dies gilt zumindest dann, wenn dem Notar bei dem Beurkundungstermin ausschließlich der Beschluss des Gemeinderats über die Zustimmung zur Vertragsaufhebung und nicht eine Zustimmung zur Vertragsänderung vorliegt und die Beurkundung des Aufhebungsvertrags nur geringfügig teurer ist.**

OLG München, Beschluss vom 30.11.2005, 32 Wx 122/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht

Der Notar beurkundete auf Wunsch der Kostenschuldner zu 1 und 2 einen Aufhebungsvertrag zum Grundstückskaufvertrag mit Rückauflassung und stellte dafür eine ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 82.508,51 DM in Höhe von 460 DM ohne Umsatzsteuer in Rechnung. Der ursprüngliche Grundstückskaufvertrag enthielt unter Ziff. VIII ein Wiederkaufsrecht für die Verkäuferin, die Kostenschuldnerin zu 3, für den Fall der unbebauten Weiterveräußerung oder des Nichtbeginns der Bebauung innerhalb von fünf Jahren.

Nachdem die beteiligte Notarkasse die Kostenrechnung für den Aufhebungsvertrag beanstandete, weil sie der Auffassung war, dass zum einen nur eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO geschuldet sei und zum anderen durch vorherige Beurkundung einer Vertragsänderung und anschließende Beurkundung der Wiederkaufserklärung eine kostengünstigere Gestaltungsmöglichkeit bestanden hätte, wies der Präsident des Landgerichts den Notar zur Beschwerdeeinlegung an. Das Landgericht bestätigte die Kostenrechnung und ließ die weitere Beschwerde zu.

Hiergegen legte auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts der Beschwerdeführer weitere Beschwerde ein. Die vom Landgericht zugelassene und rechtzeitig eingelegte weitere Beschwerde erwies sich als zulässig, aber unbegründet.

Gründe:

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Ein Rückübertragungsverlangen der Kostenschuldnerin zu 3 liege nicht vor; dieses wäre auch noch nicht möglich gewesen,

da die Frist, innerhalb der die Bebauung nach dem Vertrag erfolgen sollte, noch nicht abgelaufen gewesen sei. Es sei daher ein Aufhebungsvertrag beurkundet worden. Für diesen falle nach § 36 Abs. 2 KostO eine ²⁰/₁₀-Gebühr an. Da kein offen zu Tage tretender Verstoß gegen Normen und kein offensichtliches Versehen vorliege, sei auch keine unrichtige Sachbehandlung gegeben.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Richtig ist der Ausgangspunkt des Landgerichts, dass eine ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO entstanden ist, da es für das Entstehen von Gebühren nur auf die tatsächlich beurkundeten Erklärungen und nicht darauf ankommt, welche Erklärungen zur Erreichung des gleichen Zweckes auch beurkundet werden hätten können. Es wurde keine einseitige Wiederkaufserklärung nach § 497 Abs. 1 BGB a. F. sowie die dazugehörige Auflassung, sondern ein Aufhebungsvertrag beurkundet. Nur wenn erstere Erklärungen beurkundet worden wären, wäre der Rechtsansicht der beteiligten Notarkasse zu dem Anfall einer ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO zu folgen (BayObLGZ 1986, 134, 137 f. = MittBayNot 1986, 207). Diese Gestaltungsmöglichkeit schied im vorliegenden Fall schon deshalb aus, da im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt werden konnte.

b) Die Beurkundung eines Aufhebungsvertrages stellt auch keine Vertragsänderung im Sinne des § 42 KostO dar, die nur eine ¹⁰/₁₀-Gebühr zum Anfall bringt. Eine Änderung liegt nämlich dann nicht mehr vor, wenn durch den Nachtrag das alte Rechtsverhältnis völlig verschwindet (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 42 Rdnr. 7 m. w. N.; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., KostO § 42 Rdnr. 4).

c) Die eine ¹⁰/₁₀ übersteigende Gebühr muss auch nicht wegen unrichtiger Sachbehandlung nach §§ 141, 16 Abs. 1 KostO unerhoben bleiben. Richtig sind zwar die Ausführungen der Notarkasse, dass eine Abänderung des ursprünglichen Vertrages durch einen Nachtrag (§ 42 KostO) dahingehend, dass auch die Aufgabe der Bauabsicht den Rückübertragungsanspruch auslöse, nur zum Anfall einer ¹⁰/₁₀-Gebühr geführt und die daran anschließende Wiederkaufserklärung mit Rückauflassung den selben Gegenstand wie die Abänderung im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO gehabt hätte. Dies hätte dazu geführt, dass für den gesamten Vertrag nur eine ¹⁰/₁₀-Gebühr angefallen wäre. Richtig ist auch, dass der Notar von mehreren möglichen Gestaltungsmöglichkeiten die billigste, gleich sichere, sachdienliche und übliche zu wählen hat (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 16 KostO Rdnr. 51 f.; BayObLG, JurBüro 2001, 151 ff.). Verletzt der Notar diese aus § 24 BNotO (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 16 KostO Rdnr. 49), nach a. A. aus § 17 BeurkG (OLG Köln, JurBüro 1990, 75/78; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 118) herrührende Pflicht, so sind auch die durch die unrichtige Vorgehensweise verursachten Mehrkosten gemäß §§ 141, 16 Abs. 1 KostO nicht zu erheben bzw. zurückzuerstatten (KG, DNotZ 1970, 437, 438; BayObLG, a. a. O.). Der Aufwand höherer Kosten ist jedoch aber nach den obigen Grundsätzen 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 ein weiter Spielraum einzuräumen (OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 118, 120).

Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt eine fehlerhafte Sachbehandlung nicht vor. Der von der beteiligten Notarkasse vorgeschlagene Weg zunächst eine Vertragsänderung des ursprünglichen Kaufvertrages zu beurkunden und sodann die

Wiederkaufserklärung mit Rückauflassung wäre im Vergleich zu dem gewählten Wege eine unübliche Gestaltung. Zudem hätte dieser Weg dazu geführt, dass möglicherweise die Beurkundung nicht in einem Termin vorgenommen werden könnte. Der nach Art. 30 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO erforderliche Gemeinderatsbeschluss enthielt nur die Einwilligung des Gemeinderats in die Aufhebung des Vertrags, nicht jedoch in eine vorgeschaltete Vertragsänderung des Inhalts, dass die Gemeinde die Wiederkaufserklärung sofort abgeben könne. In Wahrnehmung seines Ermessensspielraums konnte daher der beurkundende Notar im Interesse der Kostenschuldner zu 1 und 2 zur möglichst schnellen und rechtlich unproblematischen Aufhebung des Vertrages den beurkundeten Aufhebungsvertrag wählen, ohne sich dem Vorwurf der unrichtigen Sachbehandlung auszusetzen, zumal durch die Beurkundung des Aufhebungsvertrages nur eine Verteuerung von 136,42 € inkl. Umsatzsteuer eingetreten ist.

Anmerkung:

I. Rückabwicklung vor Fristablauf durch Rückkauf

Wenn bei der Veräußerung eines Grundstückes der Käufer die Verpflichtung eingeht, innerhalb einer bestimmten Frist ein Gebäude zu errichten, wird in aller Regel zur Absicherung der Ansprüche des Veräußerers im Kaufvertrag ein Wiederkaufsrecht für den Fall der Nichterfüllung mitbeurkundet. Das Wiederkaufsrecht wird im Grundbuch durch Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB gesichert. Der Kaufvertrag beinhaltet bereits die aufschiebend bedingte Rückübertragung des Vertragsbesitzes gegen Erstattung des Kaufpreises und gegebenenfalls sonstiger Aufwendungen wie z. B. Erschließungskosten, wenn der berechtigte Veräußerer, zumeist eine Kommune, das Wiederkaufsrecht ausübt. Häufig wird zusätzlich vereinbart, dass der Veräußerer das Wiederkaufsrecht auch dann ausüben kann, wenn das Grundstück innerhalb eines vereinbarten Zeitraumes vor Erfüllung der Bauverpflichtung weiter verkauft wird.

Bei dieser Vertragsgestaltung kann der Veräußerer das Wiederkaufsrecht ausüben, wenn entweder die Bauverpflichtung nicht fristgerecht erfüllt wird oder ein Verkauf des Grundstückes ohne Zustimmung des Veräußerers erfolgt, bevor das Bauwerk fertig gestellt wurde. Liegt nicht wenigstens eine dieser Voraussetzungen vor, ist die Ausübung des Wiederkaufsrechtes ausgeschlossen. Die Ausübung des Wiederkaufsrechtes ist nach Auffassung des OLG München im vorliegenden Beschluss auch dann nicht möglich, wenn der Käufer vor Ablauf der vereinbarten Frist seine Bauabsicht aufgegeben hat.

Erfolgt nach Aufgabe der Bauabsicht vor Ablauf der vereinbarten Frist zur Bebauung ein Rückverkauf an den Verkäufer, ist der Rechtsgrund nicht die Ausübung des Wiederkaufsrechtes, sondern eine vom bereits beurkundeten aufschiebend bedingten Rückkaufvertrag losgelöste Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer. Für diesen Rückkaufvertrag entsteht nach Auffassung des OLG München eine ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO und nicht lediglich eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO oder § 38 Abs. 1 KostO.

Es liegt auch keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 KostO vor, wenn der Notar entsprechend dem Willen der Beteiligten einen Rückkaufvertrag beurkundet. Es sei zwar richtig, so das OLG München, dass der Notar von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten die billigste, gleich sichere, sachdienliche und übliche zu wählen¹ und dadurch unnötige Mehrkosten zu vermeiden hat. Der Aufwand höherer Kosten

ist aber dann gerechtfertigt, wenn Gründe für einen anderen Weg als den kostengünstigsten sprechen. Damit ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Kosten sparendere Gestaltungsmöglichkeit die vorerwähnten Anforderungen erfüllt, dem Notar ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen. Auch diese grundsätzliche Feststellung entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach der Notar die Urkundsgestaltung entsprechend dem erforschten Willen der Beteiligten unter Beachtung der materiell-rechtlichen und formellen Voraussetzungen vorzunehmen hat.²

Der Beschluss des OLG München ist auf Anweisung des Präsidenten des LG ergangen, nachdem bei Durchführung der Kostenprüfung vom Notar eine geringere Kosten auslösende Vertragsgestaltung gefordert wurde, nämlich die Abänderung des ursprünglichen Kaufvertrages im Hinblick auf die Ausübungsmöglichkeit des Wiederkaufsrechtes mit anschließender Beurkundung der Ausübungserklärung des Wiederkaufsrechtes und Auflassung. Diese Vertragsgestaltung hätte lediglich eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach §§ 42, 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO aus dem Wert des Rückkaufs ausgelöst. Das OLG stellt fest, dass diese Konstruktion rechtlich problematischer sei als der vom Notar beurkundete Rückkaufvertrag mit der Folge der ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO und auch nicht dem Willen der Beteiligten entspreche. Da zudem seitens der Gemeinde keine Zustimmung zur Vertragsänderung vorgelegen habe, sondern nur zum Rückkauf unter Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrages, sei dem Notar keine unrichtige Sachbehandlung vorzuwerfen.

II. Rückabwicklung durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes

Mit Beschluss vom 30.4.1986 hat das BayObLG für einen ähnlichen Fall entschieden, dass mit der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes für den Fall der Nichtbebauung innerhalb einer vorgegebenen Frist bereits der Rückkaufvertrag, aufschiebend bedingt durch die Ausübung der Rückkaufserklärung, abgeschlossen ist.³ Wenn nun aufgrund dieser Rückkaufverpflichtung in einer späteren Urkunde die Rückauflassung des Grundstückes beurkundet wird, entsteht lediglich eine ⁵/₁₀-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO, wenn sich die Erklärungen ausschließlich auf die Rückauflassung des Grundbesitzes beziehen. In der Beschlussbegründung hatte das BayObLG festgestellt, dass die Gemeinde von ihrem Wiederkaufsrecht Gebrauch machte, weil die Bebauung nicht fristgerecht durchgeführt werden konnte. Bei Beurkundung der damaligen Rückübertragung waren knapp vier Jahre des vereinbarten Zeitraumes von fünf Jahren verstrichen, in dem die damaligen Erwerber das Bauvorhaben mindestens im Rohbau fertig zu stellen hatten. Im Hinblick auf die damals mitbeurkundete Ausübung des Wiederkaufsrechtes hielt das BayObLG unter Anwendung von § 44 Abs. 1 KostO eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO für zutreffend. Bei dieser ¹⁰/₁₀-Gebühr bleibt es auch dann, wenn die Verpflichtung des Käufers zur Rückzahlung des vom Käufer bezahlten Kaufpreises mitbeurkundet wird, da es sich hier um eine Wiederholung der Verpflichtungen aus dem aufschiebend bedingten Rückkaufvertrag handelt. Bei der Entscheidung aus dem Jahre 1986 hatte sich das BayObLG aber lediglich mit der Fragestellung zu befassen, ob bei der Beurkundung der Rückübertragung in Erfüllung der Ausübung des Wieder-

¹ S. auch BayObLG, JurBüro 2001, 151 ff.

² Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 16 Rdnr. 52 m. w. N.; Rohs/Wedewer, KostO, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 23 m. w. N.

³ MittBayNot 1986, 207.

kaufsrecht eine $^{10}/_{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 1 KostO oder der $^{20}/_{10}$ -Gebührensatz nach § 36 Abs. 2 KostO zu erheben sei, was beides abgelehnt wurde.

Der nunmehrige Beschluss des OLG München vom 30.11.2005 und die Grundsätze aus dem Beschluss des BayObLG aus dem Jahre 1986 zwingen zu einer differenzierten kostenrechtlichen Betrachtung je nach Fallgestaltung. Dabei sind die gesetzlich anfallenden Gebühren ausschließlich nach dem Inhalt der beurkundeten Erklärungen zu bemessen, was bereits bisher als allgemeiner Kostengrundsatz gegolten hat: Kostenrecht ist Folgerecht.⁴ Eine davon abweichende kostenrechtliche Behandlung ist nur im Falle einer unrichtigen Sachbehandlung nach § 16 KostO zulässig.

III. Auswirkungen der Entscheidung des OLG München

Für die Praxis ergeben sich demnach die folgenden kostenrechtlichen Konsequenzen:

1. Der Käufer erfüllt die Bauverpflichtung nicht. Der Verkäufer übt sein Wiederkaufsrecht aus. Diese formfreie Ausübungserklärung wird nicht beurkundet. In Erfüllung der Ansprüche aus dem damit zustande gekommenen Rückkaufvertrag wird die Auflassung erklärt und entgegengenommen. Zu erheben ist eine $^{5}/_{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO. Der Geschäftswert ist nach § 20 Abs. 1 KostO zu bestimmen.
2. Gleicher Sachverhalt wie Ziff. 1., jedoch wird die Ausübungserklärung des Verkäufers auf ausdrücklichen Wunsch mitbeurkundet. In diesem Falle ist eine $^{10}/_{10}$ -Gebühr nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 6 a), 44 Abs. 1 KostO entstanden. Der Geschäftswert ist ebenfalls nach § 20 Abs. 1 KostO zu bestimmen.
3. Gleicher Sachverhalt, wie Ziff. 1., es werden jedoch zusätzlich ergänzende Vereinbarungen zum Rückkaufvertrag mitbeurkundet, wie z. B. Fälligkeitsregelungen bezüglich des Kaufpreises oder die Verpflichtung, inzwischen bezahlte Erschließungskosten zu erstatten. Es ergibt sich folgende Bewertung unter Beachtung von § 44 Abs. 1 KostO: Für die Beurkundung der Auflassung ist eine $^{5}/_{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO aus dem Geschäftswert nach § 20 Abs. 1 KostO und daneben für die Ergänzungsvereinbarungen eine $^{10}/_{10}$ -Gebühr nach §§ 42, 36 Abs. 2 KostO aus einem nach § 39 Abs. 1 Satz 2 KostO zu bestimmenden Teilwert für die Fälligkeitsregelungen (ca. 10 bis 20 % vom Wert nach § 20 Abs. 1 KostO) oder dem Wert nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO für zusätzlich zu erstattenden Erschließungskosten zu berechnen. Höchstens ist jedoch eine $^{10}/_{10}$ -Gebühr nach §§ 42, 36 Abs. 2, 38 Abs. 2 Nr. 6 a), 44 Abs. 1 KostO aus dem Wert nach § 20 Abs. 1 KostO zu erheben, wenn dies für den Kostenschuldner günstiger ist.
4. Sachverhalt wie Ziff. 3., jedoch ist die Ausübungserklärung mitbeurkundet. In diesem Fall ist die Bewertung wie zu Ziff. 2 vorzunehmen, also eine $^{10}/_{10}$ -Gebühr nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 6 a), 44 Abs. 1 KostO aus dem Geschäftswert nach § 20 Abs. 1 KostO zu erheben. Hier wirken sich die gegenstandsgleichen Erklärungen über die Ergänzungen zum Rückkaufvertrag nicht aus, weil sie ebenfalls der $^{10}/_{10}$ -Gebühr unterfallen. Eine Vergleichsberechnung erübrigt sich hier.
5. Die Frist zur Erfüllung der Bauverpflichtung ist noch nicht abgelaufen, das Wiederkaufsrecht kann deshalb nicht ausgeübt werden. Weil der Käufer die Bauverpflichtung nicht

mehr erfüllen kann oder will, wird das Grundstück an den Verkäufer zurückverkauft und aufgelassen. Es fällt hier eine $^{20}/_{10}$ -Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO aus dem Wert des Kaufvertrages gemäß § 20 Abs. 1 KostO an.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

21. KostO §§ 35, 38 Abs. 2 Nr. 1, 145 Abs. 1, 146 Abs. 1, 147 Abs. 2, 156 Abs. 5; BGB § 177 Abs. 1 (*Genehmigungseinholung löst keine Vollzugsgebühr aus*)

Die Herbeiführung der das Zustandekommen des Vertrages erst bewirkenden Genehmigungserklärung eines unmittelbar Vertragsbeteiligten stellt keine Vollzugstätigkeit im Sinne von § 146 Abs. 1 KostO dar.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.4.2005, I-10 W 168/04

Der Notar beurkundete einen Schenkungsvertrag, wobei die Veräußerin durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten wurde. Nach dem Wortlaut des Vertrages sollte „soweit Genehmigungen zu diesem Vertrag erforderlich sind, der amtierende Notar diese Genehmigungen einholen“. Dieser wurde „insbesondere beauftragt, die Genehmigung der Vertretenen unter Übersendung eines entsprechenden Genehmigungsentwurfes einzuholen“. Der Notar fertigte einen Genehmigungsentwurf, den die Vertretene unterzeichnet zurücksandte. Der Notar liquidierte für die Einholung der Genehmigung eine Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO.

Das Landgericht hat auf die Anweisungsbeschwerde des Notars anstelle der Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für begründet erachtet und die zur Überprüfung vorgelegte Kostenrechnung entsprechend reduziert. Hiergegen wendet sich die zugelassene weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

Die weitere zulässige Beschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses unter Zurückweisung der Anweisungsbeschwerde. Es kann zwar nicht festgestellt werden, dass die angefochtene Entscheidung des Landgerichts zur Frage der Anwendbarkeit des § 146 Abs. 1 KostO auf einer Verletzung des Rechts beruht. Dagegen hat das Landgericht verkannt, dass hier für die Fertigung des Entwurfs der Genehmigungserklärung eine Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO angefallen ist, die der Höhe nach der vom Notar in der beanstandeten Kostenrechnung aufgeführten Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO entspricht.

1. Die Herbeiführung der das Zustandekommen des Vertrages erst bewirkenden Genehmigungserklärung eines unmittelbaren Vertragsbeteiligten stellt keine Vollzugstätigkeit im Sinne des § 146 Abs. 1 KostO dar (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 499 f.; OLG Köln, RNotZ 2003, 528, 529; OLG Zweibrücken, DNotZ 1993, 765 f.). Grundsätzlich wird die gesamte mit der Beurkundung verbundene Tätigkeit des Notars durch die für das Beurkundungsgeschäft bestimmte Gebühr abgegolten. Dies folgt daraus, dass der Pflichtenkreis des Notars nicht mit der eigentlichen Beurkundung erfüllt ist, sondern dass der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege auch zur Förderung des Geschäfts und zur Herbeiführung des Rechtserfolgs tätig zu sein hat. Tätigkeiten, die diesem Zwecke dienen, sind gemäß § 35 KostO gebührenfrei, solange sie mit dem Beurkundungsgeschäft in einem derartigen engen Zusammenhang stehen, dass sie nur als unselbstständige Geschäfte in Erscheinung treten. Nur Tätigkeiten, die darüber hinausgehen und deren Ausführung der Notar ohne Verstoß gegen seine Amtspflichten ablehnen kann, ver-

⁴ Siehe zuletzt BayObLG, MittBayNot 1992, 287.

mögen als selbstständige Geschäfte die Vollzugsgebühr aus § 146 Abs. 1 KostO auszulösen. Die Entgegennahme einer Genehmigungserklärung nach § 177 Abs. 1 BGB steht mit der Urkundstätigkeit in so engem Zusammenhang, dass sie als Bestandteil des Beurkundungsgeschäfts anzusehen ist. Der Notar ist verpflichtet, die Genehmigung des Vertretenen beizubringen. Hierzu gehört ggfls. die Erinnerung an die noch nicht vorgelegte Genehmigung, die Entgegennahme der Genehmigung und die Überprüfung, ob diese wirksam und geeignet ist, die Vollzugsreife herbeizuführen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Zweibrücken, a. a. O.).

2. Für die Fertigung des Entwurfs der Genehmigungserklärung ist eine Gebühr nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO zu erheben. Die Fertigung des Entwurfs erfolgte hier ausweislich der Bestimmung des Vertrages auf ausdrückliches Anfordern der vertragsschließenden Parteien. Zu den Zustimmungserklärungen einzelner Teilnehmer zu einer bereits anderweitig beurkundeten Erklärung im Sinne des § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO zählt auch die Zustimmung des Vertretenen zur Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand März 2005, § 38 Rdnr. 11; OLG Zweibrücken, a. a. O.). Für die Einholung und Entgegennahme der Genehmigung kann daneben keine gesonderte Gebühr erhoben werden, weil es sich hierbei um ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Fertigung des Entwurfs handelt, § 35 KostO. Für die (erste) Beglaubigung wird nach § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO keine Gebühr erhoben.

Der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO ist gleich dem Wert der Erklärung, der zugestimmt wird (vgl. *Korintenberg/Schwarz*, § 38 KostO Rdnr. 25 m. w. N.), hier mithin dem Geschäftswert für die Schenkung. Die Höhe der Hälfte der vollen Gebühr ist zutreffend ermittelt.

Ob die Ausführungen des Landgerichts zu § 147 Abs. 2 KostO zutreffen (vgl. hierzu OLG Köln, RNotZ 2003, 528, 529), kann hier dahinstehen. Da die Tätigkeit des Notars bezüglich der Genehmigungserklärung gebührenpflichtig nach §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO ist, sind dessen Voraussetzungen ohnehin nicht erfüllt.

22. KostO §§ 30, 49, 56, 156; BGB §§ 2197, 2211 (*Beschwerdebefugnis des Aktenverwahrers; Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks*)

1. **Der für einen verstorbenen Notar bestellte Aktenverwahrer ist als Beteiligter eines Verfahrens nach § 156 KostO jedenfalls für Einlegung einer weiteren Beschwerde gegen eine Entscheidung des Landgerichts befugt, durch die die Kostenrechnung des Notars ermäßigt wurde.**
2. **Bei der Geschäftswertberechnung des Notars nach § 30 Abs. 1 KostO steht dem Notar Ermessen zu, das vom Beschwerdegericht nur auf seine Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann.**
3. **Für die Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung mit dem Ziel der Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks ist ein Geschäftswert von 10 % des betroffenen Grundbesitzes angemessen, wenn wahrscheinlich die Frist für die Dauervollstreckung verstrichen und das Amt des Testamentsvollstreckers erloschen ist.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 9.6.2005, 20 W 305/02

Der Kostenschuldner war an einer Erbengemeinschaft beteiligt, zu der Grundbesitz in O gehörte. Mit dem Ziel, die Löschung eines an diesem Grundbesitz eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks zu erreichen, gab der Kostenschuldner zu Urkunde der amtlich bestellten Vertreterin des Kostengläubigers eine eidesstattliche Versicherung ab. Danach seien der Umfang der Testamentvollstreckung sowie die als Testamentvollstrecker benannten Personen durch öffentliche Urkunden nicht mehr nachweisbar. Das Testament des Erblassers, dessen elf Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen waren, sei in den Kriegswirren des 2. Weltkriegs verloren gegangen, ebenso seien die Nachlass- und die Grundakten vernichtet worden. Die aus einem Grundbuchantrag bekannten als einzige bestellten Testamentsvollstrecker seien 1945 bzw. 1951 verstorben, ihre Aufgaben seien im Mai 1945 beendet gewesen.

In der zu dieser Protokollierung erstellten (berichtigten) Kostenrechnung hat die amtlich bestellte Vertreterin des Kostengläubigers eine ^{10/10}-Gebühr gemäß § 49 Abs. 1 KostO aus einem Geschäftswert von 1.353.660 DM berechnet. Dabei wurden 30 % des von dem Gutachterausschuss der Stadt O für unbebaute Grundstücke damals maßgeblichen Bodenrichtwertes berücksichtigt.

Der Kostenschuldner hat seine Notarkostenbeschwerde darauf gestützt, dass 4.804 qm der Gesamtfläche von 12.892 qm als Erholungsfläche mit einem geringeren Wert einzustufen seien. Wegen Nutzungsrechten Dritter an den Baulichkeiten könnten nach § 6 SachenRBERG diese Ankaufsrechte geltend machen, weshalb die Gebäude auf den Grundstücken nicht der Erbengemeinschaft zu zurechnen seien. Überhaupt würden die Eigentümer nach der Wiedervereinigung nur mit einem Drittel des Grundstückswertes entschädigt.

Der Kostengläubiger ist der Beschwerde entgegengetreten mit dem Vortrag, durch den Ansatz des Bodenrichtwertes für unbebaute Grundstücke seien größere Wertdifferenzen zwischen den einzelnen Grundstücken ausgeglichen worden. Für einen differenzierten Wertansatz müsste eine Sachverhaltsaufklärung erfolgen. Auch der Ansatz von 30 % des Beziehungswertes bei einem Rahmen von 10–50 % des Grundstückswertes als Beziehungswert sei angemessen, da keine Verfügung ohne Löschung des Testamentsvollstreckervermerks möglich sei und die eidesstattliche Versicherung vorsorglich auch für das Erbscheinsverfahren abgegeben worden sei. Im Rahmen des Freibeweises könne dem Grundbuchamt auch die eidesstattliche Versicherung des Kostenschuldners ausreichen für eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks.

Das Landgericht hat in seinem Beschluss die beanstandete Kostenrechnung auf 37,07 € ermäßigt und die weitere Beschwerde zugelassen. Zur Begründung wird ausgeführt, maßgeblich für die Bestimmung des Geschäftswertes nach § 30 Abs. 1 KostO sei das Ausmaß der Einwirkung der eidesstattlichen Versicherung auf das Wirtschaftsgut. Diese sei hier außerordentlich gering, da der Testamentsvollstreckervermerk nur noch in formeller Hinsicht bestanden habe, deshalb sei eine Orientierung des Geschäftswertes am Grundstückswert nicht angemessen, vielmehr sei mangels eines sachgerechten Anhaltspunktes der Gegenstandswert auf 5.000 DM festzusetzen.

Gegen diese Entscheidung hat der für den Kostengläubiger bestellte Aktenverwahrer weitere Beschwerde eingelegt und die Auffassung vertreten, der vom Landgericht angesetzte Geschäftswert sei ermessensfehlerhaft, da er der Bedeutung des betroffenen Wirtschaftsgutes nicht gerecht werde und den Grundsätzen der Kostenordnung widerspreche. Auch bestehe kein Anlass zur Abweichung von 30 % des Beziehungswertes als Mittelwert, wie er sich aus dem Ansatz von 10–50 % des Bezugsgegenstandes bei Verfügungsbeschränkungen wie dem Testamentsvollstreckervermerk ergebe.

Aus den Gründen:

Die weitere zugelassene Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 KostO).

Die weitere Beschwerde konnte wirksam auch durch den (damaligen) Aktenverwahrer eingelegt werden. Der die Akten eines verstorbenen Notars verwahrende Notar nimmt an dessen Stelle, wie auch das verwahrende Amtsgericht und der Notariatsverwalter, die Stellung eines Verfahrensbeteiligten in den Verfahren nach §§ 156, 157 KostO ein, wenn auch der

bisherige Notar oder seine Erben materiellrechtliche Inhaber der Kostenforderung bleiben, die in dessen Amtszeit entstanden sind (*Vetter* in Schippel, BNotO, 7. Aufl., § 51 Rdnr. 64; *Eylmann/Vaasen*, BNotO, 2. Aufl., § 51 Rdnr. 35; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 4. Aufl., § 51 Rdnr. 13). Als Verfahrensbeteiligter ist der aktenverwahrende Notar auch befugt, weitere Beschwerde einzulegen. Ob eine Beschwerde einlegung im Rahmen einer Anweisungsbeschwerde bzw. zu Ungunsten des verstorbenen Notars bzw. seiner Rechtsnachfolgerin zulässig wäre (verneinend OLG Stuttgart, DNotZ 1971, 117, 118) kann hier dahingestellt bleiben, da diese Fallgestaltung hier nicht vorliegt, sondern mit der weiteren Beschwerde eine Erhöhung der vom Landgericht ermäßigten Kostenrechnung angestrebt wird.

Die weitere Beschwerde hat auch im Umfang des Tenors in der Sache Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung, da sie nicht berücksichtigt hat, dass der Notar den Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen bestimmt und das Erstbeschwerdegericht sein Ermessen nicht an die Stelle der dem Notar eingeräumten Schätzungsbefugnis setzen darf. Vielmehr durfte die Kammer das vom Notar ausgeübte Ermessen nur auf seine Gesetzmäßigkeit überprüfen, also dahin, ob die vom Notar angewandten rechtlichen Maßstäbe und Kriterien zutreffend und ob die angestellten Erwägungen ermessensfehlerfrei sind (OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246, 247 = MittRhNotK 1995, 358; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2003, § 30 Rdnr. 3 a). Darüber hinaus lässt die Begründung der Kammer nicht erkennen, dass und auf welcher tatsächlichen Grundlage von ihr Ermessen ausgeübt wurde, da die Entscheidung keinen Sachverhalt enthält und trotz der Zitierung von § 30 Abs. 1 KostO in Wahrheit der Regelwert nach § 30 Abs. 2 KostO a. F. zu Grunde gelegt worden ist.

Wenn wie vorliegend kein bestimmter oder bestimmbarer Wert oder ein nach objektiven Merkmalen schätzbarer Wert den Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung bildet, ist der Geschäftswert für die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach § 49 Abs. 1 KostO gemäß § 30 Abs. 1, nur notfalls gemäß § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen (*Rohs/Wedewer*, § 49 KostO Rdnr. 7, Stand April 2000; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 49 Rdnr. 6). Tatsächlicher Anhaltspunkt für die Ermessensbildung sind der Wert des durch das Geschäft betroffenen Wirtschaftsguts und das Ausmaß, in welchem dieses durch das Geschäft betroffen wird. Das durch die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung betroffene Wirtschaftsgut ist der Grundbesitz in O, an dem der Testamentsvollstreckervermerk eingetragen ist. Bei dessen Bewertung gelten auch für den Notar die Grundsätze des § 19 KostO, insbesondere § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO. Zu Recht hat der Kostengläubiger die Auskunft des Grundbuchamtes über den Bodenrichtwert laut Gutachterausschuss als amtlich bekannte Tatsache seiner Wertermittlung zugrunde gelegt. Der Einwand des Kostenschuldners, der Gebäudewert sei nicht zu berücksichtigen, geht ins Leere, da nur der Bodenwert angesetzt worden ist. Soweit der Kostenschuldner geltend gemacht hat, bei 4.804 qm handele es sich um Erholungsflächen, für die die Stadt O nur 40 DM/qm zu zahlen bereit sei, durfte der Kostengläubiger trotzdem an dem für sämtliche Grundstücke in dem fraglichen Bereich festgelegten Bodenrichtwert festhalten, denn es gehört zum Wesen des Richtwertes, dass es sich um einen Durchschnittswert handelt, der Schwankungen im Einzelfall sowohl nach oben als auch nach unten einbezieht. Solange der Kostenschuldner seine Angaben nicht durch von der Richtwertkarte des Sachverständigenausschusses

abweichende amtliche Auskünfte bzw. ein Sachverständigen-gutachten o. ä. belegt hatte, musste ihnen der Kostengläubiger nicht folgen.

Zwar ist die Kammer zu Recht davon ausgegangen, dass der eingetragene Testamentsvollstreckervermerk bei der vorliegenden Fallgestaltung nur noch von geringer tatsächlicher Bedeutung sein konnte, weil wahrscheinlich im Fall der Dauertestamentsvollstreckung die dreißigjährige Frist nach dem Erbfall gemäß § 2210 BGB verstrichen bzw. das Amt der letzten bekannten Testamentsvollstrecker durch deren Tod gemäß § 2225 BGB erloschen ist. Dies rechtfertigte es aber nicht, im Rahmen der Bewertung nach § 30 Abs. 1 KostO den Wert des betroffenen Grundbesitzes völlig außer Acht zu lassen. Mit der weiteren Beschwerde wird zutreffend beanstandet, dass auch bei einer nur „formal“ bestehenden Verfügungsbeschränkung in die Bewertung noch einzufließen hat, wie wertvoll das Wirtschaftsgut ist, das davon betroffen ist. Auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise hat die hier beurkundete eidesstattliche Versicherung einen Wert, der in Relation steht zu dem Wert des Grundeigentums, dessen Verkehrsfähigkeit durch die eidesstattliche Versicherung als Mittel zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erreicht werden soll.

Nach dem System der Kostenordnung bestimmt sich der Geschäftswert einer Lösungsgebühr nach dem Wert der gelöschten Eintragung, und zwar nicht nach dem gegenwärtigen Wert des gelöschten Rechts, sondern dem Wert, den die Eintragung hätte, wenn sie in dem Zeitpunkt erfolgt wäre, in dem sie nunmehr gelöscht wird. So ist z. B. bei Grundpfandrechten für die Löschung der Nennbetrag maßgeblich, auch wenn sie nicht mehr valuiert sind (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 68 KostO Rdnr. 4 f.; *Rohs/Wedewer*, § 68 KostO Rdnr. 6, 6 b, Stand Dezember 2004). Auch bei der Löschung und Aufgabe wiederkehrender Rechte nach § 24 KostO gilt dieser Grundsatz, ohne dass es darauf ankäme, ob das Recht in diesem Zeitpunkt noch einen wirtschaftlichen Wert hat oder gegenstandslos geworden ist (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 24 KostO Rdnr. 80). Aus § 70 Abs. 1 Satz 2 KostO, wonach auch bei der Löschung gegenstandsloser Rechte das Grundbuchamt einem Beteiligten eine Lösungsgebühr auferlegen kann, die nicht auf die Mindestgebühr beschränkt ist, ergibt sich, dass der Gesetzgeber selbst gegenstandslosen Rechten einen Wert beimisst. Nach der Rechtsprechung ist für die Löschung einer Auflassungsvormerkung als Geschäftswert regelmäßig der volle Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Löschung anzusetzen (Bay-ObLG, Rpfleger 1986, 31). Den Wert der Löschung eines faktisch gegenstandslosen Vorkaufsrechts hat das OLG Zweibrücken (Beschl. v. 13.7.1990, 3 W 67/90, KostRSpr Nr. 17 zu § 68 KostO) noch mit 20 % des Grundstückswertes angesetzt. Auch die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks fällt unter § 68 KostO, ihr Wert richtet sich also nach dem Wert der Eintragung im Zeitpunkt der Löschung, was bedeutet, dass jedenfalls ein Bruchteil des Wertes des betroffenen Grundbesitzes maßgeblich ist. Für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wären 10–50 % des Grundstückswertes als Beziehungswert anzusetzen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 30 KostO Rdnr. 8, 91, § 65 Rdnr. 8, 4).

Diese Grundsätze lassen sich nach Ansicht des Senats auch auf die Bewertung der eidesstattlichen Versicherung des Kostenschuldners übertragen, die die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zum Ziel hatte. Danach ist für den Geschäftswert jedenfalls von einem Bruchteil des betroffenen Grundstückswertes auszugehen. Diesen setzt der Senat jedoch nur auf 10 % als der untersten Grenze des Wertrahmens

an, um der geringen Bedeutung Rechnung zu tragen, die dem Testamentsvollstreckervermerk und mittelbar also auch der eidesstattlichen Versicherung des Kostenschuldners für die Verkehrsfähigkeit des Grundbesitzes noch zukam. Der Ansatz des Mittelwertes von 30 % entsprechend der beanstandeten Kostenrechnung war bei der bereits dargelegten hohen Wahrscheinlichkeit, dass die Testamentsvollstreckung längst beendet war, nicht angemessen. Insofern hat der Kostengläubiger die besonderen Umstände wie die rechtlichen Folgen des langen Zeitablaufs seit Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks nicht bei seiner Ermessensausübung berücksichtigt, indem er allein aufgrund der Wirkung als Verfügungsbeschränkung schematisch den Mittelwert von 10–50 % angesetzt hat. Andererseits steht die Tatsache, dass der Kostenschuldner jedenfalls der eidesstattlichen Versicherung bedurfte, um eine Löschung im Grundbuch zu erreichen und nicht vorgetragen hat, dass es zu einer Löschung wegen Gegenstandslosigkeit nach § 84 GBO gekommen ist, einer weiteren Reduzierung entgegen.

23. KostO § 16; GmbHG § 5 Abs. 3 Satz 2 (*Erhebung von Notarkosten einer unwirksamen Beurkundung bei kostenfreiem Nachbesserungsanspruch*)

Auch wenn eine Beurkundung eine unrichtige Sachbehandlung i. S. v. § 16 KostO darstellt, dürfen Kosten erhoben werden, wenn sie auch bei richtiger Behandlung der Sache entstanden wären. Der Kostenschuldner, dem aus der unwirksamen Beurkundung ein Anspruch auf kostenfreie Nachbeurkundung erwächst, wäre eklatant bevorteilt, wenn die Kosten der ersten Beurkundung nicht zu erheben wären. Er darf nicht nach seinem Belieben von einer Nachbeurkundung Abstand nehmen, um im Nachhinein die Kosten der ursprünglich gewünschten Beurkundung zu vermeiden.

KG, Beschluss vom 22.7.2005, 9 W 60/05

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 156 Abs. 2 KostO, § 27 FGG zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Allerdings stellte die Beurkundung des Vertrages eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 16 KostO dar, weil die Abtretung eines GmbH-Anteils vereinbart wurde, der entgegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nicht durch 50 € teilbar war. Dieses offensichtliche Versehen macht nicht nur diese Abtretung, sondern den Vertrag insgesamt nichtig, auch wenn die Zweifelsregelung des § 139 BGB durch Ziffer IV. § 2 Abs. 3 Satz 1 des Vertrages abbedungen worden ist, denn ohne die Abtretung des mehrheitlichen GmbH-Anteils hätten die Vertragsparteien weder die Veräußerung des weiteren GmbH-Anteils und der stillen Beteiligung an der GmbH gewollt, noch die Verpflichtung des bisherigen Mehrheitsgesellschafters zum Erwerb eines Grundstückes aus dem GmbH-Vermögen. Die salvatorische Klausel des Vertrages kann daher nicht zum Tragen kommen.

Gleichwohl darf der Notar die Kosten des Vertrages erheben, weil sie auch bei richtiger Behandlung der Sache entstanden wären. Bei entsprechendem Hinweis des Beschwerdegegners wäre der Geschäftsanteil des Mehrheitsgesellschafters entsprechend den Vorgaben des GmbHG geteilt und ein Anteil von 21.850 € (statt 21.840 €) abgetreten worden; dies ist

vom Beschwerdegegner unwidersprochen vorgetragen worden und unterliegt nach der damaligen Interessenlage der Vertragsparteien auch keinem Zweifel. Damit aber wäre der Vertrag wirksam zustande gekommen.

Die Auffassung im angefochtenen Beschluss und in den Beschlüssen des 1. Zivilsenats des Kammergerichts vom 27.2.1970 (DNotZ 1970, 437) und 18.12.2001 (ZNotP 2002, 187 = MDR 2002, 690), die (hypothetischen) Erklärungen der Beteiligten bei richtiger Belehrung müssten bei der Prüfung der Kausalität der unrichtigen Sachbehandlung für die Entstehung der fraglichen Kosten außer Betracht bleiben, vermag den erkennenden Senat nicht zu überzeugen. § 16 KostO stellt mit der Formulierung „Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären“ gerade auf den hypothetischen Geschehensablauf ab. Das Argument (im Beschluss vom 27.2.1970), der Notar dürfe nichts verlangen, was er als Schadensersatz wieder zurückgewähren müsste, geht ins Leere: Der Auftraggeber kann die Kosten einer Neubeurkundung durch einen anderen Notar grundsätzlich nicht als Schaden geltend machen, wenn er dem Urkundsnotar keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben hat (vgl. BGH, NJW 2002, 1655 = DNotZ 2002, 539 = MittBayNot 2002, 528). Auch die Erwägung des 1. Zivilsenats, der Grundsatz, dass bei unrichtiger Sachbehandlung nur die gegenüber der richtigen Sachbehandlung entstandenen Mehrkosten nicht zu erheben sind, solle lediglich sicherstellen, dass die Beteiligten durch die unrichtige Sachbehandlung keinen Vorteil erlangen, hat kein entscheidendes Gewicht. Dem Kostenschuldner erwächst aus der unwirksamen Beurkundung immerhin der Anspruch gegen den Urkundsnotar auf kostenfreie Nachbeurkundung (vgl. BGH, a. a. O.) und er wäre eklatant bevorteilt, wenn gleichzeitig die Kosten der ersten Beurkundung nicht zu erheben wären. Er hätte aber auch dann schon einen Vorteil aus der unrichtigen Sachbehandlung, wenn er im Nachhinein die Kosten der ursprünglich gewünschten Beurkundung vermeiden könnte, indem er nach seinem Belieben von einer Nachbeurkundung Abstand nimmt. Eben dies hat die Beschwerdeführerin getan; ein wirksamer Neuabschluss des Vertrages ist nicht etwa an einer einseitigen Weigerung der Verkäufer gescheitert.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin musste der Beschwerdegegner eine Beurkundung nicht von einer vorherigen Zustimmung ihrer Aktionärsversammlung bzw. einer Rücksprache mit ihrem Vorstandsvorsitzenden abhängig machen, nachdem ihr Vorstandsmitglied bei der Beurkundung erklärte, die Kaufpreise zu beschaffen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 131 KostO, 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG. Die Voraussetzungen einer Vorlage an den BGH gemäß § 28 Abs. 2 FGG liegen nicht vor. Der Senat weicht mit seiner Auslegung von § 16 KostO nicht von einer Entscheidung des BGH oder eines anderen OLG ab. Im Fall des OLG Stuttgart (JurBüro 1976, 493) wäre es bei richtiger Behandlung gerade nicht zu einer Beurkundung gekommen und die Beschlüsse des BGH (DNotZ 1961, 430), des OLG Düsseldorf (DNotI-Report 1994, Heft 22, 7) sowie des OLG Hamm (MittBayNot 2000, 59) befassen sich nicht mit Kausalitätsfragen.

Steuerrecht

24. BGB § 1380; ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Schenkweiser Grundstückserwerb von den Schwiegereltern; Abgrenzung von Durchgangserwerb des Kindes*)

Übertragen (Schwieger-)Eltern unter Mitwirkung ihres Kindes schenkweise Grundstückseigentum unmittelbar auf den Ehegatten ihres Kindes (Schwiegerkind), kann hierin auch dann kein schenksteuerrechtlich beachtlicher Durchgangserwerb des Kindes liegen, wenn die Zuwendung „auf Veranlassung des Kindes“ erfolgen soll und als „ehebdingte Zuwendung“ des Kindes bezeichnet wird. Eine Schenkung des Kindes an seinen Ehegatten kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht (gegen FG Rheinland-Pfalz, EFG 1999, 617).

BFH, Urteil vom 10.3.2005, II R 54/03

Die Schwiegereltern des Klägers waren zu je 1/2 Eigentümer einer Eigentumswohnung. In notariellem Vertrag trafen sie mit dem Kläger und dessen Ehefrau (E) die folgende Vereinbarung:

„Die Übergeber übergeben ihrer Tochter einen Miteigentumsanteil von 1/2 und auf Veranlassung der Tochter als deren ehebdingte Zuwendung ihrem Ehemann einen Miteigentumsanteil von 1/2.

Wir sind darüber einig, dass das Eigentum an dem übergebenen Grundeigentum auf die Übernehmer übergeht. Die Übergeber bewilligen und die Übernehmer beantragen die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch. Das Eigentum ist einzu-
tragen für (...) [Ehefrau] zu 1/2 und (...) [Kläger] zu 1/2.“

Das beklagte Finanzamt setzte gegen den Kläger Schenkungsteuer wegen eines Erwerbs von seiner Schwiegermutter im Umfang der Hälfte des auf ihn entfallenden hälftigen Miteigentumsanteils fest. Im Einspruchs- und Klageverfahren vertrat der Kläger unter Berufung auf das Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 18.2.1999, 4 K 2011/98 (EFG 1999, 617) die Auffassung, es habe sich um eine Schenkung der E gehandelt, für die wegen der entsprechenden Freibeträge keine Schenkungsteuer festzusetzen sei.

Mit seiner Revision gegen die Klageabweisung des FG rügt der Kläger die Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Das FG hätte den Vertrag dahin gehend würdigen müssen, dass zunächst die E die gesamte Eigentumswohnung habe erhalten sollen, dann aber aufgrund eigener Entscheidung die Hälfte davon an den Kläger habe weiter-schenken wollen. Dem FG sei vermutlich nicht bekannt gewesen, dass der Kläger und die E bereits vor Abschluss des Übergabevertrags eine Baugenehmigung für eine Erweiterung des Wohnhauses beantragt hätten. Eine Fremdfinanzierung dieser Baumaßnahme wäre bei Alleineigentum der E, die damals nicht über eigenes Einkommen verfügt habe, nicht möglich gewesen. Daraus ergebe sich, dass die E bereits vor Abschluss des Übergabevertrags eine Dispositionsmöglichkeit geprüft und ausgeübt habe.

Gründe:

II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine freigebige Zuwendung der S an den Kläger angenommen.

1. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Wird dem Bedachten der Schenkungsgegenstand nicht unmittelbar von dessen ursprünglichem Inhaber zugewendet, sondern noch ein Dritter zwischengeschaltet, kommt es für die Bestimmung der Person des Zuwendenden darauf an, ob der Dritte über eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Verwendung des Schenkungsgegenstands verfügte (BFH, BStBl II 1994, 128 = MittBayNot 1994, 174). Maß-

geblich für die Beurteilung dieser Frage sind die Ausgestaltung der Verträge unter Einbeziehung ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie die mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Parteien.

2. Das FG hat seine Würdigung, der E habe im Streitfall ein eigener Entscheidungsspielraum hinsichtlich des auf den Kläger übergegangenen Miteigentumsanteils gefehlt, auf die Regelung der gesamten Übertragung in einem einheitlichen Vertrag und auf das Fehlen einer Auflassung zugunsten der E gestützt. An diese Tatsachenwürdigung ist der Senat nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden; sie lässt im Revisionsverfahren beachtliche Rechtsfehler, insbesondere Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze, nicht erkennen.

Die Angriffe der Revision erschöpfen sich darin, an die Stelle der durch das FG vorgenommenen Würdigung eine andere Würdigung setzen zu wollen, ohne jedoch die Voraussetzungen der aus § 118 Abs. 2 FGO folgenden Bindungswirkung in Frage zu stellen. Auch kann ein Vortrag neuer Tatsachen im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden (BFH, BStBl II 2004, 118, unter II. 2.); dies betrifft im Streitfall die Behauptungen zu dem geplanten Erweiterungsbau, dessen beabsichtigter Finanzierung und den Einkommensverhältnissen der E. Abgesehen davon vermag der Senat nicht zu erkennen, inwiefern aus der Behauptung, der einkommenslosen E sei eine Finanzierung des geplanten Bauvorhabens nicht möglich gewesen, ein eigener Entscheidungsspielraum der E über die Verwendung des ohnehin zu keinem Zeitpunkt auf sie übergegangenen Miteigentumsanteils folgen soll.

3. Zutreffend hat das FG es bei der Anwendung der unter 1. dargestellten Grundsätze auf den Streitfall für unerheblich gehalten, dass es sich bei der zwischengeschalteten Person um den Ehegatten des endgültigen Empfängers der Schenkung handelt und im Vertrag die Formulierung, die Übertragung erfolge „auf Veranlassung der Tochter als deren ehebdingte Zuwendung“, verwendet worden ist. Weder die Besonderheiten des Rechts der unbenannten Zuwendung noch die des ehelichen Güterrechts rechtfertigen es, eine zwischenzeitliche Bereicherung der E anzunehmen, obwohl der Gegenstand der Schenkung weder zu irgendeinem Zeitpunkt auf sie übergegangen ist noch sie nach den bindenden Feststellungen des FG eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich seiner Verwendung hatte. Soweit das FG Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung in EFG 1999, 617, auf die der Kläger sich beruft, eine andere Auffassung vertreten haben sollte, vermag der Senat dem nicht zu folgen.

Aus dem Institut der unbenannten ehebdingten Zuwendung kann der Kläger schon deshalb nichts ihm Günstiges herleiten, weil die Rechtsprechung der Zivilgerichte die für dieses Institut geltenden Regelungen auch auf unmittelbare Zuwendungen der Schwiegereltern an ihr Schwiegerkind anwendet (vgl. BGHZ 129, 259 = MittBayNot 1995, 392). Insoweit unterscheiden sich die Rechtsfolgen eines Direkterwerbs von den Schwiegereltern nicht von denen eines Durchgangserwerbs vom Ehegatten.

Soweit E durch die im Vertrag verwendete Formulierung die Chance erworben haben sollte, für den Fall der späteren Durchführung eines güterrechtlichen Zugewinnausgleichs eine der Höhe nach ungewisse Anrechnungsposition (§ 1380 BGB) geltend machen zu können, ist darin in schenksteuerrechtlicher Hinsicht keine gegenwärtige Bereicherung der E zu sehen, mit der sie dem Kläger den Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung verschafft haben könnte. Denn die ungewisse künftige Anrechnungsposition einerseits und der Miteigentumsanteil andererseits stellen unterschiedliche Bereicherungsgegenstände dar.

25. GrEStG § 16 Abs. 2 Nr. 1, § 22; BeurkG § 53 (*Antrag auf Eigentumsumschreibung ohne Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung*)

Die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG für den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch bestimmte Frist von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang ist unabhängig davon einzuhalten, ob dem Steuerpflichtigen oder dem die Auflassung beurkundenden Notar vor Fristablauf die Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG vorliegt.

BFH, Beschluss vom 18.1.2006, II B 105/05

Der Kläger verkaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 8.2.2001 ein Grundstück an einen Dritten. Der Käufer wurde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19.12.2002 kaufte der Kläger das Grundstück zurück. Die Auflassung wurde erklärt, die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch bewilligt. Entsprechend den getroffenen Vereinbarungen beantragte der beurkundende Notar mit Schreiben vom 29.12.2002 beim beklagten Finanzamt (FA), eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu übersenden, die festgesetzte Grunderwerbsteuer aus dem ursprünglichen Kaufvertrag zu erstatten und für den Rückkaufvertrag keine Grunderwerbsteuer zu erheben.

Da die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch aufgrund des Rückkaufvertrags nicht innerhalb der in § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG bestimmten Frist von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer mit Abschluss des Kaufvertrags vom 8.2.2001 (§ 38 AO) beim Grundbuchamt beantragt wurde, setzte das FA für den Rückkauf Grunderwerbsteuer fest. Einspruch und Klage, mit denen der Kläger geltend gemacht hatte, das FA habe die Unbedenklichkeitsbescheinigung schuldhaft nicht vor Ablauf der Zweijahresfrist übersandt und deshalb sei der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt nicht gestellt worden, blieben erfolglos. Das FG vertrat die Auffassung, das FA habe die Grunderwerbsteuer zu Recht festgesetzt, weil der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt nicht innerhalb der gesetzlichen Zweijahresfrist gestellt worden sei. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens der Frist könne schon deshalb nicht gewährt werden, weil § 110 AO nur gegenüber der Finanzbehörde bestehende Fristen betreffe, nicht aber die gegenüber dem Grundbuchamt zu wahrende Frist nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG. Es komme daher nicht darauf an, ob der Kläger die Frist schuldhaft versäumt habe.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Die Rechtssache ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht grundsätzlich bedeutsam i. S. von § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO.

1. Eine Rechtsfrage hat grundsätzliche Bedeutung, wenn ihre Beantwortung durch den BFH aus Gründen der Rechtssicherheit, der Rechtseinheitlichkeit und/oder der Rechtswicklung im allgemeinen Interesse liegt. Es muss sich um eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage handeln. Eine Rechtsfrage ist u. a. dann nicht klärungsbedürftig, wenn sie sich ohne weiteres aus dem Gesetz beantworten lässt oder offensichtlich so zu beantworten ist, wie es das FG getan hat (BFH/NV 2006, 48, m. w. N.).

2. Es bedarf keiner Klärung in einem Revisionsverfahren, dass die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG für den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch bestimmte Frist von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang unabhängig davon einzuhalten ist, ob dem Steuerpflichtigen oder dem die Auflassung beurkundenden Notar vor Fristablauf die Unbedenklichkeits-

bescheinigung nach § 22 GrEStG vorliegt. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der Vorschrift, die die Frist nicht vom Vorliegen einer solchen Bescheinigung abhängig macht.

Entgegen der Ansicht des Klägers steht dies nicht im Widerspruch zum Grundbuchrecht. Die von ihm betonte Gefahr, dass der zunächst ohne die Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Grundbuchamt gestellte Antrag auf Eigentumsumschreibung aufgrund § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG (endgültig) kostenpflichtig zurückgewiesen und der den Antrag stellende Notar dadurch zum Schadenersatz verpflichtet wird, ist allenfalls theoretischer Natur, wenn erforderlichenfalls die gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft werden.

Der Antrag auf Eigentumsumschreibung kann beim Grundbuchamt bereits gestellt werden, bevor die Unbedenklichkeitsbescheinigung vorliegt. Ein solcher Antrag kann auch zur Rangwahrung sinnvoll sein (vgl. § 17 i. V. m. § 18 Abs. 2 GBO). Im Rahmen dieses Antrags kann darauf hingewiesen werden, dass die Unbedenklichkeitsbescheinigung nach deren Zugang unverzüglich nachgereicht wird. Dass die Bescheinigung zunächst fehlt, ist kein Grund für die Zurückweisung des Umschreibungsantrags, sondern lediglich für eine Zwischenverfügung unter Setzung einer angemessenen Frist (§ 18 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GBO; vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1986, 1819; BayObLG, FGPrax 1995, 95; *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 18 Rdnr. 82 f.). Erforderlichenfalls kann eine Verlängerung der gesetzten Frist beantragt werden (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 18 Rdnr. 34 m. w. N.). Diesem Antrag ist stattzugeben, wenn Aussicht auf Beseitigung des Mangels besteht (*Böttcher* in Meikel, a. a. O., § 18 Rdnr. 109). Dies ist der Fall, wenn dem FA gegenüber das Vorliegen der in § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bestimmten Voraussetzungen der Steuerfreiheit des Erwerbsvorgangs einschließlich des innerhalb der Frist von zwei Jahren gestellten Antrags auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch nachgewiesen ist und das FA deshalb nach § 22 Abs. 2 Satz 1 GrEStG zur Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung verpflichtet ist.

Die vom Kläger angeführte Vorschrift des § 53 BeurkG steht einer zunächst ohne Unbedenklichkeitsbescheinigung erfolgenden Antragstellung beim Grundbuchamt ebenfalls nicht entgegen. Die Vorschrift verpflichtet den Notar für den Regelfall, beurkundete Willenserklärungen beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen, sobald dies geschehen kann, regelt aber nicht die Frage, ob Eintragungen bei diesen Stellen bereits beantragt werden können, bevor alle zur Eintragung erforderlichen Unterlagen vorliegen. Dies richtet sich vielmehr nach den jeweiligen Verfahrensordnungen, hier also der GBO, die für solche Fälle wie bereits dargelegt das Ergehen einer Zwischenverfügung und nicht die Zurückweisung des Antrags vorsieht (vgl. auch *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 53 Rdnr. 16).

Sollte das FA im Einzelfall entgegen seiner Verpflichtung die beantragte Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht rechtzeitig ausstellen und das Grundbuchamt deshalb den Eintragungsantrag nach § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO zurückweisen, steht dem Steuerpflichtigen dagegen die Beschwerde zu (§ 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG). Im Beschwerdeverfahren kann die Unbedenklichkeitsbescheinigung nachgereicht werden, da die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden kann (§ 74 GBO). Wird die Beschwerde zurückgewiesen, ist nach Maßgabe des § 78 GBO die weitere Beschwerde zulässig.

Lehnt das FA die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung ab oder bleibt es untätig, kann der Steuerpflichtige

dagegen mit dem Einspruch (§ 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 AO) und ggf. der Verpflichtungsklage (§ 40 Abs. 1 FGO ggf. i. V. m. § 46 FGO) vorgehen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 114 FGO) kommt ebenfalls in Betracht (Hofmann, GrEStG, 8. Aufl., § 22 Rdnr. 14 f.; Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 19 f.).

Wenn der Steuerpflichtige die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG bestimmte Zweijahresfrist beachtet, wird die Abwicklung allerdings sowohl beim FA als auch beim Grundbuchamt in aller Regel problemlos erfolgen.

3. Soweit der Kläger die konkrete Behandlung des Vorgangs durch das FA rügt, hat er nicht dargelegt, inwiefern ein allgemeines Interesse an einer Klärung durch den BFH über den Einzelfall hinaus bestehen soll, und somit die Beschwerde nicht den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entsprechend begründet (vgl. BFH/NV 2006, 50).

Anmerkung:

1. Grundlagen

Das Besprechungsurteil überrascht zunächst und nötigt den Notar zu ungewöhnlichem Handeln im Einzelfall. Die Grunderwerbsteuerbelastung entsteht nach § 38 AO, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuerpflicht knüpft.¹ Das ist im Regelfall der notariellen Praxis, dem Kauf, bereits mit dem Abschluss eines wirksamen schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts der Fall. Die Steuerentstehung hängt nicht vom Vollzug des Eigentumsübergangs ab. Nur in den Sonderfällen des § 14 GrEStG wird der Zeitpunkt der Steuerentstehung nach hinten geschoben, so insbesondere bei bedingten und von einer Genehmigung abhängigen Rechtsgeschäften. Der Nichtvollzug oder die Rückabwicklung eines zunächst vollzogenen Grundstückskaufvertrages können jedoch nach Maßgabe des § 16 Abs. 1, 2 GrEStG zu einem Wegfall der Steuerpflicht und zur Steuerfreiheit der Rückübertragung führen. Für den Fall, dass das Eigentum bereits auf den Käufer im Grundbuch umgeschrieben worden war, richtet sich die Rückabwicklung nach § 16 Abs. 2 GrEStG. Die mangel-, anfechtungs- oder nichtigkeitsbedingte Rückübertragung des Grundstücks ist an keine Frist gebunden (§ 16 Abs. 2 Nr. 2, 3 GrEStG). Problematischer sind hingegen die Fälle, in denen ohne besonderen Rechtsgrund das Grundstück zurückübertragen wird.² In diesen Fällen sind Steuererstattung und Steuerbefreiung des Rückerwerbs davon abhängig, dass Beurkundung der Auflassung und Antragstellung zum Grundbuchamt innerhalb von zwei Jahren ab der Entstehung der ursprünglichen Steuer erfolgt sind. Auf den Zeitpunkt der Beantragung oder Eintragung einer Vormerkung³ und auf den grundbuchamtlichen Vollzug der Auflassung kommt es hingegen nicht an,⁴ sofern der Vollzug nur irgendwann nachfolgt.

2. Einordnung/Bewertung

Das Besprechungsurteil hebt nun hervor, dass es auf die Gründe einer Antragstellung zum Grundbuchamt nach Ablauf der Zweijahresfrist nicht ankommt. Der Notar hat den Antrag – wie üblich – erst stellen wollen, nachdem die Un-

bedenklichkeitsbescheinigung (UB) des FA vorliegt. Darüber verging die Zweijahresfrist; das FA setzte daher auch für den Rückerwerb die GrESt fest. Es ging im Fall wirtschaftlich um eine Steuer in Höhe von zwei mal 3,5%, also insgesamt 7% des Kaufpreises. Die Auffassung des BFH, wonach es auf den Grund der Fristversäumnis nicht ankomme, wurde auch bisher bereits in der Kommentarliteratur vertreten.⁵ Dem BFH ist in jedem Fall zuzugeben, dass ein Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hier nicht in Betracht kommt.

3. Gestaltung

Für die notarielle Praxis folgt daraus, in entsprechenden Fällen gezielt eine Zwischenverfügung zu riskieren und den Antrag unmittelbar nach der Beurkundung zu stellen. Denn der Antrag zum Grundbuchamt muss nur wirksam sein, aber noch nicht vollzugsfähig. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung, Genehmigungen nach dem GrStVG, nach § 12 WEG oder § 7 ErbbauRVO usw. sollten nicht abgewartet werden. Meist ist der Notar aufgrund einer Vorlageanweisung nicht befugt, die Auflassung vorzulegen. In geeigneten Fällen kann es sich daher anbieten, anstelle der Vertragsgestaltung mit einer Vorlageanweisung die Rückabwicklung (Rückauflassung) mit einer Kaufpreiserstattungssicherungshypothek sofort zu beantragen und die Hypothek nur dann in das Grundbuch eintragen zu lassen, wenn der Rückverkäufer nicht bis zum tatsächlichen Vollzug der Rückauflassung den Erhalt der Gegenleistung bestätigt hat.

4. Haftung

Ein Haftungsfall ist in dem BFH-Sachverhalt m. E. nicht zu sehen. Der Notar kann zur steuerlichen Optimierung die vorstehenden Wege beschreiten, er ist aber zur steuerlichen Optimierung und Gestaltung nicht verpflichtet. Den Notar trifft zwar die Pflicht zum unverzüglichen Urkundenvollzug; er muss aber Urkunden nach § 53 BeurkG erst dann dem Grundbuchamt vorlegen, wenn sie vollzugsreif sind.⁶ Das war vorliegend innerhalb der Zweijahresfrist nicht der Fall. Andernfalls würde er auf Kosten und Risiko der Beteiligten eine Zwischenverfügung in Kauf nehmen, die bei zu langen Laufzeiten zu einer kostenpflichtigen Rückweisung führen kann. Dieses Risiko sollte der Notar nur bei ausdrücklicher Anweisung der Beteiligten für diese eingehen.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

⁵ Pahlke/Franz, GrEStG, § 16 Rdnr. 51.

⁶ Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 53 Rdnr. 16; Limmer in Eylamnn/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 53 BeurkG Rdnr. 6 – jeweils auch mit Hinweisen zu Ausnahmefällen.

26. §§ 26, 26 b, 32 Abs. 5 EStG; §§ 1, 5 LPartG (Keine Zusammenveranlagung eingetragener Lebenspartner)

Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft haben keinen Anspruch auf Durchführung einer Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer unter Anwendung des Splittingtarifs.

BFH, Urteil vom 26.1.2006, III R 51/05

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in DStR 2006, 747.

¹ Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 14 Rdnr. 2.

² Vgl. BFH, BStBl II 1980, 129.

³ Boruttau/Sack, GrEStG, 15. Aufl. 2002, § 16 Rdnr. 156.

⁴ Pahlke/Franz, GrEStG, § 16 Rdnr. 51.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Merkblatt über die steuerlichen Beistandspflichten der Notare auf den Gebieten Grunderwerbsteuer, Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer), Ertragsteuern

Schreiben des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 15.05.2005, S 4540 – 4 St 34M/St 35N. Stand Mai 2006

Inhaltsübersicht

<p>Teil A: Allgemeines</p>	<p>5. Frist für die Anzeigen, steuerfreie Rechtsvorgänge</p>
<p>Teil B: Grunderwerbsteuer</p> <p>1. Maßgebende Vorschriften</p> <p>2. Anzeigepflichtige Vorgänge, steuerfreie Vorgänge</p> <p>3. Zuständiges Finanzamt</p> <p>4. Form und Inhalt der Anzeigen</p> <p>5. Anzeigefrist</p> <p>6. Absendevermerk des Notars</p> <p>7. Bedeutung der Anzeigen</p>	<p>6. Absendevermerk des Notars</p> <p>7. Empfangsbestätigung des Finanzamts</p>
<p>Teil C: Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer)</p> <p>1. Maßgebende Vorschriften</p> <p>2. Anzeigepflichtige Rechtsvorgänge</p> <p>3. Zuständiges Finanzamt</p> <p>4. Form und Inhalt der Anzeigen</p>	<p>Teil D: Ertragsteuern</p> <p>1. Maßgebende Vorschrift</p> <p>2. Anzeigepflichtige Rechtsvorgänge</p> <p>3. Zuständiges Finanzamt</p> <p>4. Form und Inhalt der Anzeigen</p> <p>5. Frist für die Anzeigen</p> <p>6. Absendevermerk des Notars</p> <p>7. Empfangsbestätigung des Finanzamts</p>
	<p>Teil E: Mehrfache Anzeigepflicht bei mehrfacher Steuerpflicht</p>

Teil A: Allgemeines

1. Aus Gründen der Übersichtlichkeit berücksichtigt dieses Merkblatt nur das Wesentliche.
2. Es wird gebeten, Änderungen der Rechtslage in diesem Merkblatt selbst zu vermerken.

Teil B: Grunderwerbsteuer

1. Maßgebende Vorschriften

Die steuerlichen Anzeigepflichten und sonstigen Beistandspflichten der Notare ergeben sich aus folgenden Vorschriften: §§ 18, 20 und 21 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.02.1997 (BGBl I S. 418, BStBl 1997 I S. 313), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften (Richtlinien-Umsetzungsgesetz-EURLUmsG) vom 09.12.2004 (BGBl 2004 I S. 3310) sowie § 102 Abs. 4 der Abgabenordnung (AO)

2. Anzeigepflichtige Vorgänge

Die Anzeigepflicht betrifft alle Rechtsvorgänge, die unmittelbar oder mittelbar das Eigentum an einem inländischen Grundstück (Tz. 2.5) betreffen (Einf. Erl. zu § 18, Anm. 10.1).

- 2.1 Der Notar hat Anzeige über folgende Rechtsvorgänge zu erstatten, die er beurkundet oder über die er eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt hat (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GrEStG):
 - 2.1.1 Kaufverträge und andere Rechtsgeschäfte, die den Anspruch auf Übereignung begründen (z. B. Tauschverträge, Einbringungsverträge, Übergabeverträge, Auseinandersetzungsverträge, Annahme von Kauf- und Verkaufsangeboten, Ausübung von Optionen bzw. Vor- und Wiederkaufsrechten).

Dazu zählen auch die Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz, sofern dadurch Grundstückseigentum auf einen anderen Rechtsträger übergeht (Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen an die Landesnotarkammer Bayern vom 06.08.1996 Az. 37 - S 4540 - 15/20 - 30 912);

- 2.1.2 Auflassungen, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Übereignung begründet;
- 2.1.3 Rechtsgeschäfte, die den Anspruch auf Abtretung eines Übereignungsanspruchs oder der Rechte aus einem Meistgebot begründen;
- 2.1.4 Rechtsgeschäfte, die den Anspruch auf Abtretung der Rechte aus einem Kaufangebot begründen. Einem Kaufangebot steht ein Angebot zum Abschluss eines anderen Vertrags gleich, kraft dessen die Übereignung verlangt werden kann;
- 2.1.5 Abtretungen der unter Tz. 2.1.3 und 2.1.4 bezeichneten Rechte, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Abtretung der Rechte begründet;
- 2.1.6 Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten (z.B. Begründung sowie Auflösung eines Treuhandverhältnisses, Wechsel des Treugebers, Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag zum Auftragswerb, Erteilung einer Verkaufsvollmacht);
- 2.1.7 Rechtsgeschäfte, die den Anspruch auf Übertragung eines, mehrerer oder aller Anteile an einer Kapitalgesellschaft, einer Personenhandelsgesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen, wenn zum Vermögen der Gesellschaft ein Grundstück gehört;
- 2.1.8 Übergang von unter Tz. 2.1.7 bezeichneten Gesellschaftsanteilen, wenn kein schuldrechtliches Geschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Übertragung begründet;
- 2.1.9 Übertragungen von Anteilen an einem Nachlass (Erteilsübertragungen), zu dem ein Grundstück oder ein Anteil an einem anderen Nachlass gehört, der ein Grundstück enthält;
- 2.1.10 Vorverträge, Optionsverträge sowie Kauf- und Verkaufsangebote.
Die Einräumung eines Vorkaufsrechts ist nicht anzeigepflichtig.
- 2.1.11 Bei einheitlichen Vertragswerken erfasst die Anzeigepflicht außer dem Grundstücksveräußerungsvertrag auch diejenigen in derselben Niederschrift oder einer anderen Niederschrift beurkundeten Verträge (z. B. Treuhandvertrag, Baubetreuungsvertrag, Generalunternehmervertrag, Bauvertrag), die mit dem Grundstücksveräußerungsvertrag eine rechtliche Einheit bilden. Anzeigepflichtig sind auch solche Verträge, die in sonstiger Hinsicht mit dem Grundstücksveräußerungsvertrag im Wege einer Verknüpfungsabrede rechtlich verbunden sind, es sei denn, die Grunderwerbsteuerliche Relevanz des weiteren Vertrags kann mit Gewissheit ausgeschlossen werden. Der Notar braucht damit solche Verträge dann nicht anzuzeigen, wenn er in der Lage ist, mit Gewissheit auszuschließen, dass diese verknüpften Verträge für die Grunderwerbsteuer von Bedeutung sind (Schreiben des Bundesministers der Finanzen an den Präsidenten der Bundesnotarkammer vom 12.06.1992 Az. IV A 4 - S 4540 - 2/92).
- 2.2 Der Notar hat auch Anzeige zu erstatten über:
- 2.2.1 Anträge auf Berichtigung des Grundbuchs, die er beurkundet oder über die er eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt hat, wenn der Antrag darauf gestützt wird, dass der Grundstückseigentümer gewechselt hat (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GrEStG);
- 2.2.2 nachträgliche Änderungen oder Berichtigungen der in den Tz. 2.1 bis 2.2.1 aufgeführten Vorgänge (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG).
Änderung in diesem Sinne ist auch die Vertragsaufhebung.
- 2.3 Die Anzeigen sind auch dann zu erstatten, wenn der Rechtsvorgang von der Besteuerung ausgenommen ist (§ 18 Abs. 3 S. 2 GrEStG) bzw. nach den bestehenden Verwaltungsanweisungen eine Unbedenklichkeitsbescheinigung im Sinne von § 22 GrEStG nicht zu erteilen ist.
- 2.4 In Fällen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen (Tz 2.1.7 und 2.1.8) ist die Urkundsperson der Verpflichtung entbunden, im Einzelfall zu ermitteln, ob ein Steuertatbestand erfüllt ist.
- 2.5 Grundstücke im Sinne des GrEStG sind Grundstücke im Sinne des bürgerlichen Rechts einschließlich noch nicht vermessene Teilflächen, Miteigentumsanteile, Wohnungseigentum und Teileigentum (§ 2 Abs. 1 GrEStG). Den Grundstücken stehen Erbbaurechte, Gebäude auf fremdem Boden sowie dinglich gesicherte Sondernutzungsrechte im Sinne des § 15 des Wohnungseigentumsgesetzes und des § 1010 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich (§ 2 Abs. 2 GrEStG).
Die Anzeigepflicht bezieht sich deshalb auch auf Vorgänge, die ein Erbbaurecht, ein Gebäude auf fremdem Boden oder ein dinglich gesichertes Sondernutzungsrecht betreffen.

3. Zuständiges Finanzamt

- 3.1 Die Anzeigen sind an das für die Besteuerung (Tz. 3.2) bzw. in den Fällen des § 17 Abs. 2 und 3 GrEStG an das für die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen (Tz. 3.3) zuständige Finanzamt zu richten (§ 18 Abs. 5 GrEStG).
- 3.2 Die Anzeigen sind an das für die Besteuerung zuständige Finanzamt zu richten, d. h. an das Finanzamt, in dessen Bezirk das Grundstück oder der wertvollste Teil des Grundstücks liegt (§ 17 Abs. 1 S. 1 GrEStG),
- wenn sich ein Rechtsvorgang auf ein Grundstück oder mehrere Grundstücke bezieht, die im Bezirk nur eines Finanzamts liegen,
 - wenn sich ein Rechtsvorgang auf ein Grundstück bzw. eine wirtschaftliche Einheit von Grundstücken (§ 2 Abs. 3 S. 1 GrEStG) bezieht, das bzw. die in den Bezirken verschiedener Finanzämter eines Landes liegt,

- wenn bei Grundstückserwerben durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz oder in den Fällen des § 1 Abs. 2 a und 3 GrEStG nicht die Voraussetzungen für eine gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen (Tz. 3.3.2) erfüllt sind.

3.3.1 Die Besteuerungsgrundlagen werden gesondert festgestellt

- in Fällen, in denen sich ein Rechtsvorgang auf mehrere Grundstücke bezieht, die in den Bezirken verschiedener Finanzämter liegen, sowie
- in Fällen, in denen ein Grundstück bzw. eine wirtschaftliche Einheit von Grundstücken (§ 2 Abs. 3 S. 1 GrEStG) in den Bezirken von Finanzämtern verschiedener Länder liegt,
- durch das Finanzamt, in dessen Bezirk der wertvollste Grundstücksteil oder das wertvollste Grundstück oder der wertvollste Bestand an Grundstücksteilen oder Grundstücken liegt (§ 17 Abs. 2 GrEStG);

3.3.2 Die Besteuerungsgrundlagen werden ferner gesondert festgestellt

- bei Grundstückserwerben durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz durch das Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung des Erwerbers befindet, sowie
- in den Fällen den § 1 Abs. 2 a und 3 GrEStG durch das Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung der Gesellschaft befindet,

wenn ein außerhalb des Bezirks dieser Finanzämter liegendes Grundstück oder ein auf das Gebiet eines anderen Landes sich erstreckender Teil eines im Bezirk dieser Finanzämter liegenden Grundstücks betroffen wird (§ 17 Abs. 3 S. 1 GrEStG).

Befindet sich die Geschäftsleitung nicht im Geltungsbereich des GrEStG und werden in verschiedenen Finanzamtsbezirken liegende Grundstücke oder in verschiedenen Ländern liegende Grundstücksteile betroffen, so stellt das nach Tz. 3.3.1 zuständige Finanzamt die Besteuerungsgrundlagen gesondert fest (§ 17 Abs. 3 S. 2 GrEStG).

- 3.4 Ein Tauschvertrag, durch den ein Grundstück gegen ein im Bezirk eines anderen Finanzamts belegenes Grundstück getauscht wird, fällt nicht unter § 17 Abs. 2 GrEStG. Über den Tauschvertrag ist an beide Finanzämter Anzeige zu erstatten.

- 3.5 Die Verwaltung der Grunderwerbsteuer ist in Bayern folgenden Finanzämtern übertragen:

GrESt-Finanzamt:	zuständig für folgende Amtsbezirke:
Ansbach Mozartstr. 25 91522 Ansbach Telefon: 0981/16-0	Ansbach, Dinkelsbühl, Rothenburg o. d. Tauber, Uffenheim, Fürth, Schwabach, Gunzenhausen, Hilpoltstein
Augsburg-Land Sieg Lindenstr. 19-23 86152 Augsburg Telefon: 0821/506-02	Augsburg-Land, Augsburg-Stadt
Bad Kissingen Bibrastr. 10 97688 Bad Kissingen Telefon: 0971/8021-0	Bad Kissingen, Bad Neustadt a. d. Saale, Lohr a. Main, Karlstadt, Marktheidenfeld, Aschaffenburg, Obernburg a. Main, Amorbach
Bamberg Martin-Luther-Str. 1 96050 Bamberg Telefon: 0951/84-0	Bamberg, Forchheim, Kulmbach, Bayreuth
Cham ASt Waldmünchen Reberstr. 2 93493 Cham Telefon: 09971/488-0	Waldmünchen, Cham, Kötzing, Schwandorf, Neunburg vorm Wald, Regensburg
Coburg Rodacher Str. 4 96450 Coburg Telefon: 09561/646-0	Coburg, Lichtenfels, Kronach, Hof, Naila, Münchberg, Wunsiedel, Selb
Kelheim Klosterstr. 1 93309 Kelheim Telefon: 09441/201-0	Kelheim, Eichstätt, Ingolstadt, Freising, Erding

GrEst-Finanzamt:	zuständig für folgende Amtsbezirke:
Memmingen Bodenseestr. 6 87700 Memmingen Telefon: 08331/608-0	Memmingen, Mindelheim, Kaufbeuren, Füssen, Kempten, Immenstadt, Lindau
Mühldorf Katharinenplatz 16 84453 Mühldorf a. Inn Telefon: 08631/616-0	Mühldorf, München
Neu-Ulm Nelsonallee 5 89231 Neu-Ulm Telefon: 0731/7045-0	Neu-Ulm, Günzburg, Dillingen, Nördlingen, Donauwörth
Nürnberg-Zentral Voigtländerstr. 7/9 90489 Nürnberg Telefon: 0911/5393-0	Nürnberg, Erlangen, Hersbruck
Passau ASt Vilshofen Innstr. 36 94032 Passau Telefon: 0851/504-0	Vilshofen, Griesbach, Passau, Grafenau, Deggendorf, Eggenfelden
Schrobenhausen ASt Neuburg Fünftehnerstr. 7 86633 Neuburg Telefon: 08252/918-0	Neuburg a. d. Donau, Schrobenhausen, Pfaffenhofen, Dachau, Fürstenfeldbruck
Schweinfurt Schrammstr. 3 97421 Schweinfurt Telefon: 09721/2911-0	Schweinfurt, Würzburg, Ochsenfurt, Kitzingen, Zeil a. Main, Ebern, Hofheim i. UFr.
Traunstein Herzo-Otto-Str. 4-6 83278 Traunstein Telefon: 0861/701-0	Traunstein, Burghausen, Berchtesgaden, Laufen, Rosenheim, Wasserburg, Ebersberg
Waldsassen Johannisplatz 13 95652 Waldsassen Telefon: 09632/847-0	Waldsassen, Weiden i. d. OPf., Amberg, Neumarkt i. d. OPf.
Weilheim-Schongau Hofstr. 23 82362 Weilheim Telefon: 0881/184-0	Weilheim, Schongau, Landsberg, Starnberg, Garmisch-Partenkirchen, Wolfratshausen, Bad Tölz, Miesbach
Zwiesel Stadtplatz 16 94227 Zwiesel Telefon: 09922/507-0	Zwiesel, Viechtach, Straubing, Dingolfing, Landshut

Ein bundesweites Verzeichnis der örtlich zuständigen Finanzämter kann auf den Internetseiten des Bundeszentralamts für Steuern (www.bzst.bund.de) abgefragt werden. Hier steht eine Suchfunktion zur Verfügung, mit der neben dem örtlich zuständigen Finanzamt weitere Angaben, wie z. B. abgegebene Aufgaben einzelner Finanzämter und besondere Zuständigkeitsregelungen, ermittelt werden können. Außerdem steht ein bundesweites Finanzamtsverzeichnis unter www.finanzamt.de nach Bundesländern sortiert zur Verfügung.

4. Form und Inhalt der Anzeigen

4.1 Die Anzeigen sind **schriftlich** nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck zu erstatten (§ 18 Abs. 1 S. 1 GrEstG). Hierfür ist der bundeseinheitliche **Vordrucksatz** „Veräußerungsanzeige“ zu verwenden, der den Notaren von den Finanzämtern unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird.

Nach Genehmigung durch das Landesamt für Steuern kann ein Notar auch maschinell ausfüllbare Veräußerungsanzeigen verwenden.

Eine elektronische Übermittlung der Anzeige ist ausgeschlossen (§ 18 Abs. 1 S. 3 GrEstG).

- 4.2 Die Anzeigen **müssen enthalten** (§ 20 Abs. 1 GrEStG):
- 4.2.1 Vorname, Zuname und Anschrift des Veräußerers und des Erwerbers, ggf. auch, ob und um welche begünstigte Person im Sinn des § 3 Nrn. 3 bis 7 GrEStG es sich bei dem Erwerber handelt;
- 4.2.2 die Bezeichnung des Grundstücks nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer;
- 4.2.3 die Größe des Grundstücks und bei bebauten Grundstücken die Art der Bebauung;
- 4.2.4 die Bezeichnung des anzeigepflichtigen Vorgangs und den Tag der Beurkundung, bei einem Vorgang, der einer Genehmigung bedarf, auch die Bezeichnung desjenigen, dessen Genehmigung erforderlich ist;
- 4.2.5 den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung (§ 9 GrEStG);
- 4.2.6 den Namen der Urkundsperson.
- 4.3 **Anzeigen, die sich auf Anteile an einer Gesellschaft beziehen**, müssen außerdem enthalten (§ 20 Abs. 2 GrEStG):
- 4.3.1 die Firma und den Ort der Geschäftsleitung der Gesellschaft;
- 4.3.2 die Bezeichnung des Gesellschaftsanteils oder der Gesellschaftsanteile.
- 4.3.3 Bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen besteht für den Notar bezüglich des Vorhandenseins von Grundstücken, die grunderwerbsteuerlich der Gesellschaft zuzurechnen sind, keine besondere Nachforschungspflicht, so dass er sich im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht auf die Angaben der Beteiligten beschränken kann. Diesbezüglich besteht für den Notar deshalb nur eine „**Erkundigungspflicht**“.

Da der amtliche Vordruck „Veräußerungsanzeige“ für solche Fälle nur bedingt geeignet ist, können die Anzeigepflichtigen ihrer **Anzeigepflicht in einem vereinfachten Verfahren durch die Übersendung der notariellen Urkunde und einer soweit als möglich ausgefüllten Veräußerungsanzeige** nachkommen. Die in § 20 Abs. 1 Nr. 2 (Bezeichnung des Grundstücks nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer), Nr. 3 (Größe des Grundstücks und bei bebauten Grundstücken die Art der Bebauung) sowie in § 20 Abs. 2 GrEStG (Firma und Ort der Geschäftsleitung der Gesellschaft sowie die Bezeichnung des oder der Gesellschaftsanteile) geforderten Angaben brauchen im Vordruck „Veräußerungsanzeige“ nicht gemacht zu werden. Durch die Verwendung des Vordrucksatzes „Veräußerungsanzeige“ – wenn auch nicht vollständig ausgefüllt – ist sichergestellt, dass die übersandten Urkunden im Finanzamt als grunderwerbsteuerliche Anzeigen erkennbar sind (Schreiben des StMF an die Landesnotarkammer Bayern vom 22.11.2001 Az.: 36 – S 4540 – 30/7 – 51582).

- 4.4 Der Anzeige ist eine Abschrift der Urkunde über den Rechtsvorgang oder des Antrags beizufügen (§ 18 Abs. 1 S. 2 GrEStG).

Die Anzeige ist mit o.g. Inhalt zu erstatten. Ein bloßer Verweis auf die beiliegende Urkunde ist nicht ausreichend.

5. Anzeigefrist

Die Anzeigen sind innerhalb von zwei Wochen nach der Beurkundung oder der Unterschriftsbeglaubigung zu erstatten, und zwar auch dann, wenn die Wirksamkeit des Rechtsvorgangs vom Eintritt einer Bedingung, vom Ablauf einer Frist oder von einer Genehmigung abhängig ist (§ 18 Abs. 3 S. 1 GrEStG).

6. Absendevermerk des Notars

- 6.1 Die Absendung der Anzeige ist auf der Urschrift der Urkunde, in den Fällen, in denen eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt worden ist, auf der zurückgehaltenen beglaubigten Abschrift zu vermerken (§ 18 Abs. 4 GrEStG).
- 6.2 Eine Empfangsbestätigung des Finanzamts sieht das GrEStG nicht vor (Einf. Erl. zu § 21, Anm. 12).

7. Bedeutung der Anzeigen

- 7.1 Notare dürfen Urkunden, die einen anzeigepflichtigen Vorgang betreffen, den Beteiligten erst aushändigen und Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften den Beteiligten erst erteilen, wenn sie die Anzeigen an das Finanzamt abgesandt haben (§ 21 GrEStG).
- 7.2 Die Anzeigepflicht nach § 18 GrEStG führt zu keiner Anlaufhemmung der Festsetzungsfrist nach § 170 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AO (BFH-Urteil vom 16.02.1994, BStBl 1994 II S. 866). Bei Nichterfüllung der Anzeigepflicht kann der Steueranspruch verjähren.
- 7.3 Die Vorschriften des § 16 Abs.1 bis 4 GrEStG gelten nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt war (§ 16 Abs. 5 GrEStG).
- 7.4 Da ein Blatt des Vordrucksatzes „Veräußerungsanzeige“ als Unbedenklichkeitsbescheinigung im Sinne von § 22 GrEStG Verwendung findet, ist ein sorgfältiges Ausfüllen des Vordrucksatzes durch den Anzeigepflichtigen unerlässlich. Bei mangelhaft ausgefüllten Anzeigen kann sich die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bzw. die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch verzögern.

Teil C: Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer)

1. Maßgebende Vorschriften

Die steuerlichen Anzeigepflichten und sonstigen Beistandspflichten der Notare ergeben sich aus folgenden Vorschriften:

- § 34 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.02.1997 (BGBl I S. 378, BStBl I S. 298), zuletzt geändert durch Artikel 13 des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 vom 29.12.2003 (BGBl I S. 3076, BStBl I 2004 S. 120)
- §§ 7 und 8 der Erbschaftsteuer-Durchführungsverordnung (ErbStDV) vom 8.09.1998 (BGBl I S. 2658, BStBl I S. 1183), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung zur Änderung der ErbStDV vom 02.11.2005 (BGBl I S.3126)
- § 102 Abs. 4 AO

2. Anzeigepflichtige Rechtsvorgänge

- 2.1 Die Notare haben dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt diejenigen Beurkundungen, Zeugnisse und Anordnungen anzuzeigen, die für die Festsetzung einer Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) von Bedeutung sein können (§ 34 ErbStG).
- 2.2 Es sind insbesondere anzuzeigen:
- Erbauseinandersetzungen,
 - Schenkungen und Schenkungsversprechen,
 - Zweckzuwendungen,
 - Rechtsgeschäfte, die zum Teil oder der Form nach entgeltlich sind, bei denen aber Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Schenkung oder Zweckzuwendung unter Lebenden vorliegt (§ 8 Abs. 2 ErbStDV).
- 2.3 Um dem Finanzamt in jedem Fall die Prüfung der Steuerpflicht zu ermöglichen, sind derartige Rechtsgeschäfte stets schon dann anzuzeigen, wenn auch nur eine Vermutung für eine freigebige Zuwendung besteht. Folglich sind insbesondere anzeigepflichtig:
- 2.3.1 Grundstücksüberlassungsverträge oder die Übertragung sonstiger Vermögensgegenstände zwischen Eheleuten, Eltern und Kindern oder sonstigen Angehörigen (in Frage kommen z. B. Teilschenkungen in der Form von Veräußerungsverträgen, wenn das Entgelt unter dem Verkehrswert des veräußerten Gegenstandes liegt oder als Gegenleistung ein Wohn- oder Verpflegungsrecht usw. eingeräumt wird),
- 2.3.2 die Vereinbarung der Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB) hinsichtlich der Bereicherung, die ein Ehegatte erfährt,
- 2.3.3 vorgezogene Erbregelungen und Geschäfte, welche die vorzeitige Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen oder Anwartschaften auf eine Nacherbfolge sowie Abfindung für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses oder für den Verzicht auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch oder für einen Erbverzicht oder schließlich die entgeltliche Übertragung der Anwartschaftsrechte von Nacherben zum Gegenstand haben,
- 2.3.4 Zuwendungen unter Ehegatten, wenn als Rechtsgrund auf die Ehe Bezug genommen wird (sog. unbenannte oder ehebedingte Zuwendungen),
- 2.3.5 die Beteiligung naher Angehöriger an einem Unternehmen (Familiengesellschaft - OHG, KG usw.),
- 2.3.6 die Übertragung von GmbH-Anteilen oder anderen Anteilen an Kapitalgesellschaften, insbesondere unter Angehörigen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein etwaiges Entgelt unter dem gemeinen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteils liegt,
- 2.3.7 die Bestellung von Hypotheken oder sonstigen Grundpfandrechten und deren Abtretung zugunsten naher Angehöriger, falls der Schuldgrund nicht einwandfrei ersichtlich ist,
- 2.3.8 Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften, insbesondere Familiengesellschaften, und Gesellschaftern (z. B. verdeckte Einlagen, Kapitalerhöhungen gegen zu geringes oder zu hohes Aufgeld).
- 2.4 Im Einzelnen ergeben sich die anzeigepflichtigen Rechtsvorgänge aus den §§ 1, 3, 4, 7, 8 und 34 ErbStG, §§ 7 und 8 ErbStDV. Zu beachten ist, dass nach § 7 Abs. 4 ErbStG die Steuerpflicht einer Schenkung nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass sie zur Belohnung oder unter einer Auflage gemacht oder in die Form eines lästigen Vertrages gekleidet worden ist.
- 2.5 Von Anzeigen kann abgesehen werden, wenn die Annahme berechtigt ist, dass außer Hausrat einschließlich Wäsche und Kleidungsstücken im Wert von nicht mehr als 5.200 € nur noch anderes Vermögen im reinen Wert von nicht mehr als 5.200 € vorhanden oder Gegenstand der Schenkung ist (§ 7 Abs. 4, § 8 Abs. 3 ErbStDV).

3. Zuständiges Finanzamt

Unter das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz fallende Rechtsvorgänge sind an das für die Verwaltung der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) zuständige Finanzamt zu richten, in dessen Bezirk der (letzte) Wohnsitz oder der (letzte) gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers oder Schenkers, hilfsweise der des Erwerbers liegt (§ 35 ErbStG). Die Verwaltung der Erbschaft- und Schenkungssteuer ist in Bayern den folgenden Finanzämtern übertragen:

Amberg Postfach 1452 92204 Amberg Telefon: 09621/360	Amberg, Cham, Hersbruck, Hilpoltstein, Neumarkt i. d. Opf., Nürnberg-Nord, Nürnberg-Süd, Zentralfinanzamt Nürnberg, Regensburg, Schwabach, Schwandorf, Waldsassen, Weiden i. d. Opf.
Eggenfelden Postfach 1160 84301 Eggenfelden Telefon: 08721/9810	Berchtesgaden, Burghausen, Deggendorf, Dingolfing, Ebersberg, Eggenfelden, Grafenau, Kelheim, Landshut, Miesbach, Mühldorf a. Inn, Passau, Rosenheim, Straubing, Traunstein, Zwiesel
Hof Postfach 1368 95012 Hof Telefon: 09281/9290	Bamberg, Bayreuth, Coburg, Erlangen, Forchheim, Hof, Kronach, Kulmbach, Lichtenfels, Wunsiedel
Kaufbeuren Postfach 1260 87572 Kaufbeuren Telefon: 08341/8020	Garmisch-Partenkirchen, Kaufbeuren, Kempten (Allgäu), Landsberg a. Lech, Lindau, München für Körperschaften, München I – V, Starnberg, Weilheim i. Obb., Wolfratshausen
Lohr a. Main Postfach 1465 97804 Lohr a. Main Telefon: 09352/8500	Ansbach, Aschaffenburg, Bad Kissingen, Bad Neustadt a. d. Saale, Fürth, Gunzenhausen, Kitzingen, Lohr a. Main, Obernburg a. Main, Schweinfurt, Uffenheim, Würzburg, Zeil a. Main
Nördlingen Postfach 1521 86715 Nördlingen Telefon: 09081/2150	Augsburg-Land, Augsburg-Stadt, Dachau, Dillingen an der Donau, Eichstätt, Erding, Freising, Fürstenfeldbruck, Günzburg, Ingolstadt, Memmingen, Neu-Ulm, Nördlingen, Pfaffenhofen a. d. Ilm, Schrobenhausen

Ein bundesweites Verzeichnis der örtlich zuständigen Finanzämter kann auf den Internetseiten des Bundeszentralamts für Steuern (www.bzst.bund.de) abgefragt werden. Hier steht eine Suchfunktion zur Verfügung, mit der neben dem örtlich zuständigen Finanzamt weitere Angaben, wie z. B. abgegebene Aufgaben einzelner Finanzämter und besondere Zuständigkeitsregelungen, ermittelt werden können. Außerdem steht ein bundesweites Finanzamtsverzeichnis unter www.finanzamt.de nach Bundesländern sortiert zur Verfügung.

4. Form und Inhalt der Anzeigen

4.1 Erbschaft- und Schenkungsteuervorgänge werden mitgeteilt durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift der Urkunde, die der Notar aufgenommen oder die er entworfen und auf der er eine Unterschrift beglaubigt hat. Die beglaubigten Abschriften der in § 7 Abs. 1 ErbStDV genannten Verfügungen und Schriftstücke sowie die Urkunden über eine Schenkung oder eine Zweckzuwendung unter Lebenden sind jeweils mit einem Vordruck nach Muster 5 bzw. 6 der ErbStDV zu übersenden (§ 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 ErbStDV). Die genannten Vordrucke werden nicht von der Finanzverwaltung zur Verfügung gestellt, sondern sind von den Anzeigepflichtigen selbst aufzulegen. Es ist darauf zu achten, dass bei der Übersendung der beglaubigten Abschriften gleichzeitig auch die für die Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) erheblichen Umstände, soweit sie sich nicht schon aus dem Inhalt der Beurkundungen ergeben, mitgeteilt werden, insbesondere

- Name, letzter Wohnsitz, Sterbeort, Geburtstag und Todestag des Erblassers,
- Name und Wohnsitz des Schenkers, der Erwerber und der sonstigen Beteiligten,
- Verwandtschafts- bzw. Schwägerschaftsverhältnis des Erwerbers zum Erblasser oder Schenker,
- Zusammensetzung und Wert des Nachlasses oder der Zuwendung,
- der der Kostenberechnung zugrunde gelegte Wert.

Der Notar ist verpflichtet, die Beteiligten über diese Umstände zu befragen. Näheres über die mitzuteilenden Umstände ergibt sich aus §§ 7 und 8 ErbStDV sowie aus den Mustern 5 (zu § 7 ErbStDV) und 6 (zu § 8 ErbStDV).

4.2 Bei Erbauseinandersetzungen oder Grundstücksüberlassungsverträgen ist insbesondere dafür zu sorgen, dass sich aus der Beurkundung oder Mitteilung ergibt, auf wessen Namen die den Gegenstand der Auseinandersetzung oder Übertragung bildenden Grundstücke im Grundbuch eingetragen sind und welchen Wert sie im Einzelnen haben. Bei Bezugnahme auf frühere Erbfälle genügt nicht nur die Angabe des Datums und des Geschäftszeichens des Erbscheines, sondern es sind darüber hinaus in der Urkunde noch anzugeben oder mitzuteilen der Todestag, der letzte Wohnsitz und Sterbeort des Erblassers, die Namen seiner Erben und die auf diese nach dem Erbschein entfallenden Erbteile.

4.3 Eine elektronische Übermittlung der Anzeige ist ausgeschlossen (§§ 7 Abs. 1 S. 2, 8 Abs. 1 S. 2 ErbStDV).

5. Frist für die Anzeigen, steuerfreie Rechtsvorgänge

- 5.1 Die Anzeigen sind unverzüglich nach der Beurkundung oder der Unterschriftsbeglaubigung zu erstatten, und zwar auch dann, wenn die Wirksamkeit des Erwerbsvorgangs vom Eintritt einer Bedingung, vom Ablauf einer Frist oder von einer Genehmigung abhängt.
- 5.2 Die Anzeige ist auch dann zu erstatten, wenn der Vorgang von der Besteuerung ausgenommen ist.

6. Absendevermerk des Notars

Bei Absendung der Anzeige ist auf der Urschrift der Mitteilung oder Anzeige zu vermerken:
der Absendetag,

das Finanzamt (die Finanzämter), an welche(s) die Anzeige übermittelt wurde (§§ 7 Abs. 1 und 5, 8 Abs. 1 und 4 ErbStDV).

7. Empfangsbestätigung des Finanzamts

Es ergeht keine Empfangsbestätigung des Finanzamts über den Erhalt der Anzeige.

Teil D: Ertragsteuern

1. Maßgebende Vorschrift

Die steuerlichen Anzeigepflichten und sonstigen Beistandspflichten der Notare ergeben sich aus § 54 EStDV in der jeweils gültigen Fassung.

2. Anzeigepflichtige Rechtsvorgänge

Dem zuständigen Finanzamt (§ 20 AO) ist Anzeige über alle auf Grund gesetzlicher Vorschrift aufgenommenen oder beglaubigten Urkunden zu erstatten, die die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von Kapitalgesellschaften oder die Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand haben (§ 54 Abs. 1 EStDV; vgl. auch BMF-Schreiben vom 14.03.1997 – IV B 2 – S 2244 – 3/97, JURIS-Datenbank, Dok.Nr.: FMNR190000097; DStR 1997, 822; NJW 1997, 2302).

3. Zuständiges Finanzamt

Die unter § 54 EStDV fallenden Urkunden sind dem Finanzamt zu übersenden, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung oder der Sitz der Kapitalgesellschaft befindet, an der die betreffenden Anteile bestehen.

Die ab dem 01.01.2006 in Bayern teilweise neu geregelten Finanzamtszuständigkeiten für die Besteuerung von Kapitalgesellschaften ergeben sich aus der Verordnung über Organisation und Zuständigkeiten in der Bayerischen Steuerverwaltung (ZustVSt) vom 01.12.2005, GVBl. 596.

Auf den Internetseiten des Bundeszentralamtes für Steuern steht eine Suchfunktion zur Verfügung, die eine bundesweite Ermittlung der für die Besteuerung von Kapitalgesellschaften zuständigen Finanzämter ermöglicht (www.bzst.bund.de).

4. Form und Inhalt der Anzeigen

Anzeigepflichtige Vorgänge werden mitgeteilt durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift der Urkunde, die der Notar aufgenommen oder beglaubigt hat. Die Steuernummer, unter der die Kapitalgesellschaft beim Finanzamt geführt wird, soll auf der Abschrift vermerkt werden (§ 54 Abs. 2 Satz 2 EStDV).

5. Frist für die Anzeigen, steuerfreie Rechtsvorgänge

Die Anzeigen sind binnen zwei Wochen, von der Aufnahme oder Beglaubigung der Urkunde ab gerechnet, zu erstatten (§ 54 Abs. 2 Satz 1 EStDV). Den Beteiligten dürfen die Urschrift, eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde erst ausgehändigt werden, wenn die Abschrift der Urkunde an das Finanzamt abgesandt ist (§ 54 Abs. 3 EStDV).

Die Anzeige ist auch dann zu erstatten, wenn der Vorgang von der Besteuerung ausgenommen ist.

6. Absendevermerk des Notars

Die Absendung der Anzeige ist auf der zurückbehaltenen Urschrift der Urkunde oder auf einer zurückbehaltenen Abschrift zu vermerken (§ 54 Abs. 2 Satz 3 EStDV).

7. Empfangsbestätigung des Finanzamts

Eine Empfangsbestätigung des Finanzamts über den Erhalt der Urkunde erfolgt nicht.

Teil E: Mehrfache Anzeigepflicht bei mehrfacher Steuerpflicht

1. Derselbe Rechtsvorgang kann für mehrere Steuern Bedeutung haben, z. B.
 - 1.1 Erbaueinandersetzung und Vermögensübergabe über Grundstücke: für die Grunderwerbsteuer und die Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer);
 - 1.2 Grundstücksschenkung unter einer Auflage und gemischte Grundstücksschenkung: für die Grunderwerbsteuer und die Schenkungssteuer;
 - 1.3 Umwandlung einer Kapitalgesellschaft: für die Grunderwerbsteuer und die Ertragsteuern;
 - 1.4 Kapitalerhöhung oder -herabsetzung: für die Grunderwerbsteuer und die Ertragsteuern;
 - 1.5 Kapitalerhöhung gegen zu hohes oder zu geringes Aufgeld: für die Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) und die Ertragsteuern.
2. In diesen Fällen ist der Rechtsvorgang jedem Finanzamt anzuzeigen, das für eine der in Betracht kommenden Steuern zuständig ist. Sind mehrere Stellen desselben Finanzamts zuständig, ist entsprechend zu verfahren.

2. Objektbeschränkung bei Ehegatten (§ 6 EigZulG) – Hinzuerwerb eines Objekts oder eines Anteils daran vom Ehegatten nach dem 31.12.2005

Bayerisches Landesamt für Steuern, Verfügung vom 9.1.2006 – EZ 1150 – 1 St 32/St 33

Sind Ehegatten Miteigentümer einer Wohnung und erwirbt ein Ehegatte den Anteil des anderen Ehegatten hinzu, so kann er den auf diesen Anteil entfallenen Fördergrundbetrag weiter in der bisherigen Höhe in Anspruch nehmen (§ 6 Abs. 2 Satz 5 EigZulG). Gleiches gilt, wenn eine Wohnung oder ein Anteil daran auf den anderen Ehegatten übertragen wird und die Eheleute im Zeitpunkt der Übertragung nicht dauernd getrennt leben (vgl. Rdnr. 15 des BMF-Schreibens vom 21.12.2004, BStBl. I 2005, S. 305). Nach Wegfall der Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG ist eine solche Fortführung der noch durch

den anderen Ehegatten begonnenen Förderung nur möglich, wenn beim übernehmenden Ehegatten noch kein Objektverbrauch aus anderen Objekten eingetreten ist (Rdnr. 39 des BMF-Schreibens vom 21.12.2004, a. a. O.).

Soweit der übernehmende Ehegatte in die Zulagenberechtigung des übertragenden Ehegatten eintritt, liegt auch in Fällen des entgeltlichen Erwerbs keine Anschaffung i. S. des EigZulG vor (§ 2 Satz 3 EigZulG). Die Fortführung wird daher auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Übertragung aufgrund eines nach dem 31.12.2005 rechtswirksamen abgeschlossenen Kaufvertrags oder gleichstehenden Rechtsakts erfolgt.

Auch im Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge und in der unentgeltlichen Übertragung an den Ehegatten liegt kein Vorgang, der ab 2006 dem Wegfall der Eigenheimzulage unterliegen könnte.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Notar Dieter Ringhof, Laufen/Salzach

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Notar Dr. Michael Perret, Marktoberdorf

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

Notar Jürgen Kirchner, Würzburg

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 6.6.2006:

Eltmann	dem Notarassessor Dr. Manuel Straßer (bisher in München Notarstellen Kelch/Dr. Keller)
---------	--

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Neu-Ulm (in Sozietät mit Notar Dr. Jörg Munzig)	dem Notarassessor Dr. Ulrich Feierlein (bisher in Würzburg Notarstellen Dr. Limmer/ Dr. Friederich)
---	--

Roth (in Sozietät mit Notar Dr. Dietmar Weidlich)	dem Notar Dr. Hilmar Keller (bisher in Wassertrüdingen)
---	---

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Marktoberdorf	dem Notarassessor Paul Baumeister (bisher in Erlangen Notarstellen Dr. Rieder/ Dr. Sommerhäuser)
---------------	---

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.1.2006:

Jens Schenkheld, Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Christian Seger, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Thomas Kilian, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Grund, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf, abgeordnet an das DNotI in Würzburg), wurde mit Wirkung vom 30.3.2006 promoviert.

Notarassessor Simon Weiler, München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer), wurde mit Wirkung vom 13.4.2006 promoviert.

Notar Matthias Dietrich, Oettingen, wurde mit Wirkung vom 24.5.2006 promoviert.

Notarassessor Markus Vierling, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler), wurde mit Wirkung vom 8.6.2006 promoviert.

Frau Notarassessorin Julia Dörfel, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp), führt fortan den Namen Herbst.

Notarassessor Markus Sikora, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann), ab 1.5.2006 in Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Everts), ab 1.6.2006 abgeordnet an die Landesnotarkammer in München

Notarassessorin Verena Maier, Kaufbeuren (Notarstelle Lang), ab 22.5.2006 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Notarassessorin Dr. Natascha Krist, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller), ab 26.6.2006 in München (Notarstellen Reeh/Dr. Frank)

Notarassessorin Julia Knappe, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp), ab 1.7.2006 in Nürnberg (Notarstelle Bensch)

Notarassessor Christian von Köckritz, Kempten (Notarstellen Dr. Pfisterer/Haasen), ab 1.7.2006 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

Notarassessorin Annette Pötting, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.7.2006 in Würzburg (Notarstellen Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Notarassessor Vitali Schmitkel, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl), ab 1.7.2006 in Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Notarassessor Stefan Schrenick, Augsburg (Notarstellen Rapp/Feist), ab 1.7.2006 in München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Notarassessor Lucas Wartenburger, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger), ab 17.7.2006 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Oberinspektorin i. N. Griet Woesch, Nürnberg (Notarstelle Lotner), ab 1.7.2006 in Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Helmut Dingethal, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.8.2006 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Sigmar Harreiter, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz), ab 1.8.2006 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Norbert Schnell, Regensburg (Notarstelle Dr. Gschoßmann), ab 1.9.2006 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Cornelia Böck, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), eigene Kündigung zum 30.9.2006

Oberinspektor i. N. Stefan Gegner, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornel), eigene Kündigung zum 30.9.2006

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Kissingen, Notarstelle Volkmar Makowka, Frühlingstraße 2, 97688 Bad Kissingen

München, Notarstellen Eva Rumpf/Dr. Georg Westermeier, Telefon 089 4613441-0, Fax 089 4613441-21

Berchtesgaden, Notarstelle Dr. Arne Everts, neue E-Mail: info@notariat-berchtesgaden.de

München, Notarstelle Bernd Höfling, Pacellistraße 14/1. OG, 80333 München, Telefon 089 2429397-0, Fax 089 296154 (wegen Aufgabe der gemeinsamen Geschäftsräume)

München, Notarstelle Prof. Dr. Dieter Mayer, Pacellistraße 14/2. OG, 80333 München, Telefon 089 2429396-0, Fax 089 2429396-11 (wegen Aufgabe der gemeinsamen Geschäftsräume)

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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.