

## ABHANDLUNGEN

### Neues Insolvenzrecht

Von VizePräsLG Prof. Dr. Michael Huber, Passau

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick zur neuen Insolvenzordnung (InsO); er behandelt die wesentlichen Neuerungen des Regelinsolvenzverfahrens und die Grundsätze des Insolvenzplans, der Verbraucherinsolvenz und der Restschuldbefreiung. Abschließend wird auf die wichtigsten Änderungen anderer Gesetze durch das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO) hingewiesen.

#### 1. Einleitung

##### 1. Bisheriges und neues Insolvenzrecht

Bis zum 31.12.1998 gab es in den *alten* Bundesländern ein zweispuriges Verfahren nach KO bzw. VerglO. Während das Konkursverfahren auf die Zerschlagung des Schuldnervermögens zwecks gemeinschaftlicher Befriedigung aller persönlicher Gläubiger (§ 3 Abs. 1 KO), also auf Liquidation, ausgerichtet war, stand für die Sanierung des Schuldners das Verfahren nach der VerglO bereit (§ 1 VerglO). Das Konkursverfahren erfüllte seine Funktion allerdings schon lange nicht mehr; da in etwa 75 Prozent der Fälle eine Eröffnung mangels Masse abgelehnt wurde (§ 107 KO) und in 20 Prozent dieser Verfahren später eine Einstellung mangels Masse nach § 204 KO erfolgte, sprach man treffend vom „Konkurs des Konkurses“. Das Vergleichsverfahren hatte schließlich fast jede praktische Bedeutung verloren; nach der vom statistischen Bundesamt vorgelegten Insolvenzstatistik 1994 gab es bei insgesamt 20.092 Insolvenzen nur 67 (= 0,33 Prozent) Vergleichsverfahren (ohne Anschlußkonkurs), ab den Jahresstatistiken 1995 wurden die Verfahren nach der VerglO wegen ihrer geringen Anzahl nicht einmal mehr erwähnt. In den *neuen* Bundesländern einschließlich Ost-Berlins (also den Teilen Berlins, in denen bis zum 3.10.1990 das GG nicht galt) wurde gemäß dem Einigungsvertrag anstelle von Konkurs- und Vergleichsordnung nach wie vor die Gesamtvollstreckungsordnung der früheren DDR – GesO – angewendet. Im Insolvenzrecht herrschte folglich Rechtsspaltung.

Rechtseinheit wurde nun durch das *Inkrafttreten der InsO* am 1.1.1999 (§ 335 InsO i.V.m. Art. 110 EGInsO) hergestellt, die KO, VerglO und GesO abgelöst hat (Art. 2 Nr. 1–4, 7, 8 EGInsO). Anwendung findet das neue Recht nur auf Verfah-

ren, die nach dem 31.12.1998 beantragt worden sind (Art. 104 EGInsO), dann aber auch auf die vorher begründeten Rechte und Rechtsverhältnisse. Alle vor dem genannten Zeitpunkt eingeleiteten Verfahren sind nach KO und VerglO bzw. GesO abzuwickeln (Art. 103 EGInsO).

Zum *Übergangsrecht* gilt: Einen Bestandsschutz gibt es nicht; eine Ausnahme besteht bei der Insolvenzanfechtung (Art. 106 EGInsO). Sondervorschriften enthalten Art. 107 EGInsO für die Restschuldbefreiung und Art. 108 EGInsO zum Fortbestand der Vollstreckungsbeschränkung nach § 18 II 3 GesO. Das neue Recht ist bereits *vorzeitig in Kraft* gesetzt worden für Finanztermingeschäfte (Art. 105 i.V.m. Art. 110 III EGInsO) und – aber nur in den alten Bundesländern – in §§ 113, 120–122, 125–129 InsO.

##### 2. Wesentliche Verfahrensziele und Neuerungen der InsO

Das neue Recht kennt – sowohl für die Liquidation wie die Sanierung – nur ein einheitliches Insolvenzverfahren. Es dient nach wie vor der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger durch Verwertung des Schuldnervermögens und Erlösverteilung, ebenso allerdings auch dem Erhalt eines Unternehmens durch einen Insolvenzplan (§ 1 S. 1 InsO). Außerdem wird einem redlichen Schuldner Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien (§ 1 S. 2 InsO).

Das Insolvenzplan- (§§ 217–253 InsO) und das Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286–303 InsO) bezeichnet der Gesetzgeber selbst als „Herzstücke“ der Insolvenzrechtsreform. Bislang unbekannte Institute sind außerdem die Eigenverwaltung (§§ 270–285 InsO) und das Verbraucherinsolvenzverfahren (§§ 304–314 InsO). Als weitere wesentliche Neuerungen seien genannt: Erleichterung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Ausweitung des Insolvenzbeschlags auf den Neuerwerb; Stärkung der Gläubigerautonomie bei der Entscheidung über Liquidation bzw. Sanierung; Einbeziehung der „besitzlosen Mobiliarsicherheiten“ durch Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters und Kostenbeteiligung der gesicherten (absonderungsberechtigten) Gläubiger; Beseitigung der allgemeinen Konkursvorrechte; Verschärfung des Anfechtungsrechts.

## II. Eröffnung des Insolvenzverfahrens

### 1. Insolvenzgericht und Insolvenzschnldner

Die – nach wie vor ausschließliche – Zuständigkeit der Insolvenzgerichte entspricht dem der bisherigen Konkursgerichte. Sachlich zuständig ist grundsätzlich ein (einziges) Amtsgericht im jeweiligen Landgerichtsbezirk (§ 2 InsO). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners (§ 3 InsO). Auch an der funktionellen Zuständigkeit des Richters im Eröffnungsverfahren hat sich nichts geändert (§ 18 RpfLG).

Abschied genommen hat die InsO von der gewohnten Terminologie des „Gemeinschnldners“. Derjenige, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, heißt jetzt nur noch schlicht „Schnldner“, was freilich an manchen Stellen die Schlichtheit der Gesetzessprache nicht fördert (vgl. § 30 Abs. 2 InsO, wonach der Eröffnungsbeschnld „den Gläubiger und Schnldnern des Schnldners und dem Schnldner“ zuzustellen ist). Insolvenzfähig sind jede natürliche und jede juristische Person sowie der nicht rechtsfähige Verein, § 11 Abs. 1 InsO. Neu ist der Begriff der „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO; darunter fallen OHG, KG, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Partnerreederei, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und – über den Gesetzeswortlaut hinaus –, die Partnergesellschaft nach dem ParGG. Die Insolvenzfähigkeit bestimmter Sondervermögen – Nachlaß, Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder Gesamtgut einer Gütergemeinschaft, das von den Ehegatten persönlich verwaltet wird – ist in § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO geregelt. Nicht insolvenzfähig sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, § 12 InsO.

### 2. Eröffnungsantrag und Eröffnungsgrund

Das Verfahren ist auch künftig abhängig von einem *Antrag*, § 13 Abs. 1 S. 1 InsO. Dazu berechnigt sind der Schnldner (Antragserweiterung bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit in § 15 InsO) und die Gläubiger, § 13 Abs. 1 S. 2 InsO. Das Antragsrecht für aus- und absonderungsberechnigte Gläubiger ist – anders als in § 103 Abs. 2 KO – nicht von vorneherein ausgeschlossen (vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO: „Die“ Gläubiger); allerdings wird bei einem Aus- oder Absonderungsrecht grundsätzlich das rechtliche Interesse für einen Insolvenzantrag (§ 14 Abs. 1 InsO) fehlen, außer ein Absonderungsberechnigter ist zugleich Insolvenzgläubiger, weil ihm der Schnldner auch persönlich haftet (§ 52 InsO). Der Eigenantrag des Schnldners ist ohne weiteres zulässig. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eröffnungsantrags eines Gläubigers ist – neben einem rechtlichen Interesse – die Glaubhaftmachung der Forderung und des Eröffnungsgrundes, § 14 Abs. 1 InsO.

Der *Eröffnungsgrund* der Zahlungsunfähigkeit besteht weiterhin fort (§ 17 InsO). Neuer Eröffnungsgrund ist die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, aber nur bei einem Eigenantrag des Schnldners; der Gesetzgeber will auf diese Weise den Zugang zum Insolvenzverfahren erleichtern. Einen zusätzlichen Eröffnungsgrund bei juristischen Personen (§ 19 Abs. 1 InsO), nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 11 Abs. 1 S. 2 InsO) und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO), falls keiner der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 19 Abs. 3 InsO; Hauptfall: GmbH & Co. KG), bildet die Überschuldung. Hierzu schreibt § 19 Abs. 2 InsO eine dreistufige Überschuldensprüfung vor: Zunächst (1) muß die rechnerische Überschuldung festgestellt werden. Wird sie bejaht, so ist (2)

eine Fortführungsprognose zu erstellen; fällt sie negativ aus, so steht die Überschuldung fest. Ist sie positiv, d. h. die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich, so muß (3) eine zweite Überschuldungsbilanz erstellt werden (Ansatz der Aktiva mit Betriebsfortführungswert, sog. „going-concern-Werte“: Fortführungswert > Liquidationswert). Fällt sie negativ aus, so steht die Überschuldung endgültig fest.

### 3. Weichenstellungen im Eröffnungsverfahren

Ist der Schnldner eine natürliche Person, die keine oder nur eine geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (§ 304 InsO), so geht das neue *Verbraucherinsolvenzverfahren* (dazu s. u. VI) zwingend dem Regelin Insolvenzverfahren vor. Der Richter muß also von Amts wegen prüfen, ob der Schnldner unter § 304 InsO fällt. Liegt ein Eigenantrag des Schnldners vor, so richtet sich das weitere Verfahren nach §§ 305 ff. InsO. Hat ein Gläubiger Insolvenzantrag eingereicht, so muß das Gericht gemäß § 306 Abs. 3 InsO beim Schnldner anfragen, ob auch er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt. Tut er das, so ruht das Verfahren zunächst gemäß § 306 Abs. 1 S. 1 InsO bis zur Entscheidung über den Schuldenbereinigungsplan. Stellt der Schnldner keinen Antrag, so wird das Verfahren mit den Vereinfachungen gemäß §§ 311 ff. InsO durchgeführt.

Weitere Weichenstellungen im Eröffnungsverfahren ergeben sich, wenn vom Schnldner gemäß § 270 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsO die Anordnung der *Eigenverwaltung* (zu diesem Verfahren s. u. V) beantragt oder gemäß § 218 Abs. 1 S. 1, 2 InsO ein *Insolvenzplan* s. u. IV 3) vorgelegt wurde.

### 4. Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren

Die vom Gericht je nach Bedürfnissen des Einzelfalles anzuordnenden Sicherungsmaßnahmen sind in § 21 InsO beispielhaft aufgezählt (vgl. außerdem z.B. die Postsperre nach § 99 InsO); sie stimmen im Wesentlichen mit der früheren Rechtslage überein. Neu geregelt wurde die *vorläufige Insolvenzverwaltung*, die anstelle der früheren Sequestration (vgl. § 106 KO) tritt. In aller Regel wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt *und* dem Schnldner zugleich ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt (§ 22 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsO); dann geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über (§ 22 Abs. 1 InsO) und tritt schon jetzt die Unterbrechung von Prozessen gemäß § 240 S. 2 ZPO ein; die von einem solchen vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten sind Masseschuld gemäß § 55 Abs. 2 InsO. Bestellt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter ohne Erlaß eines allgemeinen Verfügungsverbotes gegen den Schnldner, so treten die beschriebenen besonderen Folgen nicht ein.

### 5. Massearmut und Massekostenvorschuß

Ergeben die Ermittlungen, daß das Vermögen des Schnldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken (§ 54 InsO), so wird der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO; die Abweisung unterbleibt, falls der Gläubiger einen ausreichenden Geldbetrag vorschießt, sog. Massekostenvorschuß, § 26 Abs. 1 S. 2 InsO.

Eine wichtige Neuerung enthält § 26 Abs. 3 InsO zum *Erstattungsanspruch* des Gläubigers, der einen Massekostenvorschuß aufgebracht hat; Antragsgegner ist, wer seine Insolvenzantragspflicht (vgl. z.B. § 42 Abs. 2 BGB, § 92 Abs. 2 AktG, § 64 Abs. 1 GmbHG) schuldhaft verletzt hat. Das Gesetz trifft hierzu in § 26 Abs. 3 S. 2 InsO eine für den Gläubiger günstige Beweislastregel.

## 6. Eröffnungsbeschuß

Seinen Inhalt regeln §§ 27 – 29 InsO. Neuerungen sind die Forderungsanmeldung sowie die Anmeldung der Sicherungsrechte (nicht beim Insolvenzgericht, sondern) beim Insolvenzverwalter, § 28 InsO. Der Eröffnungsbeschuß hat gemäß § 30 Abs. 3 InsO auch eine Belehrung zur Restschuldbefreiung zu enthalten.

Die Vorschriften zu den Mitteilungen an Registerbehörden sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Neu ist § 32 Abs. 3 InsO. Danach kann auch der Insolvenzverwalter beim Grundbuchamt die Löschung beantragen, wenn ein Grundstück oder ein Recht, bei dem die Eröffnung des Verfahrens eingetragen worden ist, von ihm freigegeben oder veräußert wurde.

## III. Wichtige Änderungen im Regelinsolvenzverfahren

### 1. Insolvenzmasse

Das Insolvenzverfahren erfaßt nicht nur – wie bisher – das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, sondern auch dasjenige, das er während des Verfahrens erlangt, § 35 InsO. Der Neuerwerb fällt also – anders als nach KO – in die Masse.

Das internationale Insolvenzrecht hat nun eine gesetzliche Regelung nach Art. 102 EGIInsO gefunden; die Vorschrift bestimmt, wann ein ausländisches Insolvenzverfahren auch das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners erfaßt.

### 2. Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist nach wie vor die zentrale Figur des Insolvenzverfahrens. Seine Aufgaben sind insbesondere die Inbesitznahme und Verwaltung des Vermögens (§§ 148, 80 InsO), die Bereinigung der Masse, insbesondere durch Freigabe (§ 47 InsO) und Vorwegbefriedigung der Massegläubiger (§ 53 InsO), die Abwicklung laufender Geschäfte (§§ 103 ff. InsO), die Mehrung der Masse durch Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO), die Verwertung der Masse sowie die Feststellung der Schuldenmasse, d. h. der Summe der Insolvenzforderungen (§§ 174, 175 InsO) und die Verteilung der Masse unter die Insolvenzgläubiger (§§ 187 ff. InsO). Er ist – anders als nach KO – zuständig für die Entgegennahme der Forderungsanmeldungen der Insolvenzgläubiger und Eintragung in die Tabelle. Den Theorienstreit um die Rechtsstellung des Verwalters hat die InsO nicht entschieden; herrschend bleibt deshalb für die Praxis, weil ständige Rechtsprechung des BGH, die Amtstheorie.

### 3. Rechtsfolgen der Insolvenzeröffnung

Als Wirkung für den *Schuldner* entstehen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (§§ 97, 98, 151 Abs. 1 S. 2, 153 Abs. 2 InsO), eine Zulassung als Rechtsanwalt oder Notar sowie eine Ernennung zum Schöffen (zum Handelsrichter oder ehrenamtlichen Richter s. u. IX 3) ist nicht mehr möglich; entgegen früherem Recht führt die Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Notars nicht mehr automatisch zu dessen vorläufiger Amtsenthebung (§ 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO). Aufgehoben wurde § 1670 Abs. 1 BGB, der das Ende der Vermögenssorge für ein eheliches Kind anordnete. Der Schuldner verliert weder Vermögen noch Rechts- oder Geschäftsfähigkeit, jedoch geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Masse gehörige Vermögen auf den Verwalter über, § 80 Abs. 1 InsO.

Als *materiell-rechtliche Folgen der Verfügungsbeschränkung* schließen aus:

- § 81 Abs. 1 S. 1 InsO einen Erwerb durch Rechtshandlungen des Schuldners,
- § 89 Abs. 1 InsO einen Erwerb im Wege der (Einzel-) Zwangsvollstreckung und
- § 91 Abs. 1 InsO einen Erwerb von Rechten an Massegegenständen.

Diese Grundsätze entsprechen ebenso wie die Ausnahmen der bisherigen Systematik nach KO. Ausnahmsweise lassen zu:

- § 81 Abs. 1 S. 2 InsO den Erwerb von Nichtberechtigten, allerdings nur nach Grundbuchrecht (§§ 892, 893 BGB),
- § 92 InsO eine befreiende Leistung an den Insolvenzschuldner bei Unkenntnis der Verfahrenseröffnung unter bestimmten Voraussetzungen (beschränkter Gutgläuberschutz),
- § 81 Abs. 1 S. 3 InsO den Rückfluß der Gegenleistung aus der Masse bei gegenseitigen Verträgen,
- § 83 InsO die Annahme/Ausschlagung einer Erbschaft und
- § 91 Abs. 2 InsO den Rechtserwerb an Grundstücksrechten, der sich erst nach Insolvenzeröffnung vollendet.

Zur zuletzt genannten Fallgruppe ist noch zu bemerken: Aufgrund der Verweisung in § 91 Abs. 2 InsO ist der Erwerb an Grundstücken oder Grundstücksrechten, die zur Masse gehören, nach Insolvenzeröffnung in entsprechender Anwendung der §§ 878, 892, 893 BGB zugelassen. Der gute Glaube bezieht sich dabei nicht auf die Rechtsinhaberschaft des Schuldners (woran die Verfahrenseröffnung nichts geändert hat), sondern auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. So bewirkt die Eintragung nach Insolvenzeröffnung den Rechtserwerb, falls die Einigung vor Insolvenzeröffnung bindend (§§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2, 877 BGB) und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt eingereicht wurde (§ 91 Abs. 2 InsO i.V.m. § 878 BGB); auf einen Insolvenzvermerk im Grundbuch oder Bösgläubigkeit kommt es nicht an. Die beiden zuletzt genannten Umstände sind jedoch von Bedeutung für die beiden Fallgruppen des § 91 Abs. 2 InsO i.V.m. §§ 892, 893 BGB (Eintragungsantrag sowie noch nicht bindende Einigung vor Insolvenzeröffnung, Bindungseintritt jedoch nach Insolvenzeröffnung; bindende Einigung zwar vor, Eintragungsantrag aber erst nach Insolvenzeröffnung).

Die Wirkungen der Insolvenzeröffnung auf *Prozesse* (§ 240 ZPO, §§ 85, 86 InsO) sowie auf *Einzelzwangsvollstreckungen* (§ 89 Abs. 1 InsO) entsprechen denen nach KO. Neu ist die Vorschrift des § 88 InsO (sog. „Rückschlagsperre“). Danach wird eine Sicherung unwirksam, die ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag im Wege der Zwangsvollstreckung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen erlangt hat; einer Insolvenzanfechtung – wie bisher – bedarf es in solchen Fällen folglich künftig nicht mehr. Ein vor dem genannten Zeitpunkt entstandenes Pfändungspfandrecht ist jedoch insolvenzfest und begründet ein Recht zur abgesonderten Befriedigung gemäß § 50 Abs. 1 InsO (sofern nicht der Verwalter im Wege der Insolvenzanfechtung vorgehen kann, vgl. § 141 InsO).

### 4. Aufrechnung

Trotz der Verfahrenseröffnung bleibt die Aufrechnungslage für einen Insolvenzgläubiger erhalten; die §§ 94–96 InsO entsprechen im Wesentlichen den Regelungen in der KO. Neu ist aber § 95 Abs. 1 S. 3 InsO, wonach die Aufrechnung ausge-

geschlossen ist, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann. Eine wichtige Einschränkung der Zulässigkeit der Aufrechnung enthält § 96 Nr. 3 InsO, wonach eine Aufrechnung verboten ist, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechts-handlung erlangt hat; insoweit bedarf es folglich künftig einer Insolvenzanfechtung nicht mehr.

## 5. Aus- und Absonderung

Auch insoweit entsprechen die Vorschriften der §§ 47, 48 InsO bzw. 49–52 InsO im Wesentlichen denen in der KO. Für die abgesonderte Befriedigung sind aber folgende Neuerungen zu beachten: Die Verwertung beweglicher Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, erfolgt künftig gemäß §§ 166–169 InsO nur noch durch den Verwalter (Ausnahme: § 173 InsO). Vom Erlös werden vorweg 4% für die Kosten der Feststellung und 5% für die Kosten der Verwertung, insgesamt also 9% abgezogen (§§ 170 Abs. 1 S. 1, 171 InsO); erst aus dem Rest erfolgt die Befriedigung des Berechtigten, § 170 Abs. 1 S. 1 InsO.

## 6. Abwicklung schwebender Rechtsgeschäfte

### a) „Wahlrecht“ des Insolvenzverwalters, § 103 InsO.

Die Vorschrift erfaßt nur den bei Insolvenzeröffnung von noch keiner Seite vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag, wobei es für den Begriff der vollständigen Erfüllung nicht auf die Leistungshandlung, sondern auf den Eintritt des Leistungserfolges ankommt. Ob bei einem solchen Sachverhalt der Insolvenzverwalter tatsächlich ein echtes Wahlrecht zwischen Erfüllungsverlangen und Erfüllungsablehnung hat, ist streitig. Der hierzu bei § 17 KO geführte Meinungsstreit setzt sich mit unveränderten Positionen fort, kann hier aber nicht vertieft werden. Maßgeblich für die Praxis ist die Rechtsprechung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH (vgl. z.B. BGHZ 106, 236, 241 und ständig), die zwar § 17 KO betrifft, jedoch auch für § 103 InsO maßgeblich ist, weil diese Vorschrift § 17 KO nachgebildet wurde. Danach gilt auch weiterhin: Die gegenseitigen Erfüllungsansprüche – nicht etwa der Vertrag – erlöschen mit Insolvenzeröffnung. Der Anspruch des Vertragspartners verwandelt sich deshalb schon zu diesem Zeitpunkt in eine Insolvenzforderung in Höhe der Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung, also in eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung. Lehnt es der Verwalter ab, den Vertrag zu erfüllen, oder schweigt er auf Anfrage des anderen Teils (§ 103 Abs. 2 S. 2, 3 InsO), so verbleibt es bei diesen Rechtsfolgen, für eine Gestaltungswirkung ist kein Raum. Bei dem Erfüllungsverlangen werden demgegenüber die ursprünglichen Erfüllungsansprüche aus dem Schuldverhältnis mit dem bisherigen Inhalt neu begründet und der Anspruch des Vertragspartners zur Masseschuld gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO aufgewertet; nur diese Erklärung hat folglich rechtsgestaltende Wirkung.

Daraus folgt für die in der Praxis wichtigen Fallgruppen der *Abtretung* (BGHZ 106, 236) und *Aufrechnung* (BGHZ 116, 156): Eine vom späteren Insolvenzschuldner vor Insolvenzeröffnung vereinbarte Voraus- oder Globalabtretung seines Erfüllungsanspruches geht ins Leere, wenn der Verwalter Erfüllung verlangt, weil der abgetretene Anspruch mit Verfahrenseröffnung (beim Neugläubiger) erloschen war und der neu begründete Anspruch in die Masse fällt, folglich von dem Dritten nicht mehr erworben werden kann (§ 91 Abs. 1 InsO). Zur Aufrechnung gilt der Grundsatz, daß der Vertragspartner des Insolvenzschuldners bei einem von jeder Seite nicht – auch nicht teilweise – erfüllten gegenseitigen Vertrag nicht

mit einer Insolvenzforderung gegen den aufgrund des Erfüllungsverlangens neu (für die Masse) begründeten Anspruchs aufrechnen darf.

Im Schrifttum umstritten – und auch für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung – sind sogenannte *Lösungsklauseln für den Insolvenzfall*. Als Folge solcher Abreden wird die Befugnis des Verwalters, Erfüllung eines bei Insolvenzeröffnung von noch keiner Seite vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages zu verlangen, im Ergebnis ausgeschlossen. Im Bereich der KO hat der BGH solche Vereinbarungen gebilligt (BGHZ 124, 76, 89). Nicht anders läßt sich die Rechtslage für den Geltungsbereich der InsO bestimmen. Zwar ordnet § 119 InsO die Unwirksamkeit einer Vereinbarung an, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103–118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird. Diese Vorschrift erfaßt aber gerade nicht die Lösungsklauseln, weil sie den Bestand des Vertrages selbst betreffen und nicht dessen Abwicklung nach den genannten Bestimmungen der InsO. Der Gesetzgeber war sich dieses Problems bewußt. Deshalb enthielt § 137 RegE – dessen Abs. 1 wörtlich mit § 119 InsO übereinstimmt – zusätzlich einen Abs. 2, der die beschriebenen Vereinbarungen ausdrücklich für „unwirksam“ erklärte. Diese Regelung wurde vom Rechtsausschuß wegen ihrer angeblich sanierungsfeindlichen Wirkung gestrichen. Daraus folgt, daß Lösungsklauseln nicht gegen § 119 InsO verstoßen, weil sonst die Sonderregelung im vorgesehenen § 137 Abs. 2 RegE von vorneherein überflüssig gewesen wäre. Noch nicht entschieden ist vom BGH allerdings, ob eine Lösungsklausel gegen § 9 AGBG verstoßen kann, in der Praxis empfiehlt sich deshalb stets insoweit eine individualvertragliche Vereinbarung als der sicherere Weg, falls das AGB-Gesetz Anwendung finden kann (vgl. § 24 AGBG).

### b) Teilbare Leistungen

Teilbar sind Leistungen nicht nur bei Verträgen über fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie (Strom, Wasser, Gas), sondern immer dann, wenn man sie in hinreichend vonselbständige Teile aufspalten kann, wie z.B. bei Werkverträgen oder Miet-, Pacht- und ähnlichen Schuldverhältnissen. Für diese Fälle bestimmt nunmehr die neue Vorschrift des § 105 S. 1 InsO, daß der Vertragspartner mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistungen auch dann Insolvenzgläubiger bleibt, wenn der Verwalter wegen des noch ausstehenden Restes Erfüllung verlangt.

### c) Kauf unter Eigentumsvorbehalt

Die Rechtslage bei einem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters (und zwar sowohl in der Insolvenz des Käufers wie in der des Verkäufers) und diejenige bei Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters in der Insolvenz des Käufers stimmt mit der nach KO überein. Eine wichtige Rechtsänderung enthält jedoch § 107 Abs. 1 InsO für die Insolvenz des Verkäufers, weil nach dieser Vorschrift dem Verwalter eine Erfüllungsablehnung abgeschnitten ist; entgegenstehende Vereinbarungen sind gemäß § 119 InsO unwirksam. Daraus folgt in der Insolvenz des Verkäufers: Ist der Käufer vertragstreue, zahlt er also die restlichen Kaufpreisraten gemäß den Vereinbarungen, so erwirbt mit Bedingungseintritt das Eigentum; sein Anwartschaftsrecht ist nunmehr insolvenzfest gemacht. Gerät der Käufer jedoch in Zahlungsverzug, so ist der Insolvenzverwalter nach § 455 BGB zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt und kann anschließend die Herausgabe des Kaufgegenstandes gemäß § 985 BGB fordern.

#### d) Miet- und Pachtverhältnisse

Für ein bei Insolvenzeröffnung bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis über eine *bewegliche Sache* gilt die Grundnorm des § 103 InsO (Umkehrschluß aus § 108 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Verwalter hat folglich ein „Wahlrecht“; er kann entscheiden, ob er es bei der durch die Insolvenzeröffnung eingetretenen Nichterfüllung beläßt oder Erfüllung, also Durchführung des Vertrages verlangt. Ergänzt wird die Vorschrift durch § 112 InsO, der in der Insolvenz des Mieters eine Kündigung durch den Vermieter schon ab Antrag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbietet; abweichende Vereinbarungen sind gemäß § 119 InsO unwirksam.

Ebenso werden Leasingverträge behandelt, welche die h.M. als Miete ansieht. Eine Ausnahme gilt nach § 108 Abs. 1 S. 2 InsO nur für solche Leasingverträge über bewegliche Gegenstände, bei denen der Leasinggegenstand demjenigen Dritten zur Sicherung übertragen wurde, der seine Anschaffung oder Herstellung finanziert hat; dann besteht der Vertrag – wie einer über unbewegliche Gegenstände oder Räume – fort.

Ein bei Insolvenzeröffnung eingegangenes Miet- oder Pachtverhältnis über *unbewegliche Gegenstände oder Räume* besteht mit Wirkung für die Masse fort, § 108 Abs. 1 S. 1 InsO; das gilt auch für Immobilienleasing und – wie soeben dargelegt – nach § 108 Abs. 1 S. 1 InsO für bestimmte Leasingverträge über bewegliche Sachen. Das Rechtsverhältnis wird folglich zu den vereinbarten Bedingungen fortgesetzt. Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung sind allerdings bloße Insolvenzforderungen gemäß § 108 Abs. 2 InsO; für die Zeit danach gilt § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. Aus diesen Grundsätzen folgt: In der Insolvenz des Vermieters zieht der Verwalter den Mietzins zur Masse und kann nur nach den Regeln des BGB oder nach den vertraglichen Vereinbarungen kündigen; das Schicksal der Vorausverfügungen des Vermieters ist in § 110 InsO geregelt, mit der Veräußerung des Objekts durch den Verwalter befaßt sich § 111 InsO. In der Insolvenz des Mieters muß man unterscheiden: War diesem das Objekt bei Verfahrenseröffnung noch nicht überlassen, so besteht gemäß § 109 Abs. 2 InsO ein beiderseitiges Rücktrittsrecht; war dem Schuldner (Mieter oder Pächter) das Objekt bei Verfahrenseröffnung schon überlassen, so besteht nach § 109 Abs. 1 InsO ein Kündigungsrecht des Verwalters, der Vermieter muß also den Fortbestand des Mietverhältnisses hinnehmen, die Einschränkung des Kündigungsrechtes gemäß § 112 InsO gilt auch hier.

#### e) Arbeits- und Dienstverhältnisse in der Insolvenz des Arbeitgebers

Auch hier ordnet § 108 Abs. 1 S. 1 InsO den Fortbestand des Arbeits- und Dienstvertrages an, jedoch gewährt § 113 Abs. 1 S. 1, 2 InsO für beide Teile ein besonderes Kündigungsrecht (Kündigungsschutz: § 113 Abs. 2 InsO). Bei einer Beendigungskündigung durch den Verwalter kann der Arbeitnehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Insolvenzgläubiger fordern (§ 113 Abs. 1 S. 3 InsO). Das Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung nach BGB oder Vertrag bleibt unberührt, allerdings auch das Kündigungsschutzrecht nach allgemeinen Regeln. Für die Lohnansprüche muß man unterscheiden: Bei Weiterbeschäftigung ist der Lohn gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO voll und vorweg als Masseschuld zu bezahlen; wegen der Rückstände aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung besteht nach § 108 Abs. 2 InsO lediglich eine Insolvenzforderung. Das Insolvenzgeld – früher Konkursausfallgeld – ist jetzt in §§ 183 ff. SGB III geregelt. Sonderregeln für betriebliche Änderungen enthalten §§ 120 ff. InsO.

#### f) Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Vollmachten

Das Schicksal von Vollmachten, das bislang die KO nicht ausdrücklich behandelt hat, regelt nun § 117 InsO in Übereinstimmung mit den Rechtsfolgen der Insolvenzeröffnung für Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag: Alle diese Rechtsverhältnisse erlöschen mit Verfahrenseröffnung.

#### g) Fix- und Finanztermingeschäfte

Unverändert ist die Rechtslage zu den Fixgeschäften im Sinn der §§ 361 BGB, 376 HGB; nach § 104 InsO kann Erfüllung nicht verlangt werden, vielmehr wird das ursprüngliche Fixgeschäft in ein sogenanntes Differenzgeschäft umgewandelt (Forderung nach Zahlung des Preisunterschiedes, § 104 Abs. 3 InsO). Entsprechendes gilt für die in § 104 Abs. 2 InsO neu geregelten und dort genau beschriebenen Finanztermingeschäfte.

#### h) Vorgemerkte Ansprüche

Die Vorschrift des § 106 InsO stimmt mit § 24 KO überein. Nach wie vor setzt sich also im Insolvenzfall die Sicherungsfunktion einer Vormerkung durch.

### 7. Insolvenzanfechtung

#### a) Grundlagen

Im Interesse der Gesamtheit aller Insolvenzgläubiger kann es nicht hingenommen werden, wenn der spätere Insolvenzschuldner angesichts der drohenden Insolvenz Vermögen auf Dritte überträgt, es verschleudert oder ihm nahestehende oder ihn besonders drängende Gläubiger befriedigt. Seit jeher eröffnet deshalb jedes Insolvenzrecht die Möglichkeit, solche Vorgänge unter bestimmten Voraussetzungen anzufechten; in der InsO ist das Anfechtungsrecht in §§ 129–147 geregelt. Zweck der insolvenzrechtlichen Anfechtung ist es, sachlich ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, welche die spätere Insolvenzmasse verkürzt haben, rückgängig zu machen. Die Insolvenzanfechtung ist daher Mittel zur Anreicherung der Masse.

Zweck der *Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem AnfG* ist es demgegenüber, dem einzelnen anfechtenden Gläubiger wegen eines bestimmten titulierten Anspruchs – also inhaltlich begrenzt – die Vollstreckung in das Vermögen zu ermöglichen, das sein Schuldner an einen Dritten (Anfechtungsgegner) weggegeben hat. Es geht also darum, die Zugriffslage wiederherzustellen, die ohne die anfechtbare Rechtshandlung bestünde (näher s. u. IX 1).

Für das *Übergangsrecht* gilt: Da das Anfechtungsrecht wesentlich zum Nachteil des Anfechtungsgegners verschärft wurde, hat der Gesetzgeber in Art. 106 EGIInsO eine Bestandsschutzregel getroffen. Danach sind die §§ 129–147 InsO auf die vor dem 1.1.1999 vorgenommenen Rechtshandlungen nur anzuwenden, soweit diese nicht nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind. In solchen Fällen muß also die Anfechtbarkeit immer alternativ nach altem und neuem Recht geprüft werden (zur entsprechenden Bestandsschutzregel in der Einzelgläubigeranfechtung nach dem AnfG s. u. IX 1a).

#### b) Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen

Erfaßt werden nach dem *Grundsatz* des § 129 Abs. 1 InsO die vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen; sie können in einem aktiven Tun bestehen und – was

nummehr § 129 Abs. 2 InsO ausdrücklich ausspricht – in einem Unterlassen. Anfechtbar sind nicht nur Rechtshandlungen des Schuldners, sondern auch solche Dritter, insbesondere die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten, § 141 InsO (zur Rückschlagsperre des § 88 InsO vgl. schon o. 3).

Ausdrücklich geregelt ist nunmehr der *Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung*. Hierzu bestimmt § 140 Abs. 1 InsO, daß eine Rechtshandlung als in dem Zeitpunkt vorgenommen gilt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten; bei einer bedingten oder befristeten Rechtshandlung bleibt der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht (§ 140 Abs. 3 InsO). Für die sogenannten mehraktigen Rechtshandlungen – z.B. für die Bestellung eines Pfandrechts einer beweglichen Sache (§ 1205 BGB) – kommt es folglich auf den den Rechtserwerb vollendenden letzten Akt an. Neu ist die Regelung in § 140 Abs. 2 InsO für Rechtsgeschäfte mit Registereintragungen. Insoweit hat der Gesetzgeber den im Bereich der KO geführten Meinungsstreit beendet. Die Regelung ist in Zusammenhang mit § 147 InsO zu sehen, der die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen *nach* Verfahrenseröffnung betrifft. Die Systematik der Vorschriften soll am folgenden *Beispiel zur Anfechtbarkeit eines Grundstücksgeschäftes* erläutert werden:

Der spätere Insolvenzschuldner S hat vor Verfahrenseröffnung sein Grundstück an X formgerecht verkauft und aufgelassen, die Eintragung ist nach Insolvenzeröffnung erfolgt. Für die Anfechtbarkeit sind drei Varianten zu unterscheiden:

(1) X hat den Eintragungsantrag vor Verfahrenseröffnung gestellt: Der Erwerb vollzieht sich nach Verfahrenseröffnung und ist wirksam wegen § 91 Abs. 2 InsO i.V.m. § 878 BGB (s.o.). Obgleich es sich um ein mehraktiges Rechtsgeschäft handelt und der es vollendende Akt (Eintragung) erst nach Insolvenzeröffnung liegt, gilt das Rechtsgeschäft wegen der Sonderregel des § 140 Abs. 2 InsO als mit Stellung des Eintragungsantrages vorgenommen. Die Vorschrift fingiert also, daß alle Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung liegen, also einen Rechtserwerb vor diesem Zeitpunkt, weshalb §§ 129 ff. InsO unmittelbar gelten. Im Verhältnis zu § 91 Abs. 2 InsO besteht kein Widerspruch. Diese Vorschrift betrifft nämlich lediglich die Frage, ob ein Gläubiger nach Insolvenzeröffnung noch Rechte an Massegegenständen erwerben kann. Im Anfechtungsrecht geht es jedoch darum, ob ein solcher Rechtserwerb im Interesse der Gesamtheit aller Insolvenzgläubiger rückgängig gemacht werden soll.

(2) X stellt den Eintragungsantrag nach Verfahrenseröffnung; der Erwerb vollzieht sich nach Verfahrenseröffnung wirksam unter den Voraussetzungen des § 91 Abs. 2 InsO i.V.m. § 892 BGB (s. o.). Jetzt liegt aber endgültig ein Erwerb nach Insolvenzeröffnung vor, der jedoch gleichwohl nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist, weil diese Vorschriften wegen § 147 Abs. 1 InsO entsprechend gelten.

(3) Den Eintragungsantrag hat der spätere Insolvenzschuldner S vor Verfahrenseröffnung gestellt: Die Lösung dazu ist unklar; denn § 140 Abs. 2 InsO regelt nur den Fall, daß der „andere Teil“ (hier: X) die Eintragung beantragt hat, und § 147 Abs. 2 InsO erwähnt § 878 BGB als Wirksamkeitsgrund nicht. Als Folge davon müßte eine Anfechtbarkeit verneint werden, ein ziemlich befremdliches Ergebnis. Deshalb bedarf es einer berichtigen Auslegung entweder von § 140 Abs. 2 InsO (die Rechtshandlungen werden als vor Insolvenzeröffnung vorgenommen fingiert) oder von § 147 Abs. 1 InsO („Hineinlesen“ von § 878 BGB in diese Vorschrift der InsO).

Die *Anfechtungsfristen* sind nunmehr ausschließlich in den einzelnen Anfechtungstatbeständen geregelt und knüpfen einheitlich beim Eröffnungsantrag an; sie begrenzen den Zeitraum, in welchem die Rechtshandlung liegen muß, damit ein Anfechtungstatbestand verwirklicht werden konnte. Neu ist die Vorschrift des § 139 InsO, der die Berechnung der Anfechtungsfristen betrifft.

Anfechtbar ist nur eine Rechtshandlung, die zu einer *Gläubigerbenachteiligung* geführt hat; das hat der Gesetzgeber aus klarstellenden Gründen nunmehr ausdrücklich in den Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO mitaufgenommen, eine sachliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage verbirgt sich dahinter jedoch nicht. Es genügt grundsätzlich eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, also ein „Irgendwie“-Zusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Verkürzung der Masse; unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ist nur erforderlich bei § 132 InsO und § 133 Abs. 2 InsO.

Gesetzlich geregelt ist nunmehr das *Bargeschäft*. Dazu bestimmt § 142 InsO, daß eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist, nur angefochten werden kann, wenn die strengen Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind; eine Anfechtung als kongruentes bzw. inkongruentes Deckungsgeschäft nach §§ 130, 133 InsO oder eine Anfechtbarkeit nach § 132 InsO scheiden folglich aus.

### c) Anfechtungstatbestände

Die „*besondere Insolvenzanfechtung*“ (dieser Name erklärt sich daraus, daß ihr kein Anfechtungstatbestand in der Einzelgläubigeranfechtung nach dem AnfG entspricht) ist nunmehr in drei Vorschriften geregelt: Dabei gehören §§ 130, 131 InsO systematisch zusammen; sie betreffen Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen und die man deshalb Deckungshandlungen nennt. Der Unterschied zwischen beiden Tatbeständen liegt darin, daß der Insolvenzgläubiger bei § 130 InsO genau das bekommt, worauf er Anspruch hat (sog. kongruente Deckung), während er bei § 131 InsO eine Sicherung oder Befriedigung erhält, „die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte“ (inkongruente Deckung). Den dritten Tatbestand enthält § 132 InsO, der unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte des Schuldners oder Rechtshandlungen im Sinn des § 132 Abs. 2 InsO betrifft. Die wesentliche Verschärfung bei diesen Tatbeständen liegt bei den für den Insolvenzverwalter günstigen Beweislastregeln zum subjektiven Tatbestand in § 130 Abs. 2 InsO (einschließlich der Verweisung in § 132 Abs. 3 InsO) und bei nahestehenden Personen in §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 InsO (einschließlich der Verweisungsregel in § 132 Abs. 3 InsO).

Den Kreis der *nahestehenden Personen* legt § 138 InsO für die Insolvenzanfechtung und auch für die Einzelgläubigeranfechtung nach dem AnfG fest (§ 3 Abs. 2 AnfG verweist auf § 138 InsO). Dabei betrifft § 138 Abs. 1 InsO den Schuldner als natürliche Person; ihm „nahestehend“ ist nunmehr auch der Lebensgefährte, was eine Streitfrage im Bereich der KO erledigt. Wer unter den Begriff der nahestehenden Person in der Insolvenz einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) fällt, regelt § 138 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsO; § 138 Abs. 2 Nr. 3 InsO verbindet familien- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen miteinander.

Die weiteren Anfechtungstatbestände der *Vorsatzanfechtung* (§ 133 InsO) und der *Anfechtung unentgeltlicher Leistungen* („Schenkungsanfechtung“, § 134 InsO) decken sich mit den entsprechenden Vorschriften im AnfG, sie sind unten IX 1c erläutert.

Die Bestimmung zur *Anfechtung bei kapitalersetzenden Darlehen* (§ 135 InsO) ist unverändert geblieben, die Anfechtungsfrist ist nunmehr einheitlich insgesamt dort geregelt. Neu ist die *Anfechtung bei Einlage eines stillen Gesellschafters* (§ 136 InsO); dieser Anfechtungstatbestand wurde aus § 237 HGB herausgenommen und ist nunmehr in der Insolvenzordnung geregelt.

#### d) Geltendmachung der Anfechtung

Ausgeübt wird das Anfechtungsrecht durch den Insolvenzverwalter (§ 129 Abs. 1 InsO); eine Ausnahme besteht bei der Eigenverwaltung (§ 280 InsO) und im vereinfachten Insolvenzverfahren (§ 313 Abs. 2 S. 1 InsO). Das Anfechtungsrecht wird durch Klage oder Einrede ausgeübt.

Der Anfechtungsanspruch mußte im Bereich von KO und GesO innerhalb einer materiell-rechtlichen Ausschußfrist (§ 41 Abs. 2 KO, § 10 Abs. 2 GesO) geltend gemacht werden, andernfalls erlosch er. Im Gegensatz dazu unterliegt nunmehr der Anfechtungsanspruch der *Verjährung*, § 146 InsO; während der Richter vorher die materiell-rechtliche Ausschußfrist von Amts wegen zu beachten hatte, muß sich der Anfechtungsgegner nunmehr auf die Verjährung berufen (§ 222 Abs. 1 BGB).

#### e) Rechtsfolgen der Anfechtung

Als Folge der Verwirklichung des Anfechtungstatbestandes entsteht mit Insolvenzeröffnung ein (schuldrechtlicher) Anfechtungsanspruch auf Rückgewähr der weggegebenen Leistung. Der Anspruchsinhalt richtet sich grundsätzlich auf Rückgewähr in Natur gemäß § 143 Abs. 1 InsO; zurückzugewähren ist also die weggegebene Leistung, also z.B. der anfechtbar übereignete Gegenstand zurückz übereignen. Eine dingliche Wirkung hat die Anfechtung nicht. Insoweit stimmt die Rechtslage mit der in der KO überein. Ein wichtiger Unterschied ergibt sich aber beim Wertersatzanspruch wegen Untergangs des anfechtbar weggegebenen Gegenstandes. Eine Haftung des Anfechtungsgegners tritt jetzt nur noch ein, wenn dieser den Untergang verschuldet hat, wie aus der Verweisung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO auf das Bereicherungsrecht folgt (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989, 990 BGB)

Für den Empfänger einer unentgeltlichen Leistung gibt es nach wie vor ein Haftungsprivileg (§ 143 Abs. 2 InsO). Die Ansprüche des Anfechtungsgegners sind in Übereinstimmung mit der Rechtslage nach KO jetzt im § 144 InsO geregelt.

### 8. Befriedigung der Massegläubiger

Massegläubiger sind gemäß § 53 InsO „vorweg“ und voll zu befriedigen, d. h., sie müssen nicht – wie Insolvenzgläubiger – ihre Ansprüche zur Tabelle mit einer Aussicht auf bloß quotenmäßige Befriedigung anmelden. Außerdem unterliegen sie nicht den Beschränkungen der §§ 87, 89 (Ausnahme: § 90), 96 InsO. Die Massekosten und Masseverbindlichkeiten (§§ 54, 55 Abs. 1 InsO) decken sich mit denen in der KO. Neu ist § 55 Abs. 2 InsO, der die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen zur Masseschuld erhebt (s. o. II 4).

Eine neue Bestimmung enthält auch § 208 InsO. Nach dieser Bestimmung muß der Insolvenzverwalter die während des

Insolvenzverfahrens auftretende Masseunzulänglichkeit sofort dem Gericht mitteilen, die Massegläubiger werden sodann in der Rangordnung des § 209 InsO befriedigt. Mit der Vorschrift korrespondiert § 61 InsO, wonach der Insolvenzverwalter haftet, wenn eine von ihm begründete Masseverbindlichkeit wegen der Masseunzulänglichkeit nicht mehr erfüllt werden kann, es sei denn, die Masseunzulänglichkeit war nicht voraussehbar.

### 9. Befriedigung der Insolvenzgläubiger

Der Begriff der Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) deckt sich mit dem der Konkursgläubiger; sie können ihre Forderungen nur nach den Vorschriften der InsO verfolgen, unabhängig davon, ob bereits ein rechtskräftiger Titel besteht oder nicht (§§ 87, 88, 89 InsO). Für die zuletzt genannten Fälle ist ein besonderes Feststellungsverfahren vorgesehen, das den bisherigen Rechtsgrundsätzen entspricht. Daß die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen – nicht mehr beim Insolvenzgericht, sondern – beim Insolvenzverwalter anzumelden haben, wurde bereits angesprochen (§§ 174 ff. InsO).

Eine grundsätzliche Rechtsänderung liegt in der Abschaffung der *Rangordnung*, also der Konkursvorrechte. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nach InsO ganz wesentlich von der nach KO und GesO mit ihren Rangkatalogen für bevorrechtigte und einfache Konkurs- (Gesamtvollstreckungs-) Forderungen (§§ 61 KO, 17 Abs. 3 GesO). Diese Vorrechte – durch die das Prinzip der *par conditio creditorum* durchbrochen wurde – sind abgeschafft. Es gibt nur noch nicht nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), die rangmäßig folglich auf der gleichen Stufe stehen, und nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO). Letztere kommen aber ohnehin in aller Regel nicht zum Zuge; sie können ihre Forderungen nur anmelden, wenn sie vom Gericht ausdrücklich dazu aufgefordert worden sind (§ 174 Abs. 3 InsO), dann gilt für sie die Rangordnung des § 39 Nr. 1–6 InsO). Die Verteilung der Teilungsmasse durch den Verwalter ist in §§ 187 ff. InsO geregelt.

### 10. Abschluß des Regelin Insolvenzverfahrens

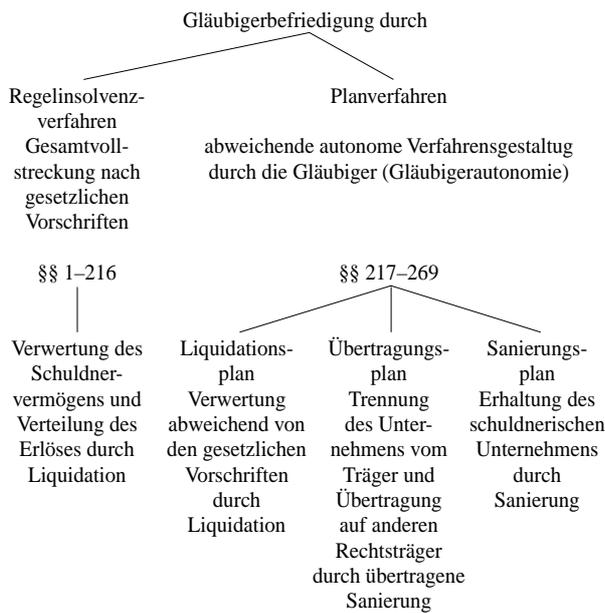
Soweit das Insolvenzverfahren nicht vorzeitig endet (durch Einstellung insbesondere bei fehlender Masse nach § 207 InsO bzw. Masseunzulänglichkeit nach § 211 InsO) wird es nach Zweckerreichung, also nach Abhaltung des Schlußtermines infolge Verteilung der Masse an die Insolvenzgläubiger aufgehoben, § 200 InsO. Als Rechtsfolge davon erlangt der Schuldner wieder sein freies Verfügungsrecht, die Unterbrechung von Prozessen (§ 240 ZPO) endet. Für die unbefriedigten Insolvenzgläubiger entfallen die Beschränkungen des Insolvenzverfahrens und entsteht das „Recht der freien Nachforderung“ gemäß § 201 Abs. 1 InsO. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Schuldner nicht im anschließenden *Restschuldbefreiungsverfahren* von seinen restlichen Verbindlichkeiten befreit wird, § 201 Abs. 3 InsO (dazu s. u. VII).

## IV. Insolvenzplanverfahren

### 1. Zwecke eines Insolvenzplans

Das Insolvenzverfahren dient gemäß § 1 S. 1 dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt, oder, indem in einem Insolvenzplan eine abwei-

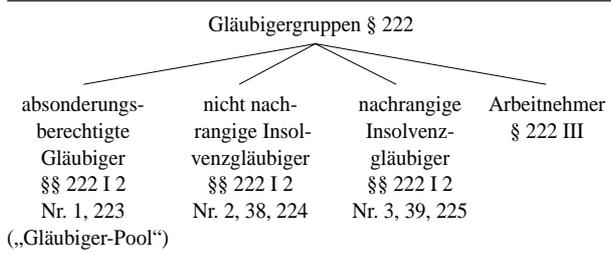
chende Regelung, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Diese Verfahrenszwecke sind in der folgenden Übersicht nochmals zusammenfassend dargestellt.



Zweck eines Insolvenzplans wird in der Praxis regelmäßig die Sanierung bzw. übertragene Sanierung sein. Die InsO regelt dazu das Verfahren. Den sachlichen Inhalt (Art und Umfang der Sanierung) bestimmen die Gläubiger aufgrund ihrer Autonomie. Das Insolvenzplanverfahren ersetzt die bisherigen Instrumente für eine Sanierung, nämlich das Vergleichsverfahren (vgl. § 1 VerglO), den Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO (konkursbeendenden Vergleich) und die sog. „freie Sanierung im Konkurs“. Der Gesetzgeber verspricht sich aufgrund der verstärkten Gläubigerautonomie ein flexibleres und wirtschaftlich effektiveres Sanierungsverfahren.

## 2. Planinhalt

Gemäß § 217 InsO können abweichend von den Vorschriften der InsO geregelt werden die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Verfahrens. Der Plan gliedert sich gemäß § 219 InsO in einen darstellenden Teil, der das Sanierungskonzept enthält (§§ 220, 229, 230 InsO) und in einen gestaltenden Teil, der festlegt, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geändert werden soll (§ 221 InsO). Bei der Festlegung der Rechte der Beteiligten im Insolvenzplan sind Gruppen zu bilden, wobei grundsätzlich innerhalb jeder Gruppe allen Beteiligten gleiche Rechte angeboten werden müssen (§ 226 InsO).



Der gestaltende Teil kann eine Vielzahl von Rechtsänderungen enthalten, z.B. Stundung oder Teilerlaß von Forderungen, Wiederauflebungs-klauseln (§ 255 InsO), Zustimmungspflicht für bestimmte Rechtsgeschäfte (§ 263 InsO) sowie Festlegung eines Kreditrahmens (§ 264 InsO). Mit der *Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse* befaßt sich § 228 InsO, eine Vorschrift, von der sich der Gesetzgeber wegen der damit verbundenen Verfahrenserleichterungen für die Praxis erhebliche Bedeutung verspricht. Blicke es nämlich bei der Grundregel des § 873 BGB, so müßten die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (sog. Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem Notar erklärt werden (§ 925 Abs.1 S. 1, 2 BGB). Dieses Verfahren wäre bei der Aufstellung und Abwicklung eines Insolvenzplans schon wegen der Vielzahl der Beteiligten umständlich und gebührenintensiv. Nach § 228 InsO können deshalb alle Willenserklärungen im Sinn des § 873 BGB, auch Auflassung und Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) in den gestaltenden Teil des Plans aufgenommen werden und gelten dann nach rechtskräftiger Bestätigung des Plans durch das Insolvenzgericht als abgegeben (§ 254 Abs. 1 S. 2 InsO); die Rechtsänderung tritt nach allgemeinen Regeln mit Eintragung im Grundbuch ein. Zu diesem Zweck wurde § 925 Abs. 1 S. 3 BGB (durch Art. 33 Nr. 26 EGInsO) wie folgt ergänzt (Ergänzung kursiv): „Eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder *in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan* erklärt werden.“ Aus richterlicher, insbesondere grundbuchrichterlicher Sicht ist freilich dringend zu hoffen, daß der Insolvenzverwalter sachenrechtliche Änderungen in den Insolvenzplänen durch Notare vor der Beschlußfassung und Bestätigung durch den Insolvenzrichter überprüfen lassen wird.

Für die Haftung des Insolvenzschuldners gilt – falls keine anderweitige Regelung getroffen wird – gemäß § 227 InsO: Die Gläubiger verzichten auf ihr freies Nachforderungsrecht (§ 201 InsO), der Insolvenzplan führt also bei Erfüllung zur Restschuldbefreiung.

## 3. Planverfahren

Ein Insolvenzplan ist dem Insolvenzgericht vorzulegen. Berechtigt dazu sind der Insolvenzverwalter und der Schuldner (§ 218 Abs. 1 InsO). Wird der Insolvenzplan nicht nach § 231 InsO zurückgewiesen, so holt das Gericht die im Gesetz vorgeschriebenen Stellungnahmen ein (§§ 232–234 InsO). Über die Annahme entscheiden die Gläubiger nach Erörterung in einem Abstimmungstermin (§§ 235, 236, 241 InsO). Stimmberechtigt sind Insolvenzgläubiger (§ 237 Abs. 1 InsO) und absonderungsberechtigte Gläubiger, soweit deren Rechtsstellung im Insolvenzplan geregelt wird (§ 238 Abs. 1 InsO). Die Abstimmung erfolgt in jeder Gruppe mit sogenannter doppelter Mehrheit, also Kopf- und Summenmehrheit, §§ 243, 244 InsO. Sind die erforderlichen Mehrheiten in einer Abstimmung nicht erreicht, so gilt die Zustimmung gemäß dem Obstruktionsverbot des § 245 InsO gleichwohl als erteilt, wenn ein vernünftiger Ablehnungsgrund nicht besteht. Zustimmung muß dem Insolvenzplan außerdem der Schuldner, was fingiert wird, wenn er dem Plan nicht spätestens im Abstimmungstermin formgerecht widersprochen hat (§ 247 Abs. 1 InsO); der Widerspruch ist in bestimmten Fällen allerdings unbeachtlich (§ 247 Abs. 2 InsO).

Nach Annahme des Insolvenzplans durch die Gläubiger und der Zustimmung des Schuldners bedarf der Plan noch der *Bestätigung durch das Insolvenzgericht* gemäß §§ 248–253 InsO. Erfolgt Letzteres, so wirkt der Plan für und gegen die Beteiligten, selbst für und gegen diejenigen Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben (§ 254

Abs. 1 InsO). Die Haftung von Mitschuldnern und Bürgen bleibt bestehen (§ 254 Abs. 2 S. 1 InsO). Der Plan ist zusammen mit dem Tabelleneintrag Vollstreckungstitel (§ 257 InsO). Sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist, wird das Insolvenzverfahren aufgehoben (§§ 258, 259 InsO). Die *Planerfüllung* ist Aufgabe des wieder Verfügungsberechtigten (§ 259 Abs. 1 S. 1 InsO) Schuldners, wenngleich sie überwacht werden kann (§§ 260–269 InsO). Bei einer Nichterfüllung wird aus dem Plan gemäß § 257 InsO vollstreckt, Stundungen entfallen und erlassene Forderungen leben wieder auf (§ 255 InsO).

## V. Eigenverwaltung

Im Regelinsolvenzverfahren verliert der Schuldner als Folge der Insolvenzeröffnung die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über die Insolvenzmasse, die auf den Insolvenzverwalter übergeht (§ 80 InsO, s. o. III 3). Der *Normzweck* dieser Regelung leuchtet unmittelbar ein: Eine Person, die den Eintritt der Insolvenz nicht hat vermeiden können, wird auch nicht dazu geeignet sein, die Insolvenzmasse optimal zu verwerten und bei der Durchführung des Insolvenzverfahrens die Interessen der Gläubiger über die eigenen zu stellen. Das neue Rechtsinstitut der Eigenverwaltung enthält dazu eine Ausnahme. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers kann es Vorteile haben, den Schuldner im Grundsatz verfügungs- und verwaltungsbefugt zu lassen und ihn lediglich unter Aufsicht zu stellen.

*Voraussetzung* für die Anordnung der Eigenverwaltung ist gemäß § 270 InsO bei einem entsprechenden Antrag des Schuldners die Erwartung, daß die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird; wegen der zuletzt genannten Einschränkung dürfte die Eigenverwaltung in der Praxis der Ausnahmefall bleiben. Hat ein Gläubiger den Eröffnungsantrag gestellt, so ist Voraussetzung, daß er einem entsprechenden Antrag des Schuldners zugestimmt hat.

Die vom Regelinsolvenzverfahren abweichenden *wesentlichen Verfahrensgrundsätze* sind: Es gibt keinen Insolvenzverwalter, vielmehr wird an dessen Stelle ein Sachwalter bestellt (§ 270 Abs. 3 InsO), der die Aufsicht über den Schuldner ausübt (§§ 274, 277 InsO). Die Vorschriften über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte (§§ 103 ff. InsO; s. o. III 6) gelten mit der Maßgabe, daß anstelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt (§ 279 InsO). Die Insolvenzforderungen sind gemäß § 270 Abs. 3 S. 2 InsO beim Sachwalter anzumelden. Verwertung und Verteilung der Masse obliegen dem Schuldner (§§ 270 Abs. 1 S. 1, 282, 283 InsO), die Masseunzulänglichkeit wird vom Sachwalter dem Insolvenzgericht angezeigt (§ 285 InsO).

## VI. Verbraucherinsolvenzverfahren

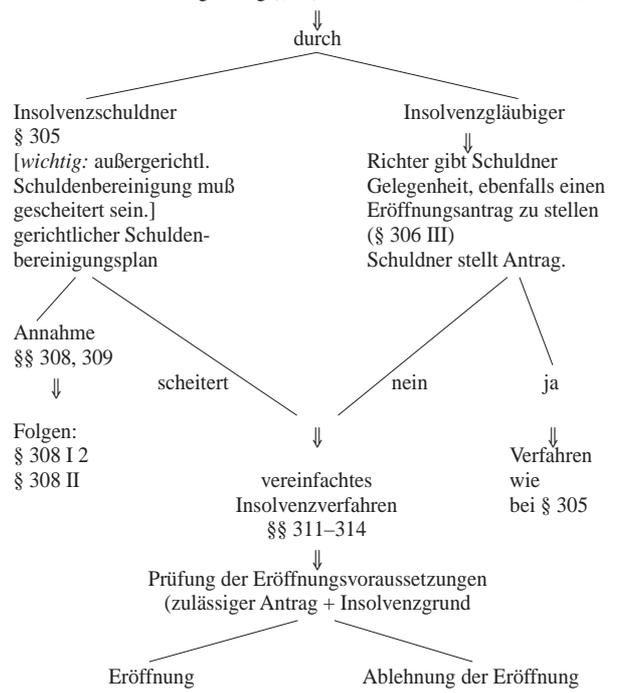
*Zweck* des neuen Instituts der Verbraucherinsolvenz ist es, ein besonderes, den Bedürfnissen bestimmter Personen angepaßtes Verfahren zur Verfügung zu stellen; es soll nicht der Aufwand des doch recht umfangreichen und komplizierten Regelinsolvenzverfahrens betrieben werden, der kaum in einem angemessenen Verhältnis zum Ergebnis des Verfahrens stehen würde. Zuständig für das Verbraucherinsolvenzverfahren ist der Richter (nicht der Rechtspfleger), § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfIG.

Das Verbraucherinsolvenzverfahren ist *zwingend* bei natürlichen Personen durchzuführen, die in den Anwendungsbereich des § 304 InsO fallen. Die Vorschrift erfaßt jede natürliche Person, die keine oder nur eine geringfügige selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Eine selbständige wirt-

schaftliche Tätigkeit ist nach Abs. 2 der genannten Vorschrift insbesondere dann geringfügig, „wenn sie nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“. Das Gesetz knüpft damit an die Definition des Minderkaufmanns in § 4 Abs. 1 HGB a. F. an. In den Anwendungsbereich fallen nach alledem zwingend insbesondere Erwerbslose, Arbeitnehmer (einschließlich leitende Angestellte), Kleingewerbetreibende und nicht geschäftsführende Personengesellschafter; „Minderkaufleute“ werden vor allem sein Handelsvertreter, Einzelhändler, Gastwirte, Bauunternehmer, Landwirte. Keine Anwendung finden die Vorschriften auf juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine (§ 11 Abs. 1 S. 2 InsO), Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) und alle nicht nur geringfügig Selbständige und Freiberufler; als Abgrenzungskriterium dürfte sich für die Praxis das Merkmal der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Organisation herausbilden.

Dem Gesetz liegt ein *Dreistufenmodell* zugrunde: Nach dem gescheiterten Versuch einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung folgt ein gerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch; scheidet dieser ebenfalls, so schließt sich ein vereinfachtes Insolvenzverfahren an. Da das Verbraucherinsolvenzverfahren zwingend ist, muß der Richter im Eröffnungsverfahren bei jeder natürlichen Person von Amts wegen prüfen, ob ein Fall des § 304 InsO vorliegt (s. o. II 3). Die folgende Übersicht beschreibt das Verfahren nach Eingang eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nochmals zusammenfassend:

Verfahren bei Eröffnungsantrag (§ 13) betreffend eine Person i. S. des § 304



Die Regeln zur *Vereinfachung des Insolvenzverfahrens* enthalten §§ 312–314 InsO: Es gibt keinen Berichtstermin, keinen Insolvenzplan, keine Eigenverwaltung, eventuell aber ein schriftliches Verfahren; statt eines Insolvenzverwalters wird ein Treuhänder bestellt. Zur Insolvenzanfechtung ist jeder Insolvenzgläubiger berechtigt (§ 313 Abs. 2 InsO). Der Treuhänder darf nicht Gegenstände verwerten, an denen Pfandrechte oder andere Absonderungsrechte bestehen, in diesen Fällen steht das Verwertungsrecht dem jeweiligen Gläubiger zu. Die vereinfachte Verteilung regelt § 314 InsO.

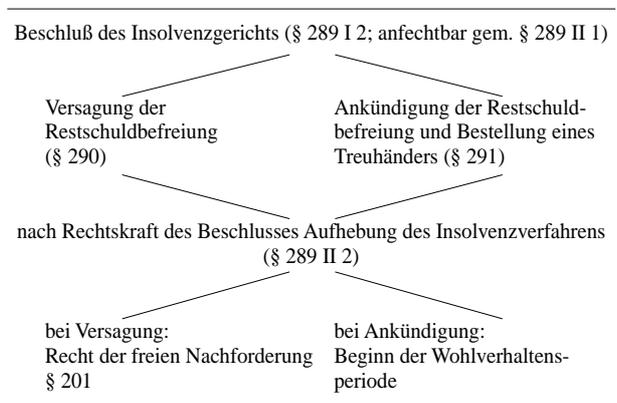
## VII. Restschuldbefreiung

Ein solches Institut gab es bislang nicht. In der KO gilt das Prinzip der freien Nachforderung uneingeschränkt (§ 164 Abs. 1 KO), Entschuldung ist kein Verfahrensziel. Etwas anders liegt es im Bereich der GesO, also in den neuen Bundesländern. Dort gewährt § 18 Abs.1 S. 2 GesO (zum Übergangsrecht s. o. I 1) den Gläubigern – wie die schon genannte Bestimmung der KO – zwar ebenfalls ein Recht auf freie Nachforderung, Satz 3 schränkt dann aber ein: „Eine Vollstreckung findet nur statt, soweit der Schuldner über ein angemessenes Einkommen hinaus zu neuem Vermögen gelangt; dies gilt nicht, wenn der Schuldner vor oder während des Verfahrens vorsätzlich oder grob fahrlässig zum Nachteil seiner Gläubiger gehandelt hat“. Geregelt wird damit zwar keine Entschuldung, wohl aber ein Vollstreckungsschutz; man spricht deshalb auch von einer „Quasi-Restschuldbefreiung“.

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage bestimmt nun § 1 S. 2 InsO die *Restschuldbefreiung als weiteres Ziel des Insolvenzverfahrens*. Ihr Zweck ist es, verschuldeten natürlichen Personen durch Ausschluß des unbeschränkten Nachforderungsrechtes einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen, also einen Ausweg aus dem sogenannten „modernen Schuldurms“. Zur Restschuldbefreiung kommt es – außerhalb des Verfahrens nach §§ 286–303 InsO – auch bei Erfüllung des Insolvenzplans sowie durch einen – außergerichtlichen oder gerichtlichen – Schuldenbereinigungsplan im Verbraucherinsolvenzverfahren.

Das Restschuldbefreiungsverfahren findet *Anwendung* auf jede natürliche Person, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren durchgeführt wurde, und die redlich ist. Es gibt aber keine gleichzeitige Befreiung für Mitschuldner und Bürgen, § 301 Abs. 2 InsO. Was sich der Gesetzgeber unter einem „redlichen Schuldner“ vorgestellt hat, läßt sich den Materialien nicht hinreichend entnehmen. Der Begriff ist irreführend. Gemeint ist: Restschuldbefreiung kann ein Schuldner erlangen, dem sie nicht unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen versagt werden darf.

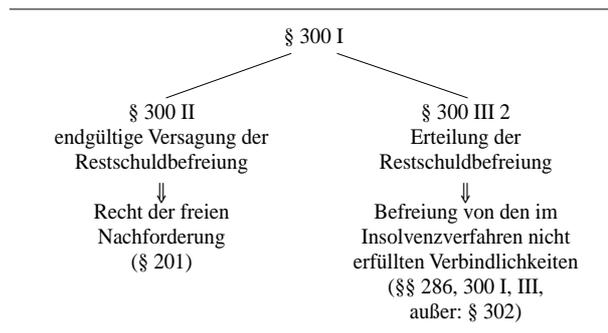
Erforderlich ist für das *Verfahren* ein Antrag des Schuldners (§ 287 InsO) mit Erklärung zur siebenjährigen Wohlverhaltensperiode (§ 287 Abs. 2 S. 1 InsO) spätestens im Berichtstermin; dieser Zeitraum ermäßigt sich auf fünf Jahre, falls der Schuldner bereits vor dem 1.1.1997 zahlungsunfähig war (Art. 107 EGIInsO). Eine Mindestquote zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger muß nicht geboten werden. Zu diesem Antrag werden sodann die Insolvenzgläubiger und der Verwalter im Schlußtermin angehört (§ 289 Abs. 1 S. 1 InsO). Anschließend entscheidet das Insolvenzgericht, wie aus der folgenden Übersicht zu entnehmen:



Während der *Wohlverhaltensperiode* obliegen dem Schuldner verschiedene Pflichten. Er muß insbesondere eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO), den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens an den Treuhänder abtreten (§§ 287 Abs. 2 S. 1, 292 Abs. 1 InsO) und darf während dieser Periode Insolvenzgläubiger nicht bevorzugen (§§ 295 Abs. 1 Nr. 4, 294 Abs. 2 InsO). Außerdem muß der Schuldner nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Hälfte eines ihm während der Wohlverhaltensperiode anfallenden Nachlasses an den Treuhänder herausgeben, der diesen Zufluß an die Insolvenzgläubiger verteilt. Die andere Hälfte darf der Schuldner behalten; auf sie können seine Neugläubiger Zugriff nehmen. In der Ausschlagung der Erbschaft kann wegen der Wertung in § 83 Abs. 1 InsO kein Obliegenheitsverstoß erblickt werden; entsprechendes gilt für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht.

Eine *Versagung der Restschuldbefreiung während der Wohlverhaltensperiode* ist unter den Voraussetzungen der §§ 296, 297, 298 InsO möglich. Ein Grund wäre es etwa, wenn der Schuldner einen Erbfall verschweigt oder den Nachlaß nicht in dem vorgeschriebenen Umfang an den Treuhänder herausgibt. Als Folge der Versagung der Restschuldbefreiung enden dann die Laufzeit der Abtretungserklärungen (§ 299 InsO) und das Amt des Treuhänders; die unbefriedigt gebliebenen Insolvenzgläubiger haben das Recht der freien Nachforderung (§§ 201, 299 InsO).

Die *Entscheidung über die Restschuldbefreiung nach dem Ende der Wohlverhaltensperiode* trifft das Insolvenzgericht nach Anhörung der Insolvenzgläubiger, des Treuhänders und des Schuldners durch Beschluß, wie aus der folgenden Übersicht ersichtlich:



## VIII. Besondere Arten des Insolvenzverfahrens

Das *Nachlaßinsolvenzverfahren* entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht. Berechtigt zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über einen Nachlaß ist jeder Erbe, der Nachlaßverwalter sowie ein anderer Nachlaßpfleger, ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, und jeder Nachlaßgläubiger (§ 317 InsO). Für den Antrag eines Nachlaßgläubigers gibt es eine Antragsfrist, § 319 InsO. Eröffnungsgründe sind die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung (§ 320 InsO). Zuständig ist ausschließlich örtlich dasjenige Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte (§ 315 InsO). Insolvenzmasse ist der Nachlaß nicht zur Zeit des Erbfalls, sondern zur Zeit der Verfahrenseröffnung, wie aus § 3 InsO folgt; zwischenzeitliche Verfügungen des Erblassers sind mithin wirksam. Das Gesetz erstrebt aber eine Rückorientierung auf den Erbfall (vgl. §§ 321, 322 InsO). Die Abwicklung des Nachlaßinsolvenzverfahrens geschieht grundsätzlich wie bei einem Regelinsolvenzverfahren.

ren; die Besonderheiten, insbesondere zur Reihenfolge der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, sind in §§ 324 ff. InsO enthalten.

Die Vorschriften der InsO enden mit den Bestimmungen zum Insolvenzverfahren *über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft* (§ 332 InsO) und *über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut einer Gütergemeinschaft* (§§ 333, 334 InsO).

## IX. Auswirkungen der InsO auf andere Gesetze

### 1. Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens AnfG

#### (Art. 1 EGINsO)

##### a) Grundlagen

Zusammen mit der InsO ist am 1.1.1999 die in Art. 1 EGINsO verkündete Neufassung des „Gesetzes über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens“ (AnfG) in Kraft getreten. Am Zweck der Einzelgläubigeranfechtung hat sich nichts geändert: Ein Gläubiger kann auf diese Weise unentgeltlichen oder böswilligen Verfügungen eines Schuldners begegnen und sich so unter bestimmten Voraussetzungen wieder den zwangsweisen Zugriff auf Gegenstände erschließen, die sein Schuldner anfechtbar weggegeben hat. Keine Rechtsänderung gibt es bei der Anfechtungsberechtigung (§ 2 AnfG) und dem Merkmal der Gläubigerbenachteiligung sowie dem Erfordernis der Vermögensmehrung beim Anfechtungsgegner. Die Anfechtungstatbestände wurden jedoch wesentlich verschärft, und zwar durch für den anfechtenden Gläubiger günstige Beweislastregeln und durch Verlängerung der Anfechtungsfristen. Auch hier hat deshalb der Gesetzgeber – wie bei der Insolvenzanfechtung (s. o. III 7 a) – einen Bestandsschutz vorgesehen. Nach § 20 Abs.1 AnfG können die vor dem 1.1.1999 vorgenommenen Rechtshandlungen nur insoweit angefochten werden, als sie nicht nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind. In solchen Fällen muß daher die Anfechtbarkeit alternativ nach bisherigem und neuem Recht geprüft werden.

##### b) Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen

Wie in der Insolvenzanfechtung stellt § 1 Abs. 2 AnfG nunmehr ausdrücklich Unterlassungen aktivem Tun gleich. Der Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung ist nunmehr in § 8 AnfG geregelt; für Rechtsgeschäfte, bei denen das Wirksamwerden eine Eintragung im Grundbuch oder in einem vergleichbaren Register erfordert, enthält § 8 Abs. 2 AnfG eine Sondervorschrift (entsprechend § 140 Abs. 2 InsO; s. o. III 7 b).

##### c) Anfechtungstatbestände

Bei der *Vorsatzanfechtung* nach § 3 AnfG (Insolvenzanfechtung: § 133 InsO) gibt es nach wie vor zwei Alternativen. Den Regelfall enthält § 3 Abs. 1 AnfG. Anfechtbar ist danach eine in den letzten 10 Jahren vor der Anfechtung vorgenommene Rechtshandlung des Schuldners, die zu einer wenigstens mittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt hat, wenn der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelte und der Anfechtungsgegner dies wußte; auch schon bisher genügte – trotz des anderen Gesetzeswortlautes – bedingter Vorsatz, weshalb alte und neue Rechtslage übereinstimmen. Eine Änderung ergibt sich bei der Beweislast. Sie trägt grundsätzlich der anfechtende Gläubiger, außer es greift die Vermutung nach § 3 Abs. 1 S. 2 AnfG ein; nach dieser Vor-

schrift wird die Kenntnis (vom Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung) vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte (§ 18 Abs. 2 InsO) und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Der Tatbestand des § 3 Abs. 2 AnfG erfaßt entgeltliche Verträge des Schuldners mit einer nahestehenden Person im Sinne des § 138 InsO (bisher: mit nahen Angehörigen), die nicht früher als zwei Jahre (bisher: im letzten Jahr) vor der Anfechtung geschlossen wurden, was nunmehr vermutet wird. Erforderlich ist nach wie vor unmittelbare Gläubigerbenachteiligung. Der subjektive Tatbestand wird – wie nach bisherigem Recht – vermutet. Eine weitere wichtige Rechtsänderung ergibt sich bei der Beweislast. Nach bisherigem Recht mußte der anfechtende Gläubiger die Art der Rechtshandlung innerhalb der Anfechtungsfrist und die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung nachweisen, während dem Gegner der Beweis der Unkenntnis oblag. Nach neuem Recht wird der Abschluß des entgeltlichen Rechtsgeschäftes innerhalb des Anfechtungsrechts vermutet, muß also der Gegner einen Vertragsschluß außerhalb der Anfechtungsfrist beweisen.

Auch bei der „*Schenkungsanfechtung*“ nach § 4 AnfG (Insolvenzanfechtung: § 134 InsO) ist die Anfechtbarkeit wesentlich erleichtert worden. Bei der Art der Rechtshandlung gibt es keine Unterschiede; der Begriff der „Schenkungsanfechtung“ ist zwar allgemein üblich, jedoch zu eng; der Gesetzgeber hat dem dadurch Rechnung getragen, daß der Anfechtungstatbestand nunmehr als „Anfechtung unentgeltlicher Leistungen“ bezeichnet wird. Nicht erfaßt werden gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke, jedoch nur solche geringen Werts, wie jetzt ausdrücklich klargestellt wird. Erfaßt werden Zuwendungen nicht früher als vier Jahre vor Anfechtung, was vermutet wird. Die Anfechtungsfrist beträgt nach altem Recht ein bzw. bei Ehegatten zwei Jahre vor Anfechtung. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügt weiterhin, subjektive Anfechtungsvoraussetzungen gibt es keine. Ein wesentlicher Rechtsunterschied liegt wiederum bei der Beweislastverteilung. Bisher mußte der anfechtende Gläubiger die Unentgeltlichkeit, die Gläubigerbenachteiligung und die Zuwendung innerhalb der Anfechtungsfrist nachweisen. Jetzt trifft ihn die Beweislast nur noch für die beiden zuerst genannten Merkmale, der Gegner muß die Zuwendung außerhalb der Anfechtungsfrist beweisen, also, daß sie früher als vier Jahre vor der Anfechtung erfolgte.

Die Anfechtbarkeit bei *Rechtshandlungen des Erben* (§ 5 AnfG) und bei *kapitalersetzenden Darlehen* (§ 6 AnfG) ist unverändert.

##### d) Geltendmachung der Gläubigeranfechtung

Die Anfechtungsfristen sind nunmehr ausschließlich in den jeweiligen Anfechtungstatbeständen geregelt. Es handelt sich nach wie vor um materiell-rechtliche Ausschlußfristen, mit deren Ablauf der Anfechtungsanspruch erlischt, was der Richter von Amts wegen – nicht etwa nur auf Einrede – zu beachten hat. Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit grundlegend von der bei der Insolvenzanfechtung (s. o. III 7 d). Die Berechnung der Anfechtungsfristen regelt § 7 AnfG; sie werden einheitlich zurückgerechnet vom Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung an.

Eine fristwahrende Anfechtungsankündigung gibt es nach wie vor in § 7 Abs. 2 AnfG. Der Anfechtungsanspruch entsteht zwar bereits mit dem Eintritt der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes, bedarf aber – sofern er nicht freiwillig erfüllt wird – der gerichtlichen Geltendmachung durch Klage nach § 13 AnfG oder durch Einrede nach

§ 9 AnfG. Die Rechtslage stimmt mit dem alten Recht überein. Allerdings spricht § 13 AnfG nicht mehr (wie § 9 AnfG) von „Rückgewähr“, sondern – in Übereinstimmung mit § 11 AnfG – davon, daß der Anfechtungsgegner das Erlangte „zur Verfügung stellen“ muß. Das hat aber keine Auswirkungen auf die Abfassung des Klageantrages, der nach wie vor in der Regel auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu richten ist.

Da § 7 Abs. 1 AnfG für die Berechnung der Anfechtungsfristen ausdrücklich an die gerichtliche Geltendmachung der Anfechtung anknüpft, ist nunmehr der Streit darüber erledigt, ob die Gläubigeranfechtung durch Duldungsbescheid insbesondere des Finanzamtes geltend gemacht werden kann; das ist künftig nicht mehr möglich (zum Übergangsrecht näher *Huber*, ZIP 1998, 897, 902).

#### e) Rechtsfolgen der Anfechtung

Die Rechtslage ist hierzu im Ergebnis unverändert. Nach wie vor geht der Anfechtungsanspruch primär auf Wiederherstellung der Zugriffslage durch Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar weggegebenen Gegenstand; das Haftungsprivileg für den gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung wurde in § 11 Abs. 2 S. 1 AnfG geregelt, anders verteilt ist jedoch die Beweislast, und zwar zugunsten des Anfechtungsgegners. Diesem oblag bislang der Nachweis seines guten Glaubens sowie dessen Fortdauer und auch der Beweis dafür, daß beim Eintritt der Bösgläubigkeit eine Bereicherung nicht mehr gegeben war. Jetzt muß gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 AnfG der anfechtende Gläubiger die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners und damit den Wegfall der Haftungsprivilegierung beweisen.

Die Konkurrenz zum Anfechtungsrecht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens regeln §§ 16–19 AnfG. Das neue Recht enthält nunmehr eine Vorschrift zum internationalen Anfechtungsrecht in § 19 AnfG.

## 2. Aufhebung von Gesetzen (Art. 2 EGInsO)

Betroffen sind neben KO, VerglO und GesO (s. o. I 1) vor allem das Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften; die Löschungsvorschriften sind nunmehr in das FGG und die Auflösungs-vorschriften in die gesellschaftsrechtlichen Gesetze verlagert.

## 3. Änderung von GVG und RpfLG (Art. 12, 13 EGInsO)

Es wird sichergestellt, daß nur Richter und Rechtspfleger in Insolvenzsachen tätig sein dürfen, die über mindestens ein Jahr praktische Erfahrung verfügen. Beseitigt wird im GVG und in anderen Verfahrensgesetzen (Arbeitsgerichtsgesetz, Sozialgerichtsgesetz, Verwaltungsgerichtsordnung, Finanzgerichtsordnung) der bisher zwingende Ausschluß des Schuldners, über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, vom Amt des ehrenamtlichen Richters; die einschlägigen Vorschriften wurden in Soll-Bestimmungen umgewandelt. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Rechtspfleger und Richter bleibt im Regelinsolvenzverfahren grundsätzlich unverändert. Neu sind die Regelungen zu den Zuständigkeiten in der Verbraucherinsolvenz und im Restschuldbefreiungsverfahren; eine Stimmrechtsfestsetzung durch den Rechtspfleger kann nunmehr unter eingeschränkten Voraussetzungen vom Richter korrigiert werden.

## 4. Änderung der ZPO (Art. 18 EGInsO)

Neu sind die Gerichtsstandsvorschrift des § 19 a ZPO für Passivprozesse und zur Unterbrechungswirkung von Prozessen schon bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergeht (s. o. III 3). Hinzuweisen ist ferner auf die erweiterten Pflichten des Schuldners in § 807 Abs. 2 ZPO bei Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung.

## 5. Änderung des ZVG (Art. 20 EGInsO)

Das ZVG wird dahin ergänzt, daß die Kosten, die im Insolvenzverfahren für die Feststellung von Zubehör des Grundstücks und für die Erhaltung des Grundstücks aufgewendet werden, mit einem Vorrang in der Zwangsversteigerung in die Insolvenzmasse zu erstatten sind (entsprechend zur Rechtslage in der InsO, s. o. III 5). Große Bedeutung für die Praxis haben die neuen Vorschriften zur Befugnis des Insolvenzverwalters, unter bestimmten Voraussetzungen die Einstellung der Zwangsversteigerung verlangen zu können, vor allem dann, wenn das betroffene Grundstück zur Betriebsfortführung notwendig ist (vgl. insbesondere §§ 30 d, 30 e, 30 f, 153 b, 153 c ZVG).

## 6. Änderung des BGB (Art. 33 EGInsO)

Die Änderungen betreffen zunächst die Anpassung des Rechts des Vereins und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts an die Reform; über das Vermögen der BGB-Gesellschaft ist nunmehr ein gesondertes Insolvenzverfahren zulässig (vgl. § 728 BGB). Die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB wird als Hemmnis für eine außergerichtliche Sanierung aufgehoben; sie findet allerdings weiter Anwendung auf Vermögensübernahmen, die bis zum Ablauf des 31.12.1998 wirksam geworden sind (Art. 1 Nr. 5 b EGInsOÄndG v. 19.12.1998, BGBI I 3836). Im übrigen wird der Wegfall des § 419 BGB durch die Verschärfung im Anfechtungsrecht nach InsO und AnfG weitgehend abgemildert. In § 455 Abs. 2 BGB wird der sogenannte Konzernvorbehalt für unwirksam erklärt, weil die Sicherung von Forderungen mit dem Verkäufer verbundener Unternehmen eine Zweckentfremdung des Eigentumsvorbehalts darstellt und den Käufer sowie dessen sonstige Gläubiger übermäßig benachteiligt. Auf die Änderung des § 925 BGB im Zusammenhang mit einem Insolvenzplanverfahren wurde bereits hingewiesen (s. o. VI 2).

## 7. Änderung des HGB (Art. 40 EGInsO)

Die Änderungen beinhalten die Anpassung gesellschaftsrechtlicher Regelungen. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 370 HGB wird als systemwidrige Bevorzugung bestimmter Gläubiger aufgehoben.

## 8. Weitere Änderungen

Die vorstehenden Erörterungen betreffen nur einige für die Praxis besonders wichtige Auswirkungen der InsO. Die Änderungen anderer Gesetze durch Art. 3 – 101 EGInsO, die allerdings oft nur redaktionelle Anpassungen enthalten, können hier im Einzelnen nicht aufgeführt werden; weitere Änderungen enthält das EGInsOÄndG v. 19.12.1998 (s. o. 6).

# Veräußerung von Grundbesitz nach Anordnung der Zwangsversteigerung

Von Notarassessorin Dr. Andrea Jursnik, München

Grundstücksveräußerungen während eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens gehören zwar nicht zum täglichen Brot des Notars, tritt dieser Fall jedoch ein, wirft die Vertragsgestaltung und -abwicklung meist Probleme auf. Diese sollen im folgenden dargestellt sowie Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Dabei sind im wesentlichen zwei Sachverhaltskonstellationen zu unterscheiden und gesondert zu behandeln. Die eine betrifft die Veräußerung von Grundbesitz, hinsichtlich dessen die Zwangsversteigerung bereits angeordnet ist, die andere die Grundstücksbeschlagnahme nach Beurkundung und vor Vollzug des Veräußerungsvertrages. Letztere bleibt einem eigenen Aufsatz vorbehalten.<sup>\*)</sup>

## A. Allgemeine Wirkungen der Beschlagnahme

Die Anordnung der Zwangsversteigerung führt zur Beschlagnahme des Grundstücks (§ 20 Abs. 1 ZVG). Sie wird mit Zustimmung des Anordnungsbeschlusses an den Schuldner (§ 22 Abs. 1 S. 1 ZVG) oder in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerks dem Grundbuchamt zugeht, sofern die Eintragung demnächst erfolgt (§ 22 Abs. 1 S. 2 ZVG).

Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots i.S.v. §§ 136, 135 BGB (§ 23 Abs. 1 S. 1 ZVG), nicht jedoch eines absoluten Verfügungsverbots wie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO)<sup>1</sup>. Daraus folgt, daß die Beschlagnahme und das auf dieser beruhende Veräußerungsverbot für jeden einzelnen der die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger unabhängig voneinander sind<sup>2</sup>, insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts des Wirksamwerdens der Beschlagnahme, da dieser für einen Beitrittsgläubiger nicht auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme zugunsten des Anordnungsgläubigers zurückdatiert wird<sup>3</sup>.

Der Beschlagnahmegläubiger ist gegen Verfügungen des Schuldners über das Grundstück und von der Beschlagnahme erfaßte Gegenstände (§ 20 Abs. 2 ZVG), insbesondere Grundstückszubehör und Erzeugnisse (§ 20 Abs. 2 ZVG i.V.m. § 1120 BGB)<sup>4</sup>, nicht jedoch Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 21 Abs. 2 ZVG), dadurch geschützt, daß diese aufgrund des Verstoßes gegen das Veräußerungsverbot ihm gegenüber unwirksam sind (§ 23 Abs. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 BGB). Das Gleiche gilt für Verfügungen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder im Wege der Arrestvollzie-

hung gegen den Schuldner erfolgen (§ 23 Abs. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 Abs. 1 S. 2 BGB). Maßgebend für die Unwirksamkeit der Verfügung ist der Zeitpunkt der Vollendung der Rechtsänderung<sup>5</sup>. Hierbei kommt dem Begünstigten der Erwerbsschutz des § 878 BGB zugute<sup>6</sup>. Unberührt bleibt auch die Möglichkeit des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs des Eigentums oder von dinglichen Rechten an dem Grundbesitz nach § 892 BGB (§ 23 Abs. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 Abs. 2 BGB)<sup>7</sup>, wobei für die Gutgläubigkeit gemäß § 23 Abs. 2 S. 1 ZVG die Kenntnis des Versteigerungsantrags der Kenntnis der Beschlagnahme gleichsteht<sup>8</sup>. Da mit Eintragung des Versteigerungsvermerks im Grundbuch (§ 19 Abs. 1 ZVG) die Beschlagnahme als bekannt gilt und ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist (§ 892 Abs. 1 BGB), bewirkt dieser anders als die Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch hinsichtlich von Verfügungen des Schuldners<sup>9</sup> keine Grundbuchsperrung für nachfolgende Eintragungen<sup>10</sup>.

Die vorgenannten Wirkungen der Beschlagnahme haben zur Folge, daß der Grundstückseigentümer trotz Anordnung der Zwangsversteigerung an Verfügungen über seinen Grundbesitz nicht gehindert ist und einem Erwerber Eigentum verschaffen kann, wenngleich mit relativer Unwirksamkeit gegenüber den betreibenden Gläubigern (§ 23 Abs. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 BGB). Dieser Umstand läßt es in Anbetracht der Tatsache, daß bei einer Versteigerung regelmäßig ein geringerer Versteigerungserlös erzielt wird als bei einer freihändigen Veräußerung, wirtschaftlich sinnvoll erscheinen, durch einen Verkauf die Durchführung der Versteigerung abzuwenden.

Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß entweder sämtliche betreibende Gläubiger zur Rücknahme des Versteigerungsantrags bereit sind, so daß das Zwangsversteigerungsverfahren von Amts wegen aufgehoben werden kann (§ 29 ZVG), oder daß deren Forderungen beglichen werden. In letzterem Fall kann die Aufhebung des Versteigerungsverfahrens notfalls im Prozeßwege mittels Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) des Schuldners erfolgen (§§ 775 Nr. 1, 776 ZPO).

## B. Wirkungen der Veräußerung nach Eintragung des Versteigerungsvermerks

### I. Fortgang des Versteigerungsverfahrens

Wird das Grundstück nach Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens veräußert und kommt die Auflassungsvormerkung im Grundbuch nach dem Versteigerungsvermerk zur

<sup>\*)</sup> Anm. der Schriftleitung: Dieser Aufsatz erscheint demnächst in MittBayNot.

<sup>1</sup> Stefan Schmid Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, 3. Aufl., 1999, § 5 Rdnr. 21 f.

<sup>2</sup> Steiner/Teufel Komm. zum ZVG, 9. Aufl., 1984, § 27 Rdnr. 2; Zeller/Stöber Komm. zum ZVG, 15. Aufl., 1996, § 23 Anm. 2.6.

<sup>3</sup> Vgl. Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.6; BGH DNotZ 1989/160 (161).

<sup>4</sup> Hinsichtlich land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse des Grundstücks umfaßt die Beschlagnahme diese gemäß § 21 Abs. 1 ZVG jedoch nur, soweit die Erzeugnisse noch mit dem Boden verbunden oder Grundstückszubehör sind.

<sup>5</sup> Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.3.

<sup>6</sup> Siehe hierzu Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.3.

<sup>7</sup> Siehe Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 4.

<sup>8</sup> Siehe Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 5.

<sup>9</sup> Siehe Haegle/Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 11. Aufl., 1997, Rdnr. 1637; Schmid a.a.O. § 6 Rdnr. 17.

<sup>10</sup> Siehe Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.5.

Eintragung, wird das Versteigerungsverfahren unabhängig von den erfolgten Verfügungen gegen den bisherigen Eigentümer fortgeführt. Die Auflassungsvormerkung sichert lediglich den schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung (§ 883 BGB), stellt jedoch kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht i.S.v. § 37 Nr. 5 ZVG dar, welches vom Versteigerungsgericht im Rahmen des § 28 ZVG im Wege der Aufhebung oder einstweiligen Einstellung des Verfahrens zu beachten wäre<sup>11</sup>.

Auch die Eigentumsumschreibung auf den Erwerber hindert den Fortgang des Verfahrens nicht, da diese aufgrund des durch die Beschlagnahme begründeten relativen Veräußerungsverbots den betreibenden Gläubigern gegenüber unwirksam ist (§ 23 Abs. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 BGB)<sup>12</sup>. Auf Grund dessen ist auch keine Klauselumschreibung auf den Erwerber als etwaigen Rechtsnachfolger des Schuldners erforderlich, da das Verfahren gegen den Schuldner fortgeführt wird<sup>13</sup>.

Auf diese Rechtslage hat der Notar die Beteiligten hinzuweisen (§ 17 Abs. 1 BeurkG)<sup>14</sup>.

## II. Anspruch auf Wertersatz

Geht die Auflassungsvormerkung dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Rang nach, wird diese gemäß § 44 ZVG nicht in das geringste Gebot aufgenommen. Folge davon ist, daß die Vormerkung mit dem Zuschlag erlischt (§§ 91 Abs. 1, 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 S. 2 ZVG).

Dies führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, daß der Vormerkungsberechtigte im Versteigerungsverfahren leer ausgeht. Es gilt vielmehr der Grundsatz, daß gemäß § 92 ZVG an Stelle des Rechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös tritt. Es kommt somit zu einer Umwandlung des Haftungsgegenstandes (sog. Surrogationsgrundsatz)<sup>15</sup>.

Da die Auflassungsvormerkung nur den Anspruch auf Eigentumsübertragung sichert und aufgrund ihrer Akzessorietät vom Bestand des Anspruchs abhängig ist, wird die Vormerkung bei der Erlösverteilung als aufschiebend bedingter Anspruch nach §§ 119, 120 ZVG behandelt<sup>16</sup>. Damit hat zum ei-

nen nach § 119 ZVG in dem Teilungsplan eine Hilfsverteilung des auf die Vormerkung entfallenden Betrages zu erfolgen, womit festgestellt wird, wie dieser anderweitig zu verteilen ist, wenn der Anspruch wegfällt<sup>17</sup>. Zum anderen kann die Zuteilung an den Vormerkungsberechtigten gemäß §§ 119, 120 Abs. 1 ZVG nur unter der Bedingung erfolgen, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch als bestehend festgestellt wird. Der Betrag ist somit nach § 120 Abs. 1 S. 1 ZVG bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts zu hinterlegen (§ 6 S. 2 Nr. 2 HinterlO)<sup>18</sup>.

Hinsichtlich des Wertersatzes für das Erlöschen der Auflassungsvormerkung ist nach allgemeiner Auffassung von dem Verkehrswert des Grundstücks auszugehen. Davon sind die eingetragenen Belastungen, die der Vormerkung im Rang vorgehen, abzuziehen, da diese vom Vormerkungsberechtigten hätten übernommen werden müssen<sup>19</sup>.

Ist der Auflassungsanspruch nur ein künftiger oder bedingter, hat dies auf den anzusetzenden Wert keinen Einfluß. Es ist nicht etwa ein Abschlag nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit der Anspruchsentstehung oder des Bedingungseintritts vorzunehmen<sup>20</sup>.

Nach nunmehr überwiegender Meinung ist der vom Vormerkungsberechtigten noch geschuldete restliche Kaufpreis vom so ermittelten Wert nicht in Abzug zu bringen, da dieser seine Grundlage allein in dem zwischen dem Eigentümer und dem

<sup>11</sup> Allgem. M., vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 28 Anm. 4.2 a; *Steiner/Teufel ZVG* § 28 Rdnr. 16 m.w.N u. § 26 Rdnr. 13; *Stöber/Zeller Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen*, Handbuch der Rechtspraxis (HRP), 6. Aufl., 1992, Rdnr. 161 a; BGH Rpfleger 1967/9. Früher strittig, siehe *Staudinger/Gursky BGB*, 13. Aufl., 1996, § 883 Rdnr. 189 m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 26 Anm. 2.2; *Steiner/Teufel ZVG* § 26 Rdnr. 1.

<sup>13</sup> *Zeller/Stöber ZVG* § 26 Anm. 2.9.

<sup>14</sup> Vgl. Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., 1997, Anm. A I Rdnr. 314; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3140.

<sup>15</sup> Vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 2.1; *Stöber/Zeller HRP* Rdnr. 416; *Steiner/Eickmann ZVG* § 92 Rdnr. 1 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 119 Anm. 2.2; *Stöber/Zeller HRP* Rdnr. 490; *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 11.

Aufgrund der Tatsache, daß die Vormerkung nicht einen Anspruch auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages sichert, ist der Anspruch gemäß § 14 ZVG zugleich aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages (*Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 7.1). Bedingung ist die Feststellung des Anspruchsbestandes und des Betrages, welche durch Anerkennung seitens des Schuldners oder mittels rechtskräftigem Urteil erfolgen können (Vgl. *Staudinger/Gursky BGB* § 883 Rdnr. 188; *Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 7.7; *Stöber/Zeller HRP* Rdnr. 490; *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 11).

<sup>17</sup> *Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 7.6; *Stöber/Zeller HRP* Rdnr. 491; *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 13 ff.

Hilfsberechtigte sind dabei die der Vormerkung im Rang nachgehenden Berechtigten in der Reihenfolge ihrer Ansprüche.

<sup>18</sup> *Zeller/Stöber ZVG* § 120 Anm. 2.2; *Stöber/Zeller HRP* Rdnr. 497; *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 19. Die Auszahlung an den Vormerkungsberechtigten erfolgt erst, wenn der gesicherte Anspruch endgültig festgestellt ist (so die h. M., vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 120 Anm. 2.2 u. § 92 Anm. 7.7, *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 23; *Staudinger/Gursky BGB* § 883 Rdnr. 191 m.w.N.; a.A. *Blomeyer DNotZ* 1979/515 (533 ff.), der eine Hinterlegung nur dann befürwortet, wenn ein Beteiligter nach § 115 ZVG der Auszahlung widerspricht). Mit der Hinterlegung ist das Verfahren für das Vollstreckungsgericht abgeschlossen. Es bleibt den Beteiligten überlassen, ihr Recht auf Auszahlung nach den Bestimmungen der HinterlO (§§ 12 ff. HinterlO) geltend zu machen (siehe *Zeller/Stöber ZVG* § 120 Anm. 2.2, *Steiner/Teufel ZVG* §§ 119, 120 Rdnr. 23 u. ausführlich § 117 Rdnr. 48 ff. u. 57 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. *Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 7.3, *Steiner/Eickmann ZVG* § 92 Rdnr. 36; *Staudinger/Gursky BGB* § 883 Rdnr. 191 m.w.N.

Für die Bewertung der Vormerkung kann die Vorschrift des § 48 ZVG, wonach bedingte und durch Vormerkung gesicherte Rechte wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind, zwar keine direkte Anwendung finden, da diese nur die Feststellung des geringsten Gebots (§ 44 ff. ZVG) betrifft. Da die Vormerkung aufgrund ihrer strengen Akzessorietät zum Anspruch auf Eigentumsübertragung von diesem nicht getrennt werden kann, muß sie jedoch auch wertmäßig diesem entsprechen. Mit dem Erlöschen der Vormerkung als Folge des Zuschlags (§§ 91, 52 ZVG) kann der Vormerkungsberechtigte seinen Eigentumsverschaffungsanspruch nicht mehr durchsetzen und ist um den Wert des Grundstücks entreichert. Dies rechtfertigt eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 48 ZVG. Damit ist der Vormerkungsberechtigte so zu behandeln, als ob er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wäre und das Grundstück durch den Zuschlag verloren hätte (*Steiner/Eickmann ZVG* § 92 Rdnr. 36; so im Ergebnis auch *Blomeyer DNotZ* 1979/515 (526 f.); *Amann/Mohrbutter/Stöber* in *Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung*, DAI – Tagungsskript, 8./9.5.1989, S. 48).

<sup>20</sup> *Staudinger/Gursky BGB* § 883 Rdnr. 191; *Steiner/Eickmann ZVG* § 92 Rdnr. 36; a.A. *Zeller/Stöber ZVG* § 92 Anm. 7.3.

Erwerber abgeschlossenen Kaufvertrag hat und dieser vom Zwangsversteigerungsverfahren nicht berührt wird, insbesondere auch nicht der Beschlagnahme unterliegt<sup>21</sup>.

### III. Anmeldung der Auflassungsvormerkung

Die Zuteilung des Ersatzbetrages an den Vormerkungsberechtigten erfolgt in dem Fall, daß die Vormerkung im Grundbuch nach dem Versteigerungsvermerk eingetragen ist, nicht von Amts wegen, sondern setzt dessen Anmeldung voraus (§§ 110, 37 Nr. 4 ZVG)<sup>22</sup>. Ist die Vormerkung zwar vor dem Versteigerungsvermerk eingetragen, hat diese aber nur aufgrund eines beschlagnahmewirksamen Rechtserwerbs nach § 878 BGB oder § 892 BGB Vorrang vor dem betreibenden Gläubiger, muß ebenfalls die Anmeldung erfolgen, da das Vollstreckungsgericht nur vom Grundbuchstand und dem Beschlagnahmezeitpunkt ausgeht. Die materielle Rechtslage des Vorrangs ist aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlich und deshalb für das Vollstreckungsgericht nicht erkennbar<sup>23</sup>. Im Fall des § 878 BGB ist dabei der gegenüber dem Beschlagnahmegläubiger wirksame Erwerbsvorgang schlüssig darzulegen und auf dessen Widerspruch glaubhaft zu machen (§§ 37 Nr. 4, 45 Abs. 1 ZVG i.V.m. § 294 ZPO)<sup>24</sup>.

Die Anmeldung kann auch nicht etwa dann unterbleiben, wenn das Versteigerungsgericht aufgrund einer nach § 19 Abs. 3 ZVG erfolgten Mitteilung durch das Grundbuchamt von der Vormerkung Kenntnis erlangt hat, da die Anmeldung i.S.v. § 37 Nr. 4 ZVG eine Willensbekundung des Berechtigten voraussetzt<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> So die sog. Surrogationstheorie: *Amann/Mohrbutter/Stöber* a.a.O., S. 49; *Staudinger/Gursky* § 883 Rdnr. 191 m.w.N.; *Steiner/Eickmann* ZVG § 92 Rdnr. 36. Für den Abzug der Gegenleistung die sog. Differenztheorie; hierzu ausführlich *Blomeyer* DNotZ 1979/515 (528 ff.) und *Wörbelauer* DNotZ 1963/718 (721 ff.); so auch: *Zeller/Stöber* ZVG § 92 Anm. 7.3; *Weirich* DNotZ 1989/143 (144); *Schmidt* BWNotZ 1992/35 (38). *Zeller/Stöber* ZVG § 114 Anm. 2.5; *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 46; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 231 a.

<sup>22</sup> Die Anmeldung stellt allein die Kundgabe des Willens dar, daß ein im Zeitpunkt der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlicher Anspruch bei der Erlösverteilung berücksichtigt werden soll (*Zeller/Stöber* ZVG § 114 Anm. 2.5; *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 46; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 231 a). Die Anmeldung ist damit eine reine Prozeßhandlung (*Zeller/Stöber* ZVG § 37 Anm. 5.10; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 231 a) und an keine bestimmte Form gebunden (*Zeller/Stöber* ZVG § 37 Anm. 5.16; ausführlich *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 48 ff. u. 62 ff.; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 236). Sie hat spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten zu erfolgen, andernfalls der Anspruch bei der Erlösverteilung allen übrigen Rechten nachgeht (§§ 110, 37 Nr. 4 ZVG) und damit einen materiellen Rangverlust erleidet (*Zeller/Stöber* ZVG § 37 Anm. 5.16; ausführlich *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 48 ff. u. 62 ff.; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 236). Wird der Anspruch nicht rechtzeitig zum Versteigerungstermin angemeldet, ist er dennoch in den Teilungsplan aufzunehmen, wenn er spätestens im Verteilungstermin angemeldet wird (§ 114 Abs. 1 S. 1 ZVG). Die verspätete Anmeldung führt jedoch zum Rangverlust (§ 110 ZVG).

<sup>23</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 23 Anm. 7.4; *Steiner/Teufel* ZVG § 23 Rdnr. 33.

<sup>24</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 23 Anm. 7.4; *Steiner/Teufel* ZVG § 23 Rdnr. 33; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 235.

<sup>25</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 37 Anm. 5.12; *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 40; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 231 a.

Anzumelden ist der Rechtsgrund, Rang und ein bestimmter Betrag<sup>26</sup>.

Die Anmeldung nach § 9 Nr. 2 ZVG zur Erlangung der Beteiligtenstellung ist auch deshalb unbedingt anzuraten, weil dadurch die verfahrensrechtliche Stellung des Vormerkungsberechtigten verbessert wird. So werden ihm die Terminbestimmung für den Versteigerungstermin (§ 41 Abs. 1 ZVG) und den Verteilungstermin (§ 105 Abs. 2 ZVG) sowie der Zuschlagsbeschuß (§ 88 ZVG) zugestellt. Er kann eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung des geringsten Gebots (§ 59 ZVG) sowie Sicherheitsleistung verlangen (§ 67 Abs. 1 ZVG) und ist beschwerdeberechtigt (§ 97 ZVG). Ferner ist er bei der Aufstellung des Teilungsplans zu hören (§ 113 Abs. 1 ZVG)<sup>27</sup>.

### C. Probleme bei der Gestaltung des Kaufvertrages

#### I. Gewährleistung der Lastenablösung

##### 1. Allgemeines

Um dem Erwerber endgültig rechtsbeständiges Eigentum zu verschaffen, ist es erforderlich, daß im Zuge der Durchführung des Kaufvertrages das Zwangsversteigerungsverfahren zumindest hinsichtlich derjenigen betreibenden Gläubiger aufgehoben wird, denen Vorrang vor der zugunsten des Erwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung zukommt. Dies sind alle Gläubiger, die aus einem im Grundbuch im Rang vor der Vormerkung eingetragenen Recht die Versteigerung betreiben, unabhängig davon, ob der Beitritt zum Zwangsversteigerungsverfahren vor oder nach der Eintragung der Vormerkung erfolgt ist. Vorrang haben ferner diejenigen persönlichen Gläubiger, zu deren Gunsten die Beschlagnahme vor Eintragung der Vormerkung wirksam geworden ist, da diesen gegenüber die Vormerkung unwirksam ist (§ 23 Abs. 1 S. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 BGB). Hierbei ist nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung abzustellen, sondern bei Vorliegen der Voraussetzungen des Erwerbsschutzes nach § 878 BGB auf den der Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt. In diesem Fall ist jedoch

<sup>26</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 37 Anm. 5.12; *Steiner/Teufel* ZVG §§ 37, 38 Rdnr. 46; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 231 a. Hinsichtlich des Betrages ist strittig, inwieweit dieser für das Vollstreckungsgericht bei der Aufstellung des Teilungsplans bindend ist. Nach überwiegender Auffassung darf das Vollstreckungsgericht eine überhöhte Anmeldung nicht ungeprüft hinnehmen und die Beteiligten auf den Widerspruch gegen den Teilungsplan verweisen (§ 115 ZVG), der bei Nichterledigung im Wege des Widerspruchsprozesses zu verfolgen ist (§ 115 Abs. 1 S. 2 ZVG i.V.m. § 878 ff. ZPO). Aufzunehmen ist vielmehr der nach dem Ermessen des Gerichts zutreffende Betrag (*Zeller/Stöber* ZVG § 92 Anm. 3.5; *Steiner/Eickmann* ZVG § 92 Rdnr. 28; hierzu ferner ausführlich *Blomeyer* DNotZ 1979/515 (532). Da der Grundstückswert von Amts wegen vom Vollstreckungsgericht in einem besonderen Verfahren festzusetzen ist (§ 74 a Abs. 5 S. 1 ZVG) (*Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 210; *Steiner/Storz* ZVG § 74 a Rdnr. 81 ff.), muß sich das Vollstreckungsgericht notwendigerweise von dem Verkehrswert Kenntnis verschaffen. Es wäre deshalb unbillig, die Beteiligten von vornherein auf das Widerspruchsverfahren zu verweisen. Im Teilungsplan ist somit der Verkehrswert zugrunde zu legen. Werden hiergegen Bedenken erhoben, sind diese im Widerspruchsverfahren zu klären (§ 115 ZVG) (siehe auch eingehend *Blomeyer* DNotZ 1979/515 [532 f.]).

<sup>27</sup> Siehe hierzu auch *Weirich* DNotZ 1989/143 (145).

zu beachten, daß die Vormerkung dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber zwar voll wirksam und damit vorrangig ist (§§ 883 Abs. 2, 878 BGB)<sup>28</sup>, die Tatsache des Vorliegens der Voraussetzungen des § 878 BGB jedoch nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Die mit Eigentumsumschreibung eintretende Eigentümerstellung des Erwerbers als ein bei einem persönlichen Gläubiger der Fortsetzung des Verfahrens entgegenstehendes Recht i.S.v. § 28 ZVG<sup>29</sup> kann somit nicht von Amts wegen berücksichtigt werden und führt nicht zur Aufhebung des Verfahrens in Bezug auf den Beitrittsgläubiger<sup>30</sup>. Der Erwerber ist vielmehr darauf verwiesen, sein Eigentum mit Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) zu verfolgen<sup>31</sup>.

Nachrangig und damit für den Eigentumserwerb des Käufers nicht maßgeblich sind alle diejenigen beitretenden Gläubiger, welche die Zwangsversteigerung aus einem im Grundbuch eingetragenen, der Vormerkung jedoch im Rang nachgehenden Recht betreiben, sowie Gläubiger, die nur aus einem persönlichen Titel betreiben und hinsichtlich derer die Beschlagnahme nach Eintragung der Vormerkung bzw. diesbezüglicher Antragstellung beim Grundbuchamt wirksam geworden ist.

Somit müssen im Ergebnis zur Durchführung des Kaufvertrages alle der Vormerkung vorgehenden Rechte der betreibenden Gläubiger entweder abgelöst oder vom Erwerber übernommen werden. In Bezug auf die im Grundbuch in Abt. II und III vor der Vormerkung eingetragenen Rechte, aus denen das Versteigerungsverfahren nicht betrieben wird, gelten bei der Lastenfreistellung keine Besonderheiten.

## 2. Durchführung der Lastenfreistellung

Da es für die Lastenfreistellung maßgeblich auf den Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung ankommt, muß nach deren Eintragung durch Einsicht in die Versteigerungsakten festgestellt werden, welche Gläubiger das Zwangsversteigerungsverfahren betreiben und auf welche Höhe sich jeweils deren Forderungen belaufen.

Hinsichtlich der dinglichen Gläubiger ist die Lastenfreistellung sodann in üblicher Weise durchzuführen. Der Notar wird von den Beteiligten beauftragt, von den Gläubigern die Lösungs- bzw. Freigabeerklärungen einschließlich etwaiger Grundpfandrechtsbriefe anzufordern gegebenenfalls unter der Treuhandaufgabe, davon erst dann Gebrauch zu machen, wenn die Forderungen der Gläubiger beglichen sind. Der Erwerber wird angewiesen, den zur Lastenfreistellung erforderlichen Betrag nach Fälligkeitsmitteilung des Notars unmittelbar unter Anrechnung auf den Kaufpreis an die Gläubiger zu zahlen<sup>32</sup>.

### a) Betreibende Gläubiger

Weitere Voraussetzung für die Durchführung des Kaufvertrages ist die Gewährleistung, daß sämtliche betreibende Gläubi-

ger den Antrag auf Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens bzw. den Beitritt zurücknehmen, damit das Verfahren gemäß § 29 ZVG aufgehoben werden kann und der Erwerber vollwirksam Eigentum erwirbt.

Dabei ist nicht nur an die im Grundbuch eingetragenen dinglichen Gläubiger zu denken, sondern auch an die Ansprüche auf Entrichtung öffentlicher Lasten, die aufgrund ihrer Rangklasse 3 allen anderen betreibenden Gläubigern und dinglichen Rechten vorgehen (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG). Ferner sind die Beschlagnahmeansprüche der persönlichen Gläubiger der Rangklasse 5 zu beachten. Auch bezüglich dieser Ansprüche müssen die Forderungen aus dem Kaufpreis abgelöst werden. Hierzu muß dem Notar wiederum der Auftrag erteilt werden, die Rücknahmeerklärungen unter Treuhandaufgabe bezüglich der Forderungsbefreiung anzufordern. Da hinsichtlich mehrerer betreibender Gläubiger die Beschlagnahme unabhängig voneinander wirksam ist<sup>33</sup>, kann jeder seinen Versteigerungsantrag selbständig zurücknehmen mit der Folge, daß nur die zu dessen Gunsten bewirkte Beschlagnahme erlischt<sup>34</sup>. Es ist deshalb darauf zu achten, daß hinsichtlich sämtlicher betreibender Gläubiger Rücknahmeerklärungen vorliegen.

Dabei stellt sich das weitere Problem, daß die Rücknahmeerklärung Prozeßhandlung ist, die erst mit Eingang beim Vollstreckungsgericht wirksam und unwiderruflich ist<sup>35</sup>. Es besteht somit die Gefahr, daß diese vor Weiterleitung an das Gericht widerrufen wird, insbesondere falls das Recht des Gläubigers gepfändet oder von diesem abgetreten wird<sup>36</sup>. In der Literatur<sup>37</sup> wird deshalb empfohlen, unwiderrufliche oder bindende Rücknahmeerklärungen anzufordern. Da die Rücknahmeerklärung aber erst mit dem Eingang beim Vollstreckungsgericht wirksam wird, kann auch die Erklärung der Unwiderruflichkeit als deren untrennbarer Bestandteil erst zu diesem Zeitpunkt wirksam werden. Dann ist diese jedoch überflüssig. Vorher ist ein Widerruf auch bei „unwiderrufliche“ Abgabe der Rücknahmeerklärung aufgrund deren Rechtsnatur als Prozeßhandlung immer möglich (§ 130 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 BGB)<sup>38</sup>.

Die „Unwiderruflichkeit“ kann damit allenfalls als Vollstreckungsvertrag<sup>39</sup> zwischen dem Gläubiger und Schuldner ausgelegt werden, mit dem sich der Gläubiger zur Rücknahme des Versteigerungsantrags verpflichtet. Da Vollstreckungsverträge nicht unmittelbar auf das Vollstreckungsverfahren einwirken, sondern nur die Parteien untereinander, nicht aber das Vollstreckungsgericht binden<sup>40</sup>, müßte der Schuldner in dem Fall, daß der Gläubiger den Versteigerungsantrag nicht zurücknimmt, diesen Anspruch klageweise

<sup>28</sup> Siehe Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.3.

<sup>29</sup> Zeller/Stöber ZVG § 26 Anm. 2.3; Steiner/Eickmann ZVG § 28 Rdnr. 18.

<sup>30</sup> Da Anordnungs- und Beitrittsgläubiger voneinander unabhängig sind, kann das Eigentum eines Dritten dem einen Gläubiger gegenüber wirksam und dem anderen gegenüber unwirksam sein und deren Verfahren im Hinblick auf eine Einstellung oder Aufhebung nach § 28 ZVG ein selbständiges Schicksal erleiden. Vgl. hierzu auch Zeller/Stöber ZVG § 28 Anm. 3.9.

<sup>31</sup> Vgl. Zeller/Stöber ZVG § 28 Anm. 3.5; Steiner/Eickmann ZVG § 28 Rdnr. 20; Stöber/Zeller HRP Rdnr. 160.

<sup>32</sup> Zur näheren Ausgestaltung wegen der Gefahr der Pfändung der Kaufpreisforderung siehe die nachfolgenden Ausführungen (C I 3 a).

<sup>33</sup> Zeller/Stöber ZVG § 23 Anm. 2.6; Steiner/Teufel ZVG § 27 Rdnr. 2.

<sup>34</sup> Zeller/Stöber ZVG § 29 Anm. 2.1; Steiner/Storz ZVG § 29 Rdnr. 33; Stöber/Zeller HRP Rdnr. 204.

<sup>35</sup> Zeller/Stöber ZVG § 29 Anm. 2.2 f.; Steiner/Storz ZVG § 29 Rdnr. 30; Stöber/Zeller HRP Rdnr. 203; allgemein zu Prozeßhandlungen Zöller/Greger ZPO, 20. Aufl., 1997, Vor. § 128 Rdnr. 17 f.

<sup>36</sup> Siehe zu diesen Gefahren die nachfolgenden Ausführungen.

<sup>37</sup> Weirich DNotZ 1989/143 (145); Schmidt BWNNotZ 1992/35 (39).

<sup>38</sup> Zeller/Stöber ZVG § 29 Anm. 2.5; Stöber/Zeller HRP Rdnr. 203.

<sup>39</sup> Siehe zur Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen als Unterart von Prozeßvereinbarungen: Rosenberg/Gaul/Schilken Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997 § 33 I; Emmerich ZJP 82/413 ff.; Gaul JuS 1971/347 ff.; MünchKommZPO-Lüke; 1. Aufl., 1992; Einl. Rdnr. 305; Zöller/Stöber ZPO Vor. § 704 Rdnr. 24 ff.

<sup>40</sup> MünchKommZPO-Lüke Einl. Rdnr. 307 ff.; Gaul JuS 1971/347 (349); Rosenberg/Gaul/Schilken § 33 III 3 u. § 5 IV 1.

durchsetzen<sup>41</sup>. Bei Grundpfandrechten gibt die Vereinbarung dem Eigentümer eine Einrede nach § 1157 BGB<sup>42</sup>. Bei einer Abtretung wirkt diese jedoch nicht gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des Grundpfandrechts (§ 1157 S. 2 BGB).

Als sicherster Weg wäre deshalb an eine Rücknahmeerklärung dergestalt zu denken, daß diese direkt beim Vollstreckungsgericht eingereicht wird, jedoch unter der einschränkenden Bedingung, daß diese erst dann volle Wirksamkeit erlangen soll, wenn die Forderung des Gläubigers beglichen ist. Da die Antragsrücknahme als Prozeßhandlung aber bedingungsfeindlich ist, scheidet diese Möglichkeit aus<sup>43</sup>. Im Ergebnis muß deshalb darauf vertraut werden, daß ein Widerruf nicht erfolgt.

Ergänzend bleibt noch festzustellen, daß die Beschlagnahmewirkung nicht erst mit dem gerichtlichen Aufhebungsbeschluß nach § 29 ZVG in Wegfall gerät, sondern bereits mit Wirksamkeit der Rücknahme des Versteigerungsantrags. Dem Beschluß kommt lediglich deklaratorische Bedeutung zu<sup>44</sup>.

Sollte der Gläubiger minderjährig sein oder unter Betreuung stehen, bedarf die Rücknahme nicht etwa der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da Prozeßhandlungen einer solchen nicht unterliegen<sup>45</sup>.

Wird das Verfahren nach Rücknahme der Anträge sämtlicher betreibender Gläubiger als Ganzes aufgehoben, hat die Löschung des Versteigerungsvermerks von Amts wegen zu erfolgen (§ 34 ZVG).

Liegen dem Notar sämtliche Löschungsbewilligungen einschließlich etwaiger Grundpfandrechtsbriefe sowie alle Rücknahmeerklärungen zu treuen Händen vor und reicht der Kaufpreis zur Ablösung aller der Vormerkung vorgehenden Ansprüche, kann die Kaufpreisfälligkeit bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen mitgeteilt werden.

Es besteht jetzt aber dennoch die Gefahr, daß ein Gläubiger eines im Grundbuch vorrangig eingetragenen Rechts dem Verfahren beitrifft. Das Risiko ist zwar gering einzuschätzen, wenn die Löschungsbewilligung vorliegt, beim bloßen Teilflächenverkauf und Abgabe einer Freigabeerklärung aber nicht auszuschließen. Neben einem Rangrücktritt der Grundpfandrechte hinter die Vormerkung<sup>46</sup>, kommt hier eine Verpflichtung der vorrangigen Gläubiger gegenüber dem Erwerber dergestalt in Betracht, daß ein Beitritt zum Verfahren nicht erfolgt, wenn deren Ansprüche gemäß den Bestimmungen des Kaufvertrages vollständig beglichen werden. Darin ist wiederum eine Vollstreckungsvereinbarung zu sehen, aufgrund derer der Erwerber einen abredewidrigen Beitritt zumindest klageweise abwehren könnte.

### b) Ermittlung der betreibenden Gläubiger

Abschließend ist noch zu klären, wie die betreibenden Gläubiger ermittelt werden können. Zum einen kommt hier die Einsichtnahme des Notars in die Versteigerungsakten in Be-

tracht<sup>47</sup>. Die Akteneinsicht ist im Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 42 ZVG erweitert und grundsätzlich jeder Person unabhängig von der Beteiligtenstellung i.S.v. § 9 ZVG und der Darlegung eines berechtigten Interesses gestattet. Die Einsicht ist jedoch beschränkt auf die Mitteilungen des Grundbuchamts sowie die erfolgten Anmeldungen und die das Grundstück betreffenden Nachweisungen (§ 42 ZVG). Für Nichtbeteiligte besteht damit insbesondere kein Einsichtsrecht in Anordnungs- und Beitrittsbeschlüsse sowie die entsprechenden Zustellungsnachweise<sup>48</sup>. Es ist deshalb unbeschadet der Vorschrift des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO zu empfehlen, daß sich der Notar vom Verkäufer und gegebenenfalls Käufer eine diesbezügliche Vollmacht erteilen läßt<sup>49</sup>.

Da die Einsicht durch den Notar beim Übersehen eines betreibenden Gläubigers Haftungsrisiken mit sich bringt und unpraktikabel ist, ist dieser eine Anfrage beim Vollstreckungsgericht vorzuziehen. Dieses kann ersucht werden, eine Bescheinigung hinsichtlich der betreibenden Gläubiger und des jeweiligen Zeitpunkts des Wirksamwerdens der Beschlagnahme auszustellen<sup>50</sup>. Eine diesbezügliche Verpflichtung des Vollstreckungsgerichts besteht jedoch nicht.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Feststellung der betreibenden Gläubiger dem Verkäufer aufzuerlegen. Da jeder Anordnungs- und Beitrittsbeschluß dem Schuldner zugestellt werden muß (§§ 22 Abs. 1 S. 1, 27 ZVG) und der Beitrittsbeschluß nur und erst mit Zustellung wirksam wird (§ 22 Abs. 1 S. 1 ZVG)<sup>51</sup>, hat dieser notwendigerweise von den betreibenden Gläubigern Kenntnis. Der Verkäufer müßte dann in den Kaufvertragsbedingungen dazu verpflichtet werden, einige Tage nach Eintragung der Auflassungsvormerkung dem Notar alle betreibenden Gläubiger mitzuteilen, damit dieser die Lastenfreistellung veranlassen kann.

Diese Vorgehensweise hat zwar den Vorteil, daß die Haftungsrisiken für den Notar gering gehalten werden. Der Nachteil liegt jedoch darin, daß es dadurch zu Verzögerungen bei der Vertragsabwicklung kommen kann und bei einem weniger gewissenhaften Verkäufer damit gerechnet werden muß, daß die Mitteilung unvollständig ist. Letzteres könnte möglicherweise dazu führen, daß diese Vorgehensweise dem Notar als Verstoß gegen die Pflicht zur Wahl des sichersten Weges<sup>52</sup> zur Last gelegt wird. Sie kann deshalb nicht empfohlen werden.

### 3. Störungen der Lastenfreistellung

Im Zuge der Durchführung der Lastenfreistellung können weitere Probleme entstehen, beispielsweise durch die Pfändung des Kaufpreisanspruchs oder von Rückgewähransprüchen, die Abtretung von Ansprüchen durch vorrangige Gläubiger, den Widerruf von Löschungs- oder Freigabeerklärungen sowie durch eintretende Verfügungsbeschränkungen bei Gläubigern. Bei der Gestaltung des Kaufvertrages ist für diese Fälle Vorsorge zu treffen, damit die Lastenfreistel-

<sup>41</sup> Siehe auch *Steiner/Storz* ZVG § 28 Rdnr. 119.

<sup>42</sup> *MünchKommBGB-Eickmann*, 3. Aufl., 1997, § 1157 Rdnr. 7; *Steiner/Eickmann* ZVG § 28 Rdnr. 120.

<sup>43</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 29 Anm. 2.2.; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 203.

<sup>44</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 29 Anm. 2.5.; *Steiner/Storz* ZVG § 29 Rdnr. 44; *Stöber* HRP Rdnr. 203.

<sup>45</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 29 Anm. 2.4.

<sup>46</sup> Siehe hierzu nachfolgend „Störungen der Lastenfreistellung“ (C, I 3 c).

<sup>47</sup> So *Weirich* DNotZ 1989/143 (144) und *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 314.

<sup>48</sup> Siehe zu den Einzelheiten *Zeller/Stöber* ZVG § 42.

<sup>49</sup> Vom Erwerber ist dies möglich, wenn er durch Anmeldung seiner Vormerkung die Beteiligtenstellung nach § 9 Nr. 2 ZVG erlangt.

<sup>50</sup> Vgl. *Reithmann/Albrecht/Basty* Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl., 1995, Rdnr. 375.

<sup>51</sup> *Zeller/Stöber* ZVG § 27 Anm. 4.

<sup>52</sup> BGH NJW 1991/1172 (1173); *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 35 ff.

lung nicht vereitelt und die Abwicklung des Vertrages nicht zum Scheitern verurteilt ist<sup>53</sup>.

### a) Pfändung des Kaufpreisanspruchs

Die Gefahr der Pfändung des Kaufpreisanspruchs ist zwar bei jedem Kaufvertrag gegeben, beim Verkauf eines Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren aufgrund der Insolvenz des Verkäufers jedoch besonders groß. Insbesondere muß beim Vorhandensein von Steuerschulden mit einer Pfändung durch das Finanzamt gerechnet werden, da dieses durch die vom Notar durchzuführende Veräußerungsanzeige von der Veräußerung Kenntnis erlangt. Entsprechende Vorkehrungen im Kaufvertrag sind daher unabdingbar.

Mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer als Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen (§ 829 Abs. 3 ZPO). Damit ist es dem Käufer nach § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO verboten, an den Schuldner zu zahlen (sog. Arrestatorium). Leistet er trotzdem, ist dies dem Gläubiger gegenüber unwirksam (§§ 136, 135 BGB) und der Käufer setzt sich der Gefahr der Doppelzahlung aus. Beansprucht der Pfändungsgläubiger einen Betrag, der zur Lastenfreistellung erforderlich ist, kann diese im Wege der Ablösung aus dem Kaufpreis nicht erfolgen. Infolgedessen kann der Kaufpreis bei entsprechender Gestaltung der Fälligkeitsvoraussetzungen nicht fällig gestellt werden, es sei denn der Eigentümer begleicht die Schulden selbst.

Die Einrede der mangelnden Fälligkeit kann der Käufer auch dem Pfändungsgläubiger entgegenhalten (§ 835 ZPO i.V.m. §§ 412, 404 BGB)<sup>54</sup>. Desweiteren steht dem Käufer wegen der fehlenden Gewährleistung der Lastenfreistellung die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu (§§ 433 Abs. 1 S. 1, 434, 440 Abs. 1, 320 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Kaufvertrag bleibt damit undurchführbar. Dem Käufer bleibt im Ergebnis nur der Rücktritt vom Vertrag (§§ 440, 325, 326 BGB). Um dies zu vermeiden, bieten sich mehrere Möglichkeiten an, die im folgenden dargestellt werden sollen.

### aa) Abtretung des Kaufpreisanspruchs

Wird der Kaufpreis, soweit er zur Lastenfreistellung erforderlich ist, an die betreffenden Gläubiger abgetreten, geht die Pfändung insoweit ins Leere<sup>55</sup>. Die Lastenfreistellung ist damit nicht behindert. Der Käufer kann trotz des ihm vorliegenden Pfändungsbeschlusses an die Gläubiger zahlen. Diese Vorgehensweise wirft jedoch weitere Probleme auf<sup>56</sup>.

### Abtretungsvertrag

Die gravierendste Schwäche der Abtretungslösung liegt darin, daß die Abtretung als Vertrag erst mit Annahme durch den Zessionar wirksam wird (§ 398 BGB). Es entsteht damit bis zur Annahme ein ungesicherter Zeitraum, in welchem Pfändungen

die Lastenfreistellung zunichte machen können. Dagegen hilft auch ein Handeln des Verkäufers als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Gläubigers nicht, da dessen Genehmigung zwar zurückwirkt, jedoch die Wirksamkeit zwischenzeitlicher Pfändungen gemäß § 184 Abs. 2 BGB unberührt läßt.

In diesem Zusammenhang ist auch das Risiko einer Haftung des Notars wegen Organisationsverschuldens zu beachten, falls es durch eine verspätete Anzeige der Abtretung durch den Notar zu Pfändungen kommt.

### Aufspaltung der Vertragskompetenzen

Mit der Abtretung kommt es zu einer Spaltung hinsichtlich der Kompetenz zur Ausübung der Neben- und Gestaltungsrechte. Dabei sind die Einzelheiten umstritten<sup>57</sup>. Nach herrschender Meinung geht das Recht zur Mahnung und Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 326 BGB auf den Zessionar über (§ 401 BGB)<sup>58</sup>. Das Rücktrittsrecht dagegen verbleibt nach h.M. beim Zedenten<sup>59</sup>. Teilweise wird allerdings die Zustimmung des Zessionars verlangt<sup>60</sup>. Eine Mindermeinung gewährt dem Zessionar das Rücktrittsrecht mit Zustimmung des Zedenten<sup>61</sup>, eine weitere beiden Vertragsparteien mit Zustimmung des jeweils anderen<sup>62</sup>. Die gleichen Schwierigkeiten bestehen bei der Anfechtung und Wandlung. Da diese zu einer Beeinträchtigung der Rechtsposition des Zessionars führen würden, ist zur Ausübung dieser Rechte nach h.M. das Zusammenwirken von Zedent und Zessionar erforderlich<sup>63</sup>. Das Gleiche muß für die Vertragsaufhebung gelten, da dadurch dem Zessionar das Recht völlig entzogen wird<sup>64</sup>. Gerade dieser Gesichtspunkt kann beim Kaufvertrag zu Schwierigkeiten führen, wenn sich herausstellt, daß der Vertrag nicht durchführbar ist, beispielsweise infolge zu hoher Ablösebeträge. Verweigert der Zessionar hier seine Zustimmung, können die Vertragsparteien den Kaufvertrag nicht aufheben.

Es müßte deshalb bei der Abtretung ausdrücklich bestimmt werden, welche Neben- und Gestaltungsrechte auf den Zessionar übergehen und welche nicht. Klargestellt werden müßte ferner, ob zur Ausübung der entsprechenden Rechte die Zustimmung des Zedenten bzw. Zessionars erforderlich sein soll. Insbesondere muß der Verkäufer weiterhin zur Mahnung und Nachfristsetzung befugt sein<sup>65</sup>.

Da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorhersehbar ist, welche Komplikationen bei der Vertragsabwicklung entstehen, ist von diesbezüglichen umfassenden Regelungen jedoch abzuraten, weil dabei immer die Gefahr besteht, daß die entsprechenden Vereinbarungen nicht lückenlos sind<sup>66</sup>. Desweite-

<sup>53</sup> Siehe hierzu die ausführliche Darstellung bei *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 395 ff. und *Amann/Mohrbutler/Stöber* a.a.O., S. 51 ff.; ferner *Bertolini* MittBayNot 1987/174 ff.; *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, Anm. A 1 Rdnr. 101 ff.

<sup>54</sup> BGH MittBayNot 1981/120; *Palandt/Heinrichs* BGB, 58. Aufl., 1999, § 412 Rdnr. 1; *Staudinger/Kaduk* BGB § 412 Rdnr. 16 f.; *MünchKommBGB-Roth* § 412 Rdnr. 20.

<sup>55</sup> Vgl. *Stein/Jonas/Brehm* ZPO, 21. Aufl., 1995, § 829 Rdnr. 67; *MünchKommZPO-Schmid*, § 829 Rdnr. 6.

<sup>56</sup> Hierzu ausführlich: *Hoffmann* NJW 1987/3153; *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (153 f.); *Amann/Mohrbutler/Stöber* a.a.O., S. 52 ff.; ferner *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A 1 Rdnr. 101.

<sup>57</sup> Vgl. *MünchKommBGB-Roth* § 398 Rdnr. 94 m.w.N.; BGH NJW 1985/2640.

<sup>58</sup> Vgl. *MünchKommBGB-Roth* § 398 Rdnr. 94 m.w.N.; *Staudinger/Kaduk* Einl. zu §§ 398 ff. Rdnr. 98; *Palandt/Heinrichs* § 398 Rdnr. 19; BGH NJW 1985/2640.

<sup>59</sup> *Palandt/Heinrichs* § 398 Rdnr. 18; BGH NJW 1985/2640.

<sup>60</sup> *Ermann/Westermann* BGB, 8. Aufl. 1989, § 398 Rdnr. 9; *Palandt/Heinrichs* § 398 Rdnr. 18.

<sup>61</sup> *MünchKommBGB-Emmerich* § 326 Rdnr. 57; *MünchKommBGB-Roth* § 398 Rdnr. 94.

<sup>62</sup> *Staudinger/Kaduk* § 398 Rdnr. 24.

<sup>63</sup> Vgl. *MünchKommBGB-Roth* § 398 Rdnr. 94 m.w.N.; *Staudinger/Kaduk* § 398 Rdnr. 24; *Palandt/Heinrichs* § 398 Rdnr. 18.

<sup>64</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs* § 398 Rdnr. 18.

<sup>65</sup> Vgl. *Amann/Mohrbutler/Stöber* a.a.O. S. 52.

<sup>66</sup> So auch *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (153) und *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3154).

ren ist zu bedenken, daß diesbezügliche Regelungen Rücksprachen zwischen den Parteien erforderlich machen, wodurch es zu Verzögerungen im Vertragsabschluß kommen kann<sup>67</sup>.

### Bestimmbarkeit des Betrages

Beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger bestehen Zweifel an der Bestimmbarkeit der Abtretung<sup>68</sup>.

### Vollstreckbare Ausfertigung

Bei der Abtretung ergeben sich ferner Probleme bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Da der Verkäufer nicht mehr Inhaber des Anspruchs ist, kann ihm die vollstreckbare Ausfertigung nicht mehr erteilt werden.

Ist er weiterhin zur Einziehung der Forderung und zwangsweisen Beitreibung ermächtigt, ist fraglich, ob ihm die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann. Im Ergebnis würde dies die Anerkennung des Rechtsinstituts der Vollstreckungsstandschaft bedeuten<sup>69</sup>. Die Zulässigkeit der Vollstreckungsstandschaft hat der BGH jedoch verneint mit der Begründung, daß die bloße Vollstreckungsermächtigung ohne Übertragung des materiellen Anspruchs keine Rechtsnachfolge i.S.v. § 727 ZPO sei, da diese die Sachlegitimation des Gläubigers nicht beseitige. Deshalb komme eine Klauselerteilung für den Ermächtigten nicht in Betracht<sup>70</sup>.

Dies hat zur Folge, daß nur dem Zessionar die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann. Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung müßte dann zweckmäßigerweise gleich diesem gegenüber erklärt werden<sup>71</sup>. Dies ist aber nur möglich, wenn sämtliche Gläubiger und der von diesen jeweils geforderte Ablösebetrag bereits bei Abschluß des Kaufvertrages ziffernmäßig genau feststehen, da es andernfalls an der notwendigen Bestimmtheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung fehlt<sup>72</sup>. Eine solche Kenntnis scheidet jedoch aus, da die abzulösenden Gläubiger erst später, nämlich im Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung feststehen. Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann deshalb betragsmäßig bestimmt nur gegenüber dem Verkäufer erklärt werden. Im Falle der Vollstreckung muß dann die Klauselumschreibung auf den Zessionar erfolgen (§ 727 ZPO)<sup>73</sup>.

Dabei stellt sich jedoch das Problem des Nachweises der Rechtsnachfolge. Zwar wird mit dem Kaufvertrag die Abtretungserklärung beurkundet. Die Annahmeerklärung müßte zur Klauselumschreibung aber noch öffentlich beglaubigt werden, damit die Abtretung in der von § 727 ZPO geforderten Form nachgewiesen ist.

In diesem Zusammenhang ist weiter zu bedenken, daß der Grundpfandrechtsgläubiger, dem der Kaufpreis abgetreten wird, an der zwangsweisen Beitreibung in der Regel kein Interesse hat, so daß bei dieser weitere Schwierigkeiten auf-

treten können<sup>74</sup>. Wolfsteiner<sup>75</sup> empfiehlt deshalb, daß zusätzlich zum Hauptanspruch ein materieller Anspruch des Zedenten auf Leistung an den Abtretungsempfänger begründet wird und sich der Schuldner wegen dieses Anspruchs der Zwangsvollstreckung unterwirft. Diese Lösung ist höchststrichtrichlich jedoch noch nicht geklärt, insbesondere hinsichtlich der Beziehung und Abhängigkeit beider Ansprüche zueinander<sup>76</sup>.

Sollte die Abtretung bereits vor Abschluß des Kaufvertrages wirksam geworden sein, kommt eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegenüber dem Verkäufer nicht mehr in Betracht. In diesem Fall liegt eine Vorausabtretung vor, bei der nach herrschender Meinung kein Zwischenerwerb des Zedenten stattfindet<sup>77</sup>. Da die Forderung originär beim Zessionar entsteht und der Verkäufer nie Gläubiger der Forderung war, wäre eine diesem gegenüber erklärte Zwangsvollstreckungsunterwerfung unwirksam<sup>78</sup>. Bereits aus diesem Grund scheidet eine Klauselumschreibung auf den Zessionar aus. Darüber hinaus fehlt es auch an einer Rechtsnachfolge nach Beurkundung der Unterwerfung<sup>79</sup>.

Aufgrund der vorstehenden Schwierigkeiten stellt sich die Abtretungslösung als unpraktikabel dar und kann nicht empfohlen werden<sup>80</sup>. Sollte sie dennoch Verwendung finden, könnte formuliert werden wie folgt:

*„Soweit zur Lastenfreistellung des Grundbesitzes von den eingetragenen Belastungen und zur Ablösung der Forderungen derjenigen persönlichen Gläubiger, welche das Zwangsversteigerungsverfahren im Rang vor der aufgrund dieses Vertrages zur Eintragung gelangenden Auflassungsvormerkung betreiben, Zahlungen erforderlich sind, wird der Kaufpreis bereits heute an die betreffenden Gläubiger abgetreten.*

*Der Verkäufer bleibt trotz dieser Abtretung zur Mahnung, Nachfristsetzung sowie zum Rücktritt und zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, ohne daß es hierzu der Zustimmung des jeweiligen Zessionars bedarf.*

*Der Notar wird angewiesen, den Gläubigern die Abtretung durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift dieser Urkunde mitzuteilen. Dabei sind die Gläubiger aufzufordern, die Annahme der Abtretung durch schriftliche Erklärung unverzüglich dem Notar als Bevollmächtigtem des Verkäufers anzuzeigen.“*

### bb) Echter Vertrag zugunsten Dritter

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) erwirbt der Gläubiger (Dritter) das Forderungsrecht originär ohne Durchgangserwerb des Verkäufers als Versprechensempfänger. Der Kaufpreisanspruch ist deshalb dem Pfändungszugriff durch Gläubiger des Verkäufers entzogen<sup>81</sup>.

<sup>67</sup> Vgl. Hoffmann NJW 1987/3153 (3154).

<sup>68</sup> Vgl. Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O., S. 52; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (153); keine Probleme sieht Hoffmann NJW 1987/3153.

<sup>69</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 397.

<sup>70</sup> BGH DNotZ 1985/472; zweifelnd auch bereits Wolfsteiner Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rdnr. 37.16 mit Darlegung der Problematik; siehe auch Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 53.

<sup>71</sup> Vgl. Wolfsteiner a.a.O. Rdnr. 37, 17.

<sup>72</sup> Vgl. Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (153).

<sup>73</sup> Unklar insoweit Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O., S. 53, Die Abtretung in der Kaufvertragsurkunde steht der Klauselumschreibung nicht entgegen, da der Verkäufer mangels Annahme der Abtretung noch Forderungsinhaber ist. Es liegt damit ein Fall der Rechtsnachfolge vor.

<sup>74</sup> Vgl. Hoffmann NJW 1987/3153 (3154).

<sup>75</sup> Wolfsteiner a.a.O. Rdnr. 37.17.

<sup>76</sup> Diese Lösung wird ausdrücklich abgelehnt von Hoffmann NJW 1987/3153 (3154), da die Ansprüche ein völlig verschiedenes rechtliches Schicksal nehmen könnten, was dem Schuldner nicht zumutbar sei.

<sup>77</sup> Staudinger/Kaduk BGB § 398 Rdnr. 43 b; Palandt/Heinrichs § 398 Rdnr. 11 f.

<sup>78</sup> Vgl. Wolfsteiner a.a.O. Rdnr. 24.5 u. 37.15.

<sup>79</sup> Vgl. Wolfsteiner a.a.O. Rdnr. 37.14.

<sup>80</sup> Ablehnend auch: Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 101; Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 53; Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 397; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (153 ff.); Hoffmann NJW 1987/3153 (3156 f.).

<sup>81</sup> Siehe MünchKommBGB-Gottwald § 328 Rdnr. 2; Staudinger/Jagmann BGB Vorbem. zu §§ 328 ff. Rdnr. 3 u. § 328 Rdnr. 2; Palandt/Heinrichs Vor. § 328 Rdnr. 5, unklar Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 54.

Hat sich der Verkäufer allerdings das Recht vorbehalten, das Forderungsrecht des Dritten zu widerrufen (vgl. § 328 Abs. 2 BGB), kann dieses Recht von einem Gläubiger des Verkäufers zusammen mit der Kaufpreisforderung als Hauptrecht gepfändet und nach Überweisung (§ 835 ZPO) vom Pfändungsgläubiger ausgeübt werden. Nach erfolgtem Widerruf steht die Kaufpreisforderung wieder dem Verkäufer zu und kann sodann gepfändet werden<sup>82</sup>.

Da der Dritte nicht die Stellung einer Vertragspartei erhält, hat diese Lösung gegenüber der Abtretung den Vorteil, daß Gestaltungsrechte nicht auf den Dritten übergehen<sup>83</sup>. Ist das Recht des Dritten allerdings unwiderruflich, ergeben sich hinsichtlich der Neben- und Gestaltungsrechte ähnliche Probleme wie bei der Abtretung. Im Ergebnis ist auch zu deren Ausübung in der Regel ein Zusammenwirken von Verkäufer und Drittem erforderlich<sup>84</sup>.

Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Verkäufers mit der Maßgabe, daß die Zahlung an den Dritten zu erfolgen hat, ist hier nach Auffassung *Wolfsteiners*<sup>85</sup> möglich, da dieser nach materiellem Recht gemäß § 335 BGB einen eigenen Anspruch auf Leistung an den Dritten hat<sup>86</sup>. Die Höhe der an den Dritten zu zahlenden Beträge ist dabei in der Form des §§ 726, 727 ZPO nachzuweisen<sup>87</sup>. Diesbezüglich wird vorgeschlagen, daß der Notar über die Existenz und den Inhalt seiner Fälligkeitsmitteilung eine Eigenurkunde errichtet<sup>88</sup>. Die Zulässigkeit einer diesbezüglichen Unterwerfungserklärung ist jedoch in den Einzelheiten noch nicht geklärt und höchstrichterlich noch nicht entschieden<sup>89</sup>. Wegen der aufgezeigten Nachteile kann auch dieser Weg nicht empfohlen werden<sup>90</sup>.

### cc) Unechter Vertrag zugunsten Dritter

Wird der Käufer nach den Bestimmungen des Kaufvertrages ermächtigt und verpflichtet, die zur Lastenfreistellung des Grundbesitzes erforderlichen Beträge nicht an den Verkäufer, sondern unmittelbar an die Grundpfandrechtsgläubiger (Dritte) zu leisten, ohne daß diesen Dritten ein eigenes Forderungsrecht zusteht, liegt ein sogenannter unechter oder ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter (§ 329 BGB) vor<sup>91</sup>. Der

Dritte wird nur ermächtigt, die Leistung mit Erfüllungswirkung gegenüber dem Verkäufer entgegenzunehmen. Der Verkäufer erwirbt hiermit einen Anspruch auf Schuldbefreiung.

Da der Anspruch auf Schuldbefreiung nur dem Verkäufer eingeräumt werden kann und die Erbringung der Leistung an einen Dritten den Inhalt der Leistung dergestalt ändern würde, daß sich der Schuldbefreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umwandelt, ist der Anspruch auf Schuldbefreiung gemäß § 399 I. Alt BGB nicht abtretbar<sup>92</sup>. Eine Ausnahme besteht nur bei der Abtretung an den Gläubiger des zu tilgenden Anspruchs, also den Dritten, bei dem sich der Anspruch dann in einen Zahlungsanspruch umwandelt<sup>93</sup>. Da der Anspruch auf Schuldbefreiung nicht abtretbar ist, ist er gemäß § 851 Abs. 1 ZPO auch nicht pfändbar<sup>94</sup>.

Aufgrund der Tatsache, daß der Dritte beim unechten Vertrag zugunsten Dritter kein eigenes Forderungsrecht erwirbt, wird er auch nicht wie bei der Abtretung und beim echten Vertrag zugunsten Dritter in die synallagmatischen Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien miteinbezogen. Dies hat zur Folge, daß die Neben- und Gestaltungsrechte beim Verkäufer verbleiben<sup>95</sup>. Dadurch werden die vorgenannten weiteren Schwierigkeiten im Zuge der Vertragsabwicklung vermieden.

Das Ergebnis der Nichtabtretbarkeit und Unpfändbarkeit wird nach Ansicht des *Deutschen Notarinstituts* nochmals unterstrichen, wenn in den Vertragsbestimmungen ausdrücklich die Klausel aufgenommen wird, daß der Verkäufer selbst keinen Anspruch auf Zahlung der entsprechenden Kaufpreisteile an sich hat, sondern nur Anspruch auf unmittelbare Zahlung an die Grundpfandrechtsgläubiger. In diesem Fall komme der Vertragswille relativ deutlich zum Ausdruck, daß der Inhalt des Kaufpreisanspruchs geändert und nicht lediglich die Frage der Erfüllung geregelt wurde<sup>96</sup>.

Hinsichtlich der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gilt beim unechten Vertrag zugunsten Dritter das Gleiche wie beim echten Vertrag zugunsten Dritter, so daß die mit der Abtretungslösung verbundenen Nachteile hier vermieden werden<sup>97</sup>.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß der unechte Vertrag zugunsten Dritter die Vertragsparteien wirksam gegen Pfän-

<sup>82</sup> *Staudinger/Jagmann* BGB § 328 Rdnr. 58; *MünchKommBGB-Gottwald* § 328 Rdnr. 29; siehe auch *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 54.

<sup>83</sup> *Staudinger/Jagmann* BGB § 328 Rdnr. 63; *Palandt/Heinrichs* § 328 Rdnr. 6; *MünchKommBGB-Gottwald* § 335 Rdnr. 7; a.A. derselbe bei Rdnr. 14.

<sup>84</sup> Siehe *Staudinger/Jagmann* Vorbem. zu §§ 328 ff. Rdnr. 37 m.w.N.; *Palandt/Heinrichs* § 328 Rdnr. 6; *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3155); a.A. *MünchKommBGB-Gottwald* § 335 Rdnr. 8, wonach diese Rechte allein dem Dritten zustehen.

<sup>85</sup> *Wolfsteiner* a.a.O. Rdnr. 24.5 u. 37.17.

<sup>86</sup> Siehe auch *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (154); *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 55.

<sup>87</sup> *Wolfsteiner* a.a.O. Rdnr. 44.1; *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 55; *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (154).

<sup>88</sup> *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 56.

<sup>89</sup> Siehe *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3155), der diese Lösung ablehnt – insoweit jedoch widersprüchlich zu seinen Ausführungen zum unechten Vertrag zugunsten Dritter (S. 3196).

<sup>90</sup> So auch: *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 101, *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (155); *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3157).

<sup>91</sup> Siehe *MünchKommBGB-Gottwald* § 329 Rdnr. 1; *Staudinger/Jagmann* BGB § 329 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs* Vor. § 328 Rdnr. 1; *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (155); *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3155 f.).

<sup>92</sup> Vgl. *Staudinger/Kaduk* BGB; 12. Aufl., 1990; Einl. zu §§ 398 ff. Rdnr. 52 u. *Jagmann* § 329 Rdnr. 17; *MünchKommBGB-Gottwald* § 329 Rdnr. 13; *Palandt/Heinrichs* § 329 Rdnr. 6.

<sup>93</sup> *Staudinger/Kaduk* BGB Einl. zu §§ 398 ff. Rdnr. 52; *MünchKommBGB-Gottwald* § 329 Rdnr. 6.

<sup>94</sup> Vgl. *MünchKommBGB-Gottwald* § 329 Rdnr. 13; *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 397; DNotI-Report 1994 S. 3. Dagegen gehen *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 54 von einer Pfändbarkeit aus. Da der Pfändungsgläubiger die Forderung aber nur so pfänden könne, wie sie besteht, müsse er die von den Vertragsparteien vereinbarte Zahlung an die abzulösenden Gläubiger gegen sich gelten lassen. Sie empfehlen deshalb, daß sich der Verkäufer nicht das Recht vorbehalten soll, den Schuldbefreiungsanspruch ohne Zustimmung des Käufers zu ändern (vgl. § 332 BGB). In diesem Fall kann dann auch nicht etwa der Pfändungsgläubiger ein solches Recht ausüben, da dies eine Änderung der vertraglichen Absprache bedeuten würde und somit der Zustimmung des Käufers bedarf (vgl. § 328 Abs. 2 BGB; ferner *Staudinger/Jagmann* BGB § 328 Rdnr. 54).

<sup>95</sup> Vgl. *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 55; *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3155).

<sup>96</sup> DNotI-Report 1994 S. 3.

<sup>97</sup> Vgl. *Amann/Mohrbutcher/Stöber* a.a.O. S. 55 f.; *Wolfsteiner* a.a.O. Rdnr. 24.5; *Hoffmann* NJW 1987/3153 (156).

dungen des Kaufpreisanspruchs schützt und die mit der Abtretungslösung verbundenen Nachteile vermeidet. Er ist deshalb vorzuzugswürdig<sup>98</sup>. Die Formulierung könnte lauten wie folgt:

„Soweit zur Lastenfreistellung des Grundbesitzes von den eingetragenen Belastungen und zur Ablösung der Forderungen derjenigen persönlichen Gläubiger, welche das Zwangsversteigerungsverfahren im Rang vor der aufgrund dieses Vertrages zur Eintragung gelangenden Auflassungsvormerkung betreiben, Zahlungen erforderlich sind, wird der Käufer angewiesen, den Kaufpreis insoweit unmittelbar an die Gläubiger zu zahlen. Diese erlangen dadurch keinen eigenen Anspruch auf Zahlung (unechter Vertrag zugunsten Dritter). Der Verkäufer kann Zahlungen an sich oder Dritte nicht verlangen. Er ist auch nicht berechtigt, diese Zahlungsvereinbarung einseitig zu widerrufen.“

Der Notar wird bevollmächtigt, die zur Lastenfreistellung und Ablösung der Forderungen erforderlichen Unterlagen für beide Vertragsteile zu erholen, in Empfang zu nehmen und zu verwenden. Weder der Notar noch der Käufer sind verpflichtet, die Berechtigung etwaiger Zahlungsauflagen zu überprüfen.“

#### dd) Zweckbindung des Kaufpreisanspruchs

Eine weitere Sicherungsmöglichkeit gegen Pfändungen der Kaufpreisforderung stellt die Zweckbindung des Kaufpreisanspruchs dar<sup>99</sup>. Ausgangspunkt hierfür ist die Vorschrift des § 851 Abs. 1 ZPO, wonach eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie materiellrechtlich übertragbar ist. Die Übertragbarkeit ist nach § 399 BGB ausgeschlossen, wenn sich dadurch eine Inhaltsänderung der Leistung ergeben würde oder eine entsprechende Parteivereinbarung besteht. Ist der geschuldete Gegenstand jedoch der Pfändung unterworfen wie die Kaufpreisforderung, ermöglicht § 851 Abs. 2 ZPO dennoch die Pfändung. Die Vorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO ist von ihrem Wortlaut jedoch zu weit gefaßt und wird deshalb von der h.M. restriktiv ausgelegt<sup>100</sup>. Der Zweck von § 851 Abs. 2 ZPO liegt darin zu verhindern, daß der Schuldner durch rechtsgeschäftliche Abtretungsverbote sein Vermögen dem Vollstreckungszugriff seiner Gläubiger entzieht<sup>101</sup>. Uneingeschränkte Anwendung findet § 851 Abs. 2 ZPO deshalb nur auf rechtsgeschäftliche Abtretungsverbote im Sinne von § 399 2. Alt. BGB<sup>102</sup>.

Dagegen fallen zweckgebundene Ansprüche unter § 851 Abs. 1 ZPO und sind unpfändbar<sup>103</sup>. Eine solche Zweckgebundenheit liegt beispielsweise dann vor, wenn der Verkäufer

von dem ihm zufließenden Kaufpreis die Lastenfreistellung des Grundbesitzes durchführen soll. Da der Verkäufer in der Verwendung des Kaufpreises nicht frei ist, sondern diesen im Interesse des Käufers zunächst zur Lastenfreistellung an die abzulösenden Gläubiger weiterzuleiten hat, ist der Kaufpreisanspruch zweckgebunden<sup>104</sup>. Die Pfändbarkeit würde hier dem Motiv der gesetzlichen Regelung des § 851 Abs. 2 ZPO, daß durch eine Pfändung die Interessen des Drittschuldners nicht beeinträchtigt werden<sup>105</sup>, widersprechen. Dadurch daß die Lastenfreistellung im Falle der Pfändung nicht mehr erfolgen kann, wäre die Durchführung des Kaufvertrages vereitelt. Die Zweckbestimmung im Kaufvertrag ist somit nicht willkürlich wie bei einer vertraglichen Vereinbarung der Unabtretbarkeit i.S.v. § 399 2. Alt. BGB, sondern notwendiger Bestandteil des Vertrages, ohne den dessen Abwicklung nicht gewährleistet wäre<sup>106</sup>. Damit ist die Zweckbindung nicht nur durch bloße Abrede zwischen den Vertragsparteien herbeigeführt, was für die Unpfändbarkeit nach § 851 Abs. 1 ZPO nicht ausreichend wäre<sup>107</sup>, sondern durch die objektiven Vertragsinteressen. Infolgedessen entspricht die Sachlage hier dem Regelungszweck des § 851 Abs. 1 ZPO, wonach durch eine Pfändung die Interessen des Drittschuldners nicht beeinträchtigt werden dürfen<sup>108</sup>. Dies rechtfertigt es hier, die Pfändung der Kaufpreisforderung als unzulässig anzusehen<sup>109</sup>. Eine Pfändung und Abtretung ist nur insoweit möglich, als sie der Zweckgebundenheit nicht entgegenstehen und damit nur zugunsten des betroffenen Grundpfandrechtsgläubigers<sup>110</sup>.

Eine solche Zweckbindung ist immer dann anzunehmen, wenn in den Vertragsbestimmungen weder eine Abtretung der Kaufpreisforderung noch ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter vereinbart ist, sondern der Verkäufer verpflichtet ist, aus dem Kaufpreis die Grundpfandrechte abzulösen<sup>111</sup>.

Denkbar ist auch der Fall, daß der Käufer angewiesen wird, einen Teil des Kaufpreises direkt an den Grundpfandrechtsgläubiger zu zahlen, ohne daß zweifelsfrei feststeht, ob ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt oder dieser nur vom Käufer zum Empfang der Leistung ermächtigt ist (§§ 362 Abs. 2, 182 BGB)<sup>112</sup>. Für eine solche Auslegung spricht die Entscheidung des BGH vom 19.12.1980<sup>113</sup>, wonach der Pfändungsgläubiger nach Treu und Glauben die Ablösung der Grundpfandrechte durch den Käufer gegen sich gelten lassen mußte, obwohl die direkte Ablösung in den Bestimmungen des Kaufvertrages nicht vorgesehen war, sondern dem Verkäufer oblag. Als entscheidend hat der BGH den Gesichts-

<sup>98</sup> So auch Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 101; Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 54, Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 397; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (155) und Hoffmann NJW 1987/3153 (3157), jeweils mit Formulierungsvorschlag.

<sup>99</sup> Siehe hierzu ausführlich: Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (154 f.) und Hoffmann NJW 1987/3153 (3156); ferner Hillebrand Rpfleger 1986/464.

<sup>100</sup> Vgl. Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 11 ff.; Stöber Forderungspfändung, 11. Aufl., 1996, Rdnr. 14; Thomas/Putzo ZPO, 21. Aufl., 1998, Rdnr. 3; Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 3; BGH NJW 1985/2263.

<sup>101</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 28; Thomas/Putzo ZPO § 851 Rdnr. 1; Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 3; Stöber a.a.O. Rdnr. 15.

<sup>102</sup> Stöber a.a.O. Rdnr. 15; Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 6.

<sup>103</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 19 ff.; Stöber a.a.O. Rdnr. 14; Thomas/Putzo ZPO § 851 Rdnr. 3; Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 3; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (154); Hoffmann NJW 1987/3153 (3156); Hillebrand Rpfleger 1986/464 ff.

<sup>104</sup> Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 3; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (154). Hoffmann NJW 1987/3153 (3156) sieht den Verkäufer insoweit als Treuhänder des Käufers. Die geschuldete Leistung gehe wirtschaftlich nicht in das Vermögen des Verkäufers über. Dies erscheint zweifelhaft, da der Verkäufer durch die Ablösung der Grundpfandrechte von Verbindlichkeiten befreit wird. Wirtschaftlich fließt diesem damit der Kaufpreis zu.

<sup>105</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 19 f.

<sup>106</sup> Vgl. Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (154).

<sup>107</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 20; Thomas/Putzo ZPO § 851 Rdnr. 3; Hillebrand Rpfleger 1986/464 (465).

<sup>108</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 28.

<sup>109</sup> So auch Hansmeyer MittRhNotK 1989/153 (154), Hoffmann NJW 1987/3153 (3156).

<sup>110</sup> Stein/Jonas/Brehm ZPO § 851 Rdnr. 23; Hoffmann NJW 1987/3153 (3156); Thomas/Putzo ZPO § 851 Rdnr. 3; Zöller/Stöber ZPO § 851 Rdnr. 3.

<sup>111</sup> Hoffmann NJW 1987/3153 (3156).

<sup>112</sup> Vgl. Hoffmann NJW 1987/3153 (3156).

<sup>113</sup> BGH MittBayNot 1981/120.

punkt angesehen, daß die Lastenfreiheit des Grundbesitzes Voraussetzung dafür war, daß der Verkäufer über den auf ein Sperrkonto eingezahlten Kaufpreis uneingeschränkt verfügen durfte. Da der Pfändungsgläubiger keine stärkere Rechtsposition habe als der Schuldner, könne auch er nur nach Durchführung der Lastenfreistellung über den gepfändeten Betrag verfügen und müsse diese gegen sich gelten lassen.

*Hoffmann*<sup>114</sup> ist der Auffassung, daß die Unpfändbarkeit wegen treuhänderischer Zweckgebundenheit des Kaufpreisanspruchs auch dann gegeben ist, wenn das Problem der Ablösung von Grundpfandrechtsgläubigern im Kaufvertrag völlig übersehen wurde und nach den vertraglichen Bestimmungen der gesamte Kaufpreis an den Verkäufer zu zahlen ist. Darüber hinaus soll eine Zweckgebundenheit auch dann vorliegen, wenn erst nach Beurkundung des Kaufvertrages aber vor Eintragung der Auflassungsvormerkung Grundpfandrechte eingetragen werden.

Als gesichert kann diese Ansicht jedoch nicht gelten. Entwickelt man die vorgenannte Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1980 jedoch weiter, spricht viel für diese Meinung. Maßgebend war für den BGH, daß der Pfändungsgläubiger hinsichtlich der Verfügungsbefugnis über die Kaufpreisforderung keine stärkere Rechtsposition erhält als der Schuldner. Ist nun nach den Bestimmungen des Kaufvertrages die Kaufpreisfälligkeit von der Gewährleistung der Lastenfreistellung abhängig, kann der Käufer die Einrede der mangelnden Fälligkeit auch dem Pfändungsgläubiger entgegenhalten (§ 835 ZPO i.V.m. §§ 412, 404 BGB)<sup>115</sup>, so daß auch dieser solange nicht über die gepfändete Forderung verfügen kann, bis die Grundpfandrechte abgelöst sind. Löst der Käufer hier die Grundpfandrechte ab, tritt die Kaufpreisfälligkeit ein und der Pfändungsgläubiger kann die restliche Forderung einziehen. Die Sachlage entspricht damit insoweit derjenigen, die dem Urteil zugrunde lag.

Eine andere Sichtweise, die rein formal auf die Wirkungen des durch die Pfändung begründeten Veräußerungsverbots abstellt und die Zahlung an den Grundpfandrechtsgläubiger dem Pfändungsschuldner gegenüber als unwirksam ansieht (§ 829 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 136, 135 BGB), wird dagegen den Interessen keines der Beteiligten gerecht, da der Vertrag aufgrund der nicht herbeizuführenden Kaufpreisfälligkeit undurchführbar wird und damit auch der Pfändungsgläubiger keine Befriedigung erlangt.

Im Ergebnis läßt sich damit feststellen, daß die Zweckbindung des Kaufpreisanspruchs dann gegen eine Pfändung Schutz gewährt, wenn diesbezügliche vertragliche Vorkehrungen unterlassen wurden<sup>116</sup>. Muß jedoch wie bei der Veräuße-

rung von vollstreckungsbefangenem Grundbesitz mit Pfändungen gerechnet werden, ist die Vereinbarung eines unechten Vertrages zugunsten Dritter vorzugswürdig<sup>117</sup>.

Zur Frage, ob der Schuldbefreiungsanspruch auch dann in voller Höhe entsteht, wenn der Grundpfandrechtsgläubiger einen Ablösebetrag verlangt, der über den Nennbetrag des Grundpfandrechts hinausgeht oder ihm offensichtlich überhaupt nicht zusteht, siehe die Ausführungen des *Deutschen Notarinstituts*<sup>118</sup>.

## b) Pfändung von Rückgewähransprüchen

Eine weitere Störung der Lastenfreistellung kann bei Grundschulden eintreten, wenn Gläubiger des Verkäufers dessen Rückgewähransprüche gegen Grundpfandrechtsgläubiger pfänden.

Bei Sicherungsgrundschulden entsteht der Rückgewähranspruch (§§ 305, 241 BGB) regelmäßig mit Abschluß des Sicherungsvertrages aufschiebend bedingt durch das Erlöschen aller Forderungen, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt wurde. Ohne Regelung im Sicherungsvertrag ergibt sich der Rückgewähranspruch aus den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB). Der Anspruch richtet sich nach Wahl des Sicherungsgebers (§ 262 BGB) auf Abtretung der Grundschuld (§§ 1192, 1154 BGB), Verzicht auf die Grundschuld (§§ 1192, 1168 BGB) oder deren Aufhebung (§§ 1192, 875, 1183 BGB)<sup>119</sup>. Mit Eigentumsübergang im Wege der Sonderrechtsnachfolge geht der Rückgewähranspruch nicht automatisch auf den Erwerber über, sondern ist an diesen abzutreten<sup>120</sup>.

Der Rückgewähranspruch stellt ein selbständiges Vermögensrecht dar und ist als solches abtretbar und pfändbar (§§ 857 Abs. 1, 829 ZPO)<sup>121</sup>. Wird der Anspruch dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen (§ 835 Abs. 1 I. Alt. ZPO), kann dieser bei Fälligkeit des Rückübertragungsanspruchs mit dem Wegfall des Sicherungszwecks die Übertragung der Grundschuld auf den Sicherungsgeber verlangen. An der mit der Abtretung entstehenden Eigentümergrundschuld erwirbt der Pfändungsgläubiger kraft Gesetzes ein Pfandrecht (§ 848 Abs. 2 ZPO analog i.V.m. 1287 BGB)<sup>122</sup>. Dessen Eintragung bei der Grundschuld ist bereits mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß möglich<sup>123</sup>. Hält man eine Überweisung des Rückgewähranspruchs an Zahlungs Statt (§ 835 Abs. 1 2. Alt. ZPO) für möglich, was allerdings umstritten ist<sup>124</sup>, könnte der Pfändungsgläubiger die Abtretung der Grundschuld an sich

<sup>114</sup>*Hoffmann* NJW 1987/3153 (3156).

<sup>115</sup>*Palandt/Heinrichs* § 412 Rdnr. 1.

<sup>116</sup>*Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (155) sieht dagegen in der Zweckbindung dogmatisch eine Erfüllungsübernahme (siehe hierzu auch dessen Formulierungsbeispiel). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Erfüllungsübernahme ist als unechter Vertrag zugunsten Dritter ein eigenständiger Vertragstyp, der in § 329 BGB erwähnt ist. Die Zweckbindung stellt dagegen gerade keine selbständige Vereinbarung dar, sondern greift dann ein, wenn eine solche fehlt, sich jedoch aus dem Vertrag ergibt, daß die Forderung nur für bestimmte Zwecke verwendet werden soll. Der unechte Vertrag zugunsten Dritter einerseits und die Zweckgebundenheit der Kaufpreisforderung andererseits sind deshalb voneinander zu unterscheiden. Siehe auch *Hoffmann* NJW 1987/3153, der beide Möglichkeiten differenziert und ausführlich darstellt. Vgl. auch *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 397, wo ebenfalls zwischen der Zweckbindung und dem Schuldbefreiungsanspruch unterschieden wird.

<sup>117</sup>Auch *Hoffmann* NJW 1987/3153 (3156) empfiehlt die Vereinbarung eines Anspruchs auf Schuldbefreiung.

<sup>118</sup>DNotI-Report 1994 S. 3 f.

<sup>119</sup>Siehe zum Rückgewähranspruch: *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 2335 ff.; *Stöber* a.a.O. Rdnr. 1887 ff.; *Staudinger/Wolfsteiner* BGB Vorbem. zu §§ 1191 Rdnr. 79 ff.; *MünchKommBGB-Eickmann* § 1191 Rdnr. 87 ff., *Palandt/Bassenge* § 1191 Rdnr. 23 ff.

<sup>120</sup>*Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 2335.

<sup>121</sup>Vgl. *Stöber* a.a.O. Rdnr. 1886 ff.; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 2342, *Staudinger/Wolfsteiner* BGB § 1191 Rdnr. 81; *MünchKommBGB-Eickmann* § 1191 Rdnr. 88 u. Rdnr. 116; *Palandt/Bassenge* § 1191 Rdnr. 24, 26.

<sup>122</sup>*Stöber* a.a.O. Rdnr. 1895, *Staudinger/Wolfsteiner* BGB Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 184; *MünchKommBGB-Eickmann* § 1191 Rdnr. 119; *Palandt/Bassenge* § 1191 Rdnr. 26.

<sup>123</sup>*Stöber* a.a.O. Rdnr. 1898.

<sup>124</sup>Verneinend: *Stöber* a.a.O. Rdnr. 1892 m.w.N.; *MünchKommBGB-Eickmann* § 1191 Rdnr. 119; *Palandt/Bassenge* § 1191 Rdnr. 26; bejahend: *Staudinger/Wolfsteiner* BGB § 1191 Rdnr. 185.

verlangen (§§ 857 Abs. 1, 835 Abs. 2 ZPO)<sup>125</sup>. Eine Löschung der Grundschuld ist in jedem Fall nur noch mit Zustimmung des Pfändungsgläubigers möglich (§§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 136, 135 BGB). Hat der Sicherungsgeber vor Wirksamwerden der Pfändung bereits sein Wahlrecht hinsichtlich der Art der Rückgewähr ausgeübt (§ 262 BGB), ist der Pfändungsgläubiger an diese Wahl gebunden, da er mit der Pfändung nicht mehr Rechte erwirbt als der Schuldner<sup>126</sup>.

Um die Lastenfreistellung nicht durch die Pfändung von Rückgewähransprüchen zu vereiteln, müssen diese deshalb bereits mit Abschluß des Kaufvertrages an den Erwerber abgetreten werden. Zur Vermeidung einer Vorleistung des Verkäufers sollte die Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung erfolgen<sup>127</sup>. Die Formulierung könnte etwa lauten wie folgt:

*„Der Verkäufer tritt bereits heute aufschiebend bedingt durch die vollständige Kaufpreiszahlung seine derzeitigen und künftigen Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche bezüglich der zu löschenden Grundpfandrechte an den Erwerber ab, welcher die Abtretung hiermit annimmt.“*

### c) Abtretung eines Grundpfandrechts durch den Gläubiger

Einen weniger häufigen Fall der Störung der Lastenfreistellung stellt die Abtretung eines Grundpfandrechts dar. Ob es geboten ist, dagegen durch entsprechende Gestaltung des Kaufvertrages Vorsorge zu treffen, hängt im wesentlichen von der Bonität des Gläubigers ab. Bei einem inländischen Kreditinstitut oder einer Behörde dürfte dies regelmäßig zu verneinen, bei einer Privatperson hingegen zu empfehlen sein<sup>128</sup>.

Als Sicherungsmaßnahme gegen die Abtretung kommt der Rangrücktritt des entsprechenden Grundpfandrechts hinter die Auflassungsvormerkung (§ 880 BGB) in Betracht<sup>129</sup>. Obwohl die Auflassungsvormerkung kein dingliches Recht, sondern ein sachenrechtliches Sicherungsmittel besonderer Art ist, wird ein Rangrücktritt nach herrschender Meinung für zulässig gehalten, da die h.M. der Auflassungsvormerkung Rangfähigkeit i.S.v. § 879 BGB zuspricht<sup>130</sup>. Als Folge des Rangrücktritts ist die zeitlich nach diesem vorgenommene Abtretung des Grundpfandrechts dem Gläubiger der Auflassungsvormerkung gegenüber unwirksam (§§ 883 Abs. 2, 888 BGB).

Zu beachten ist ferner, daß zum Rangrücktritt des Grundpfandrechts gemäß § 880 Abs. 2 S. 2 BGB die Zustimmung

des Eigentümers erforderlich ist. Dessen Zustimmung zur Löschung des Grundpfandrechts kann nicht dahingehend ausgelegt werden, daß darin auch die Zustimmung zum Rangrücktritt enthalten ist<sup>131</sup>. Neben dem Rangrücktritt ist weiterhin die Löschungsbewilligung des Gläubigers erforderlich<sup>132</sup>.

Hält man die Vormerkung nicht für rangfähig und einen diesbezüglichen Rangrücktritt somit für zu unsicher, kommt nur eine Vereinbarung zwischen Käufer und Gläubiger in Betracht, wonach sich letzterer unter der Voraussetzung der Schuldentilgung zur Löschung des Grundpfandrechts verpflichtet. Dieser Anspruch müßte dann durch Eintragung einer entsprechenden Vormerkung dinglich gesichert werden<sup>133</sup>. Wegen der damit verbundenen zusätzlichen Kosten kann dieser Weg jedoch nur dann empfohlen werden, wenn die Gefahr einer Abtretung besonders hoch ist<sup>134</sup>, insbesondere bei Eigentümergrundschulden<sup>135</sup>.

### d) Verlust der Verfügungsbefugnis des Gläubigers

Verliert der Gläubiger, nachdem er die Löschungsbewilligung abgegeben hat, die Verfügungsbefugnis bevor der Antrag auf Löschung beim Grundbuchamt eingereicht ist, kann die Löschung auch aufgrund der Vorschrift des § 878 BGB nicht mehr erfolgen. Die Lastenfreistellung wird damit ebenso vereitelt wie bei der Abtretung des Grundpfandrechts. Als Schutzvorkehrung ist hier wiederum der Rangrücktritt des Grundpfandrechts hinter die Auflassungsvormerkung in Betracht zu ziehen<sup>136</sup>. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

### e) Widerruf der Aufhebungserklärung (§ 875 BGB) und Änderung der Treuhandauflagen

Die Gefahr eines Widerrufs der Aufhebungserklärung durch den Gläubiger kann dadurch vermieden werden, daß der Gläubiger dem Eigentümer eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung aushändigt. Damit wird die Aufhebungserklärung i.S.v. § 875 BGB bindend (§ 875 Abs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO) und kann nicht mehr widerrufen werden<sup>137</sup>.

Bei der Gestaltung des Kaufvertrages ist deshalb darauf zu achten, daß die Parteien dem Notar Vollmacht zur Entgegennahme der entsprechenden Erklärungen erteilen etwa wie folgt<sup>138</sup>:

*„Die Vertragsteile bevollmächtigen den Notar zur Empfangnahme sämtlicher zur Lastenfreistellung erforderlicher Unterlagen, insbesondere von Löschungs- und Freigabebewilligungen.“*

<sup>125</sup> Staudinger/Wolfsteiner BGB § 1191 Rdnr. 185.

<sup>126</sup> Vgl. Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 58; Staudinger/Wolfsteiner BGB Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 182.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu: Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 405; Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 101 f.; Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 58; Hansmeyer MittRhNotK 1989/149 (158).

<sup>128</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 376; Bertolini MittBayNot 1987/174.

<sup>129</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 376; Bertolini MittBayNot 1987/174; kritisch: Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 103; Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 60 f.

<sup>130</sup> Siehe hierzu ausführlich Staudinger/Gursky BGB § 883 Rdnr. 177 f. m.w.N., der bei der Auflassungsvormerkung von „Wirksamkeitsreihenfolge“ spricht; ferner: Haegle/Schöner/Stöber Rdnr. 1531; Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 376; Palandt/Bassenge § 883 Rdnr. 29; Bertolini MittBayNot 1987/174; hinsichtlich der Rangfähigkeit dagegen stark zweifelnd: Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 103; Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 60 f.

<sup>131</sup> BayObLG MittBayNot 1989/310 (311).

<sup>132</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 376. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 403.

<sup>133</sup> Diesen Weg empfiehlt; Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 103; sowie in Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 61; ferner Schöner DNotZ 1974/330 (342).

<sup>134</sup> Vgl. Bertolini MittBayNot 1987/174.

<sup>135</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 404.

<sup>136</sup> Vgl. Bertolini MittBayNot 1987/174; kritisch wiederum: Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 103; Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 60 f.

<sup>137</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 401; Bertolini MittBayNot 1987/174 (175).

<sup>138</sup> Siehe auch: Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 102; Amann/Mohrbutter/Stöber a.a.O. S. 59.

Beim Verkauf von versteigerungsbefahenem Grundbesitz werden die Löschungsbevollmächtigungen dem Notar regelmäßig zusammen mit einem Treuhandauftrag übersandt. Widerruf der Gläubiger den Treuhandauftrag oder ändert er die darin enthaltenen Auflagen, unter denen von der Löschungsbevollmächtigung Gebrauch gemacht werden darf, kann die Lastenfreistellung scheitern. Inwieweit der Gläubiger hierzu befugt ist, ist noch nicht eindeutig geklärt. Spätestens ab Fälligkeit des Kaufpreises dürfte ein Widerruf des Treuhandauftrags nicht mehr zulässig sein<sup>139</sup>. Nach Auffassung des BGH<sup>140</sup> stellt die Freistellungserklärung eines Grundpfandrechtsgläubigers gegenüber dem Verkäufer in der Regel einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter dar. Der Freistellungsanspruch des Käufers könnte aufgrund des Zwecks des Vertrages vom Verkäufer und Gläubiger allein ohne Zustimmung des Käufers nicht aufgehoben werden (vgl. § 328 Abs. 2 BGB). Ein einseitiger Widerruf scheidet nach dieser Ansicht aus<sup>141</sup>.

Die bestehenden Unsicherheiten können vermieden werden, indem mit der Anforderung der Löschungsunterlagen zwischen den Vertragsparteien und dem Gläubiger eine Vereinbarung dergestalt getroffen wird, daß ein Widerruf oder eine Änderung des Treuhandauftrags ausgeschlossen ist. Es könnte etwa formuliert werden wie folgt<sup>142</sup>:

*„Sie werden im Namen der Vertragsparteien gebeten, die in der Anlage beigefügte Löschungserklärung in grundbuchmäßiger Form zu unterzeichnen und an mich als Bevollmächtigten der Vertragsparteien zurückzusenden. Sollte die Löschung nur unter der Auflage der Zahlung bestimmter Beträge erfolgen können, übernehme ich für einen entsprechenden Treuhandauftrag die amtliche Haftung, soweit der Kaufpreis zur Erfüllung der Haftungsaufgaben sämtlicher vorhandener Grundpfandrechtsgläubiger ausreicht. Ein etwaiger Treuhandauftrag kann mit Eingang bei mir weder widerrufen noch geändert werden. Ich bitte, die Annahme dieses Freistellungersuchens durch Rücksendung der anliegenden Zweitschrift zu bestätigen.“*

Dadurch wird zwischen den Vertragsparteien und dem Gläubiger ein Vertragsverhältnis begründet, welches von dem Gläubiger nicht einseitig aufgehoben werden kann<sup>143</sup>.

#### 4. Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto

Ist über den zu veräußernden Grundbesitz das Versteigerungsverfahren eröffnet, läßt sich die Lastenfreistellung in der Regel nur dann praktikabel durchführen, wenn der Kaufpreis auf einem Notaranderkonto hinterlegt wird<sup>144</sup> und der Notar die Lastenfreistellung durchführt<sup>145</sup>. Dies wird insbesondere dann erforderlich sein, wenn auch andere Gläubiger als Banken beteiligt sind.

Die Hinterlegung des Kaufpreises hat weiter den Vorteil, daß aus dem nach Ablösung der Gläubiger verbleibenden Rest-

betrag die Kosten der Löschung der Grundpfandrechte beim Grundbuchamt bezahlt werden können, so daß die Eigentumsumschreibung auf den Käufer nicht dadurch verzögert werden kann, daß der zur Löschung der Grundpfandrechte gegebenenfalls angeforderte Kostenvorschuß vom Verkäufer nicht geleistet wird.

Bei der Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto sind zwei Rechtskreise zu unterscheiden, zum einen die materiell-rechtliche Hinterlegungsvereinbarung<sup>146</sup> zwischen Verkäufer und Käufer, daß die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt wird, und zum anderen die verfahrensrechtliche Hinterlegungsanweisung<sup>147</sup> beider Vertragsparteien an den Notar<sup>148</sup>. Durch die Hinterlegungsanweisung der Vertragsparteien an den Notar entsteht zwischen diesen ein Treuhandverhältnis<sup>149</sup>. Der Inhalt der Hinterlegungsanweisung ergibt sich aus § 54 a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG<sup>150</sup>. Obwohl die Hinterlegungsanweisung nicht Bestandteil des Kaufvertrages ist<sup>151</sup>, wird sie regelmäßig in diesen mitaufgenommen<sup>152</sup>. Dies erscheint auch deswegen zweckmäßig, da beide voneinander abhängig sind<sup>153</sup>. Auf die umstrittene rechtliche Qualifikation von beiden und deren Verhältnis zueinander soll deshalb hier nicht eingegangen werden<sup>154</sup>.

#### a) Inhalt von Hinterlegungsvereinbarung und Hinterlegungsanweisung

##### aa) Wirkungen der Hinterlegungsvereinbarung

Durch die Hinterlegungsvereinbarung wird die Leistung dahingehend bestimmt, daß der Käufer die Kaufpreiszahlung ausschließlich durch Hinterlegung erfüllen kann und der Verkäufer nur Zahlung auf das Anderkonto, nicht aber an sich selbst verlangen kann<sup>155</sup>. Darüber hinaus liegt in der Vereinbarung, daß der Notar als Treuhänder aus dem hinterlegten Betrag die Lastenfreistellung des Kaufobjektes durchführt, eine Zweckbindung der Kaufpreisforderung<sup>156</sup>.

##### bb) Hinterlegungszeitpunkt

Bei der Gestaltung des Kaufvertrages stellt sich die Frage, von welchen Voraussetzungen die Kaufpreisfälligkeit und die Hinterlegung abhängig gemacht werden sollen. Aufgrund der mit der Hinterlegung verbundenen Sicherung des Käufers, wäre es grundsätzlich denkbar, unabhängig vom Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen einen festen Zahlungstermin zu vereinbaren<sup>157</sup>. Der Nachteil dieser Vorgehensweise liegt

<sup>139</sup>Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 401; Amann in Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 101.

<sup>140</sup>BGH NJW 1992/1390.

<sup>141</sup>Vgl. auch OLG Hamm DNotI-Report 1995 S. 185.

<sup>142</sup>Vgl. Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 59.

<sup>143</sup>Vgl. Amann/Mohrbutler/Stöber a.a.O. S. 59.

<sup>144</sup>Siehe zur Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto ausführlich Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 349 ff.

<sup>145</sup>Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 342, wo die Hinterlegung bei Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks ebenfalls für sinnvoll erachtet wird.

<sup>146</sup>Brambring DNotZ 1990/615 (624); Zimmermann DNotZ 1980/415 (456).

<sup>147</sup>Brambring DNotZ 1990/615 (623); Zimmermann DNotZ 1980/415 (456).

<sup>148</sup>Siehe Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 343.

<sup>149</sup>Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 343.

<sup>150</sup>Siehe ferner § 11 Abs. 1 S. 1 DNotO.

<sup>151</sup>Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 343.

<sup>152</sup>Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 343; nach § 54 a Abs. 4 BeurkG bedarf die Hinterlegungsanweisung der Schriftform.

<sup>153</sup>Brambring DNotZ 1990/615 (625); Zimmermann DNotZ 1980/415 (456).

<sup>154</sup>Siehe hierzu ausführlich Zimmermann DNotZ 1980/451 (453 ff.), wonach Hinterlegungsvereinbarung und Hinterlegungsanweisung einen Doppeltatbestand bilden. Ähnlich Brambring DNotZ 1990/615 (623 f.). Anders Volhard DNotZ 1987/523 (527).

<sup>155</sup>Siehe BGH NJW 1985/1155 (1157); Volhard DNotZ 1987/542 ff.

<sup>156</sup>BGH NJW 1985/1157.

<sup>157</sup>Siehe Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 263 u. 357.

jedoch darin, daß der Käufer nicht unerhebliche Zinsverluste erleidet, wenn sich später herausstellt, daß der Kaufvertrag nicht abgewickelt werden kann. Da die Lastenfreistellung bei vollstreckungsbefangenen Grundbesitz immer gefährdet ist, muß von einem festen Fälligkeitstermin abgeraten werden<sup>158</sup>. Die Hinterlegungsvoraussetzungen sollten deshalb denen bei unmittelbarer Kaufpreiszahlung entsprechen und insbesondere abhängig sein von der Sicherung der Lastenfreistellung und dem Vorliegen der Rücknahmeerklärung der die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger<sup>159</sup>.

Für eine vorzeitige Hinterlegung vor Eintragung der Auflassungsvormerkung könnte lediglich der Umstand sprechen, daß die Kaufpreisfinanzierung des Käufers nicht gesichert ist und damit durch die Hinterlegung den mit der Nichtzahlung des Kaufpreises verbundenen Problemen der Löschung der Auflassungsvormerkung vorgebeugt werden soll. Denkbar wäre es weiter, daß die Gläubiger eher dazu geneigt sind, über die Ablösebeträge zu verhandeln, wenn sich der Kaufpreis bereits auf dem Anderkonto befindet.

### cc) Erfüllungswirkung

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>160</sup> tritt die Erfüllungswirkung nicht bereits mit der Einzahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto ein<sup>161</sup>. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Vertragsparteien entsprechendes ausdrücklich vereinbaren. Bei der hier bestehenden Gefahr des Scheiterns der Lastenfreistellung ist von einer solchen Vereinbarung abzuraten, da dem Käufer die darin liegende Vorausleistung nicht zugemutet werden kann<sup>162</sup>. Ob im übrigen die Erfüllungswirkung schon bei Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen eintritt oder erst mit Auszahlung an den Verkäufer, wurde vom BGH offen gelassen<sup>163</sup>.

### dd) Auszahlungsvoraussetzungen und Auszahlungsempfänger

Die Festlegung der Auszahlungsvoraussetzungen und Auszahlungsempfänger ist sowohl Bestandteil der Hinterlegungsvereinbarung als auch der Hinterlegungsanweisung<sup>164</sup>. Bei den Auszahlungsvoraussetzungen gibt es keine Besonderheiten. Sie entsprechen gewöhnlich denen bei unmittelbarer Kaufpreiszahlung von Käufer an Verkäufer<sup>165</sup>. Im Rahmen der vom Notar durchzuführenden Lastenfreistellung sollte bestimmt werden, daß für die Auszahlung ausschließlich die von den abzulösenden Gläubigern geforderten Beträge maßgeblich sind und der Notar deren Richtigkeit nicht überprüfen muß. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die Lastenfreistellung wegen eines Streits zwischen dem Verkäufer und Gläubigern verzögert wird<sup>166</sup>.

<sup>158</sup>So auch *Brambring* DNotZ 1990/615 (627 f.).

<sup>159</sup>So auch Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 263 u. 371.

<sup>160</sup>BGH DNotZ 1983/549.

<sup>161</sup>So auch *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 344; siehe auch *Zimmermann* DNotZ 1980/262 ff.

<sup>162</sup>So auch Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 369.

<sup>163</sup>BGH DNotZ 1983/549 (552); dazu die Anm. von *Zimmermann* DNotZ 1989/552. Siehe auch BGH NJW 1994/1403, wonach wohl eher erst mit der Auszahlung die Erfüllungswirkung eintritt. Ferner *Brambring* DNotZ 1990/615 (633 ff.).

<sup>164</sup>Siehe *Brambring* DNotZ 1990/615 (624 f.).

<sup>165</sup>Vgl. Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 374; *Brambring* DNotZ 1990/615 (628 f.).

<sup>166</sup>So auch Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 372 und *Brambring* DNotZ 1990/615 (630).

Ferner sollte darauf geachtet werden, daß Auszahlungsvoraussetzungen nur solche Umstände sind, die der Notar selbst feststellen kann<sup>167</sup>.

Zu vereinbaren ist gemäß § 54 a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG ferner, wer die Hinterlegungszinsen erhalten soll. Dabei erscheint es sachgerecht, auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Besitz und die Nutzungen an dem Vertragsgegenstand übergehen. Geht der Besitz bereits mit Hinterlegung auf den Käufer über<sup>168</sup>, sollten dem Verkäufer die Hinterlegungszinsen zustehen<sup>169</sup>. Hinsichtlich der Bankkosten der Hinterlegung erscheint es zweckmäßig, diese demjenigen aufzuerlegen, welcher die Zinsen erhält, da die Banken meist beide Posten saldieren<sup>170</sup>.

Im Zusammenhang mit der Lastenfreistellung ist darüber hinaus in der Hinterlegungsanweisung zu klären, ob der Notar die sich aus der Löschung der Grundpfandrechte ergebenden Gerichts- und Notargebühren aus dem hinterlegten Betrag zahlen muß. Eine solche Anweisung ist für den Notar zwar mit weiteren Schwierigkeiten verbunden, da er bei der Fälligkeitsmitteilung nicht nur prüfen muß, ob der Kaufpreis zur Erfüllung aller Zahlungsaufgaben reicht, sondern auch zur Zahlung aller künftig bei der Löschung anfallenden Gerichts- und Notarkosten. Da die Löschung der Grundpfandrechte aber andernfalls nicht sichergestellt ist, kann die Lastenfreistellung nur auf diese Weise gewährleistet werden<sup>171</sup>, außer der Verkäufer händigt dem Käufer diesbezüglich eine Bürgschaft aus. Dies dürfte jedoch schon wegen der damit verbundenen zusätzlichen Kosten ausscheiden.

Seine eigene Gebührenforderung gegen den Auszahlungsempfänger kann der Notar aus der Hinterlegungsmasse befriedigen. Für die Hinterlegungsgebühr ergab sich dies bislang bereits aus § 149 Abs. 1 S. 3 KostO. Hinsichtlich sonstiger Gebührenforderungen war dies strittig<sup>172</sup>. Nunmehr ist jedoch auch bezüglich letzterer in der neu eingefügten Vorschrift des § 54 b Abs. 3 S. 8 BeurkG eine ausdrückliche Regelung getroffen.

### ee) Rückzahlungsvoraussetzungen

Im Gegensatz zu § 11 Abs. 1 S. 1 DNot sieht die Vorschrift des § 54 a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG nicht mehr vor, daß die Hinterlegungsanweisung die Rückerstattung des hinterlegten Betrages regeln muß. Eine Bestimmung der Voraussetzungen für die Rückerstattung des hinterlegten Betrages wird auch überwiegend abgelehnt mit der Begründung, daß es nicht möglich sei, jede denkbare Fallgestaltung der möglichen Leistungsstörungen sachgerecht zu berücksichtigen<sup>173</sup>.

Hat sich in dem Vertrag jedoch eine Partei den Rücktritt vorbehalten, erscheint es sachgerecht, für diesen Fall die Rückzahlung zu regeln<sup>174</sup>. Entscheidend ist, daß die Rück-

<sup>167</sup>So auch *Brambring* DNotZ 1990/615 (628).

<sup>168</sup>Der Besitzübergang mit Hinterlegung sollte nur dann vereinbart werden, wenn zum Zeitpunkt der Hinterlegung die Lastenfreistellung gewährleistet ist und dem Notar hinsichtlich sämtlicher das Zwangsversteigerungsverfahren betreibender Gläubiger Rücknahmeerklärungen vorliegen. Ferner sollte die Ausübung etwaiger Rücktrittsrechte ausgeschlossen sein.

<sup>169</sup>So Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 372.

<sup>170</sup>Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 372.

<sup>171</sup>So auch Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 372.

<sup>172</sup>Siehe *Zimmermann* DNotZ 1989/262 ff.

<sup>173</sup>So *Brambring* DNotZ 1990/615 (631); ferner Beck'sches Notarhandbuch Anm. A I Rdnr. 375.

<sup>174</sup>So auch *Brambring* DNotZ 1990/615 (632).

zahlungsvoraussetzungen im Einklang mit den Rücktrittsvoraussetzungen genau festgelegt sind und nur aus Umständen bestehen, die der Notar selbst überprüfen kann. Als weitere Rückzahlungsvoraussetzung ist dabei das Vorliegen der Löschungsbewilligungen hinsichtlich der Auflassungsvormerkung des Käufers und von diesem bestellter Finanzierungsgrundpfandrechte zu bestimmen<sup>175</sup>.

## **b) Pfändung des Kaufpreisanspruchs und des Anspruchs auf Auszahlung an den Notar**

### **aa) Pfändung vor Hinterlegung**

Wird die Kaufpreisforderung vor der Hinterlegung gepfändet, hindert dies die weitere Vertragsabwicklung nicht, da der Pfändungsgläubiger nicht mehr Rechte erwirbt als der Schuldner vor der Pfändung hatte<sup>176</sup>. Der Käufer ist weiterhin zur Hinterlegung berechtigt. Der Pfändungsgläubiger muß die Art und Weise der Zahlung auf das Notaranderkonto und die Zweckbestimmung hinsichtlich der Lastenfreistellung gegen sich gelten lassen<sup>177</sup>. Bei der Auszahlung des hinterlegten Betrages hat der Notar die Pfändung insoweit zu beachten, als er aufgrund der durch die Pfändung bewirkten Beschlagnahme der Kaufpreisforderung (§ 829 ZPO) die dem Verkäufer zustehenden Beträge an diesen nicht mehr auszahlen darf. Mit der Überweisung der Kaufpreisforderung an den Gläubiger ist dieser vielmehr berechtigt, die Forderung einzuziehen (§ 836 Abs. 1 ZPO)<sup>178</sup>. Einer Änderung der Hinterlegungsanweisung bedarf es hierzu nicht<sup>179</sup>, da diese Folgen der Pfändung kraft Gesetzes eintreten.

### **bb) Pfändung nach erfolgter Hinterlegung**

Erfolgt die Pfändung nach der Hinterlegung, ist der Umstand zu beachten, daß die Kaufpreisforderung nicht bereits mit der Einzahlung auf das Notaranderkonto erlischt, sondern erst mit Auszahlung an den Verkäufer<sup>180</sup>. Dem Verkäufer stehen damit zwei Ansprüche zu, zum einen der gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung und zum anderen der gegen den Notar auf Auszahlung des hinterlegten Betrages<sup>181</sup>. Wird nur letzterer gepfändet, tritt die Beschlagnahmewirkung nicht ein<sup>182</sup>.

Die Abwicklung des Kaufvertrages durch den Notar wird in keinem Fall behindert, da auch hier wiederum gilt, daß der Pfändungsgläubiger nicht mehr Rechte pfänden kann als dem Schuldner zustanden<sup>183</sup>. Bei Pfändung des Auszahlungsanspruchs ist der Notar Drittschuldner und damit zur Abgabe der Drittschuldnererklärung nach § 840 ZPO verpflichtet<sup>184</sup>.

<sup>175</sup>Der BGH (DNotZ 1988/383) sah eine Amtspflichtverletzung des Notars in dem Umstand, daß der Notar es unterlassen hat, in der Hinterlegungsvereinbarung zu bestimmen, daß die Rückzahlung vom Vorliegen der Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung abhängig ist.

<sup>176</sup>BGH DNotZ 1985/633.

<sup>177</sup>Vgl. *Brambring* DNotZ 1990/615 (646); *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (156); *Volhard* DNotZ 1987/523 (541).

<sup>178</sup>Vgl. *Brambring* DNotZ 1990/615 (646); *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (156).

<sup>179</sup>Vgl. *Brambring* DNotZ 1990/615 (646).

<sup>180</sup>Siehe vorstehend Ziff. 4 a cc).

<sup>181</sup>Vgl. BGH DNotZ 1983/549.

<sup>182</sup>BGH DNotZ 1983/549.

<sup>183</sup>Vgl. BGH DNotZ 1985/633; *Brambring* DNotZ 1990/615 (646); *Hansmeyer* MittRhNotK 1989/149 (156).

<sup>184</sup>Vgl. *Brambring* DNotZ 1990/615 (646); anders *Volhard* DNotZ 1987/523 (547).

## **III. Anfechtungsgefahren nach der InsO**

Ist das Zwangsversteigerungsverfahren angeordnet, muß regelmäßig damit gerechnet werden, daß der Eigentümer zahlungsunfähig ist oder dessen Zahlungsunfähigkeit droht. Somit besteht immer der Verdacht, daß gemäß den Vorschriften der §§ 17 ff. InsO ein Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 16 InsO) gegeben ist.

Kommt es nach Abschluß des Kaufvertrages zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, hat dies zur Folge, daß der Kaufvertrag sowie die dinglichen Rechtshandlungen, die vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen wurden, nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 129 ff. InsO der Insolvenzanfechtung unterliegen. Die nach § 129 InsO erforderliche Gläubigerbenachteiligung braucht grundsätzlich nur mittelbar zu sein und liegt bereits darin, daß die Insolvenzmasse vermindert<sup>185</sup> oder die Zugriffsmöglichkeit für die Insolvenzgläubiger erschwert wird, was bei der Veräußerung von Grundbesitz grundsätzlich der Fall ist, da die Gegenleistung leichter verschleudert werden kann.

### **1. § 130 InsO: Kongruente Deckung**

Nach § 130 InsO ist die Anfechtung möglich, wenn der Käufer Insolvenzgläubiger ist und ihm durch die Grundstücksübertragung Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, auf welche er Anspruch hatte (kongruente Deckung). Zu denken ist an den Fall, daß der Käufer eine fällige Forderung gegen den Schuldner hat und dieser ihm zur Erfüllung der Forderung den Grundbesitz überträgt. Weitere Voraussetzung ist, daß die anfechtbare Rechtshandlung entweder in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder nach dem Eröffnungsantrag (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO) vorgenommen wurde und der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit bzw. den Eröffnungsantrag kannte. Gemäß § 130 Abs. 2 InsO steht dabei der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.

Als vorgenommen gilt die Rechtshandlung gemäß § 140 Abs. 1 InsO in dem Zeitpunkt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Bei mehraktigen Rechtsgeschäften kommt es damit sowohl für die objektiven als auch die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen<sup>186</sup> auf den letzten, das Rechtsgeschäft vollendenden Akt an. Ist zur Wirksamkeit des Kaufvertrages die Erteilung einer behördlichen oder privaten Genehmigung erforderlich, wird der maßgebliche Zeitpunkt damit auf deren Erteilung hinausgeschoben. Fehlt zum Eigentumserwerb des Käufers nur noch die Eintragung im Grundbuch, gilt die Auflassung als vorgenommen, sobald der Käufer den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat, sofern die Auflassung nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist (§ 140 Abs. 2 S. 1 InsO). Ist für den Käufer eine Auflassungsvormerkung eingetragen, tritt der Zeitpunkt der diesbezüglichen Antragstellung an Stelle des Antrags auf Eigentumsumschreibung (§ 130 Abs. 2 S. 2 InsO).

Wurde der Eintragungsantrag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Verkäufer gestellt, ist § 140 Abs. 2 InsO vom Wortlaut nicht anwendbar. Eine Anfechtung muß jedoch auch hier möglich sein<sup>187</sup>. Dogmatisch läßt sich dies entweder

<sup>185</sup>Vgl. *Huber* JuS 1998/830 (832).

<sup>186</sup>Vgl. *Huber* JuS 1998/830 (831).

<sup>187</sup>Siehe *Huber* JuS 1998/830 (832).

durch eine berichtigende Auslegung von § 140 Abs. 2 InsO oder von § 147 InsO erreichen. Hinsichtlich letzterer dadurch, daß auch bei einem Erwerb nach § 878 BGB die Anfechtung möglich ist<sup>188</sup>.

Wird der Eintragungsantrag dagegen erst nach der Insolvenzeröffnung gestellt, ist § 140 Abs. 2 InsO nicht anwendbar, so daß der Eigentumserwerb erst nach Insolvenzeröffnung vollendet ist. Hier ermöglicht die Vorschrift des § 147 Abs. 1 InsO die Anfechtung im Falle des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB i.V.m. § 91 Abs. 2 InsO.

## 2. Inkongruente Deckung

Anfechtbarkeit nach § 131 InsO ist gegeben, wenn der Käufer eine Insolvenzforderung gegen den Schuldner hat und durch die Grundstücksübertragung befriedigt wird, obwohl er darauf keinen Anspruch hatte. Wurde die anfechtbare Rechtshandlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen, ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder eine diesbezügliche Kenntnis des Käufers nicht erforderlich (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Wurde dagegen die Rechtshandlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen, ist weitere Anfechtungsvoraussetzung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder die Kenntnis des Käufers von der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO).

## 3. § 132 InsO: Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen

Bei Grundstücksveräußerungen dürfte der weitaus häufigste Anfechtungsstatbestand der des § 132 InsO sein. Danach ist ein Rechtsgeschäft anfechtbar, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt. Die weiteren objektiven und subjektiven Voraussetzungen des zeitlichen Rahmens und der Kenntnis des Käufers entsprechen der Vorschrift des § 130 InsO. Wird ein Grundstück zu einem weit unter dem im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr zu erzielenden Wert veräußert, liegt es nahe, daß sich für den Käufer der Schluß aufdrängt, daß dies nur deshalb erfolgt, weil der Verkäufer zahlungsunfähig ist. Fraglich ist nur, ob diese Schlußfolgerung zwingend i.S.v. § 132 Abs. 3 i.V.m. § 130 Abs. 2 InsO ist.

Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung liegt immer dann vor, wenn die Gläubiger durch die Rechtshandlung selbst benachteiligt werden<sup>189</sup>, beispielsweise wenn der Kaufpreis unter dem objektiven Grundstückswert liegt, da der Insolvenzmasse dadurch Aktivvermögen teilweise entzogen wird. Ist die Gegenleistung dagegen gleichwertig und gelangt diese unmittelbar in das Vermögen des Insolvenzschuldners, liegt ein sogenanntes Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO vor, das nur unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar ist. Um ein Bargeschäft handelt es sich dabei nicht nur, wenn der Leistungsaustausch Zug um Zug geschieht, sondern auch dann, wenn zwischen den Leistungen ein kurzer Zeitraum liegt<sup>190</sup>. Entscheidend ist, daß das Rechtsgeschäft nicht den Charakter eines Kreditgeschäfts hat<sup>191</sup>.

<sup>188</sup>Siehe dazu ausführlich *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl., 1996, § 80 V 1.

<sup>189</sup>Vgl. *Huber* JuS 1998/830 (832).

<sup>190</sup>Vgl. hinsichtlich dem von der Rechtsprechung zur KO entwickelten und in § 142 InsO übernommenen Begriff des Bargeschäfts RG 136/159 u. BGH NJW 1977/718.

<sup>191</sup>Vgl. *Huber* JuS 1998/830 (832).

Eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger ist auch nicht in dem Umstand zu sehen, daß sich der Käufer verpflichtet, aus dem Kaufpreis die dinglichen Gläubiger zu befriedigen. Da diese gemäß § 49 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind, könnten diese den Grundbesitz auch im Wege der Zwangsversteigerung verwerten. Die Erfüllung der entsprechenden Forderungen entzieht den Insolvenzgläubigern daher keine Masse, auf welche diese Zugriff hätten.

## 4. Strafbarkeit

Liegen die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit vor, besteht grundsätzlich die Gefahr, daß sich der Notar wegen Beihilfe zum Bankrott nach § 283 StGB oder zur Gläubigerbegünstigung nach § 283 c StGB strafbar macht. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts<sup>192</sup> kann sich der Notar schon dann nach § 283 Nr. 1 StGB strafbar machen, wenn er die Eintragung der Vormerkung veranlaßt, ohne daß die Zahlung des Kaufpreises gesichert ist. Folgt man dieser Entscheidung, wäre die Hinterlegung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto vor Eintragung der Auflassungsvormerkung unbedingt anzuraten<sup>193</sup>.

## 5. Sonstiges

Sind auch die weiteren Anfechtungsstatbestände der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung nach § 133 InsO oder der unentgeltlichen Leistung nach § 134 InsO nicht gegeben, ist der Eigentumserwerb des Käufers gemäß § 91 Abs. 2 InsO unter den Voraussetzungen des Erwerbsschutzes nach § 878 BGB oder des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB auch dann rechtsbeständig, wenn er sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollendet. Daneben ist auch nach der InsO die Vormerkung insolvenzfest (§ 106 Abs. 1 InsO).

## IV. Einstweilige Einstellung des Verfahrens

In dem Fall, daß der Termin zur Zwangsversteigerung auf einen Zeitpunkt angesetzt ist, zu dem mit der Durchführung der Lastenfreistellung nicht gerechnet werden kann, ist zu gewährleisten, daß die Versteigerung durch einstweilige Einstellung des Verfahrens verhindert wird. Die Einstellung erfordert gemäß § 30 ZVG die Bewilligung aller betreibenden Gläubiger<sup>194</sup>. Das Vollstreckungsgericht ist an diese gebunden und hat daraufhin das Verfahren einstweilen einzustellen (§ 30 Abs. 1 S. 1 ZVG). Ein Ermessen steht diesem nicht zu. Nach der Einstellung findet das Verfahren seinen Fortgang, wenn der Gläubiger einen entsprechenden Antrag auf Fortsetzung stellt (§ 31 Abs. 1 S. 1 ZVG). Hierbei ist zu beachten, daß das Verfahren von Amts wegen aufzuheben ist, wenn der Fortsetzungsantrag nicht binnen sechs Monaten gestellt wird (§ 31 Abs. 1 S. 2 ZVG).

Eine einstweilige Einstellung auf Antrag des Schuldners nach § 30 a ZVG dürfte regelmäßig ausscheiden, da diese an eine Notfrist von zwei Wochen gebunden ist (§ 30 b Abs. 1 S. 1 ZVG), welche mit Zustellung einer Belehrung über die Ein-

<sup>192</sup>RG DRiZ Nr. 315 S. 314.

<sup>193</sup>Der Entscheidung kann m. E. nur dann gefolgt werden, wenn die Eintragung einer Auflassungsvormerkung auch bei nicht vollstreckungsbefangenen Grundbesitz bei pflichtgemäßer Vertragsabwicklung von der Sicherung der Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird. Andernfalls kann dem Notar kein Vorwurf gemacht werden.

<sup>194</sup>Vgl. *Weirich* DNotZ 1989/143 (145).

stellungsmöglichkeit beginnt (§ 30 b Abs. 1 S. 2 ZVG) und grundsätzlich dem Schuldner bereits gleichzeitig mit dem Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet wird, zugestellt wird (§ 30 b Abs. 1 S. 3 ZVG).

Bei der Notwendigkeit einer einstweiligen Einstellung ist im Rahmen der Vertragsgestaltung daran zu denken, diese als weitere zusätzliche Voraussetzung für die Kaufpreisfälligkeit in die Kaufvertragsbedingungen mitaufzunehmen. Der Notar ist dann ferner zu beauftragen, die Gläubiger zu ersuchen, die Bewilligung zur einstweiligen Einstellung beim Vollstreckungsgericht einzureichen.

Eine einstweilige Einstellung kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn ein Gläubiger bereits zweimal die Einstellung bewilligt hat, da hier eine erneute Einstellungsbewilligung als Rücknahme des Versteigerungsantrags gilt (§ 30 Abs. 1 S. 2 ZVG). In diesem Fall kann nur versucht werden, daß das Vollstreckungsgericht mit Zustimmung der betreibenden Gläubiger die Terminbestimmung für eine bestimmte Zeit aussetzt. Ein solches Vorgehen ist im Zwangsversteigerungsgesetz zwar nicht geregelt, wird jedoch für zulässig gehalten<sup>195</sup>.

## V. Öffentliche Lasten

### 1. Allgemeines

Zur Lastenfreiheit des Grundstücks im weitesten Sinn gehört auch die Freiheit von öffentlichen Lasten. Wird im Kaufvertrag keine ausdrückliche Regelung über die Tragung der öffentlichen Lasten getroffen, gilt die gesetzliche Regelung des § 446 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Käufer alle nach Besitzübergang bzw. vorheriger Eigentumsumschreibung (§ 446 Abs. 2 BGB) fällig werdenden Lasten zu tragen hat. Diese gesetzliche Regelung betrifft jedoch nur das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Da das Wesen der öffentlichen Lasten gerade darin besteht, daß diese kraft öffentlichen Rechts auf dem Grundstück ruhen bzw. aus diesem zu entrichten sind<sup>196</sup>, haftet der Käufer im Außenverhältnis in seiner Eigenschaft als Grundstückseigentümer zwar nicht persönlich aber dinglich für rückständige öffentliche Lasten.

Ist über den Grundbesitz bereits das Zwangsversteigerungsverfahren angeordnet, ist eine diesbezügliche Sicherstellung des Käufers anzuraten, da bei der finanziell angespannten Situation des Verkäufers mit dem Bestehen von Rückständen gerechnet werden muß. Im Gegensatz zum Eigentumserwerb durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren bleiben die öffentlichen Lasten bei der freihändigen Veräußerung bestehen<sup>197</sup>. Auch scheidet ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb aus<sup>198</sup>. Eine Zusicherung des Verkäufers, daß alle durch Bescheid erhobenen öffentlichen Lasten bereits bezahlt sind<sup>199</sup>, dürfte in diesem Fall in der Regel praktisch wertlos sein. Bei der Gestaltung des Kaufvertrages sind im Hinblick auf eine Sicherung des Käufers bezüglich öffentlicher Lasten zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden, nämlich zum einen der Fall, daß wegen diesen die Zwangsversteigerung betrieben wird, und zum anderen, daß die Versteigerung deswegen nicht betrieben wird.

<sup>195</sup> Schmidt BWNNotZ 1992/35 (39).

<sup>196</sup> Palandt/Putzo § 436 Rdnr. 3; siehe hierzu auch Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 465 ff.

<sup>197</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 472.

<sup>198</sup> Siehe auch Weirich DNotZ 1989/143 (145 f.).

<sup>199</sup> Vgl. Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 472.

## 2. Betreibende Gläubiger

Soweit wegen öffentlicher Lasten die Zwangsversteigerung betrieben wird, fällt die Tilgung der geltend gemachten Beträge unter die Gewährleistung der Lastenfreistellung. Der Notar hat hier von den betreibenden Gläubigern hinsichtlich des Versteigerungsantrags die Rücknahmeerklärung anzufordern, gegebenenfalls unter der Treuhandaufgabe, daß hiervon erst dann Gebrauch gemacht wird, wenn die entsprechenden Beträge abgelöst sind. Insoweit muß die Ablösung aus dem Kaufpreis erfolgen (siehe hierzu oben C I 2 a).

## 3. Nichtbetreibende Gläubiger

Betreibt der Gläubiger insoweit die Versteigerung nicht, sind zwei verschiedene Vorgehensweisen denkbar. Zum einen könnte auch hier die Ablösung aus dem Kaufpreis vorgesehen werden. Diesen Weg schlägt Schmidt vor<sup>200</sup>. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Notar bei den jeweiligen Gläubigern die Höhe der Forderung in Erfahrung bringt und davon den Käufer mit der Fälligkeitsmitteilung in Kenntnis setzt.

Hält man sich vor Augen, daß unter die öffentlichen Lasten nicht nur sämtliche Erschließungskosten und Anliegerbeiträge nach dem BauGB und den kommunalen Abgabengesetzen fallen, sondern beispielsweise auch Grundsteuern, Abgaben zur Versorgung mit Wasser, Gas, Strom, Abfall- und Abwasserbeseitigung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung, Kaminkehrer sowie Beiträge zur Flurbereinigung, Wasser- und Bodenverbänden oder Zweckverbänden<sup>201</sup>, wird ersichtlich, daß zur Feststellung der jeweiligen Rückstände umfangreiche Ermittlungsarbeiten erforderlich wären. Solche sind vom Notar weder durchführbar noch sind sie ihm zumutbar.

Weirich<sup>202</sup> schlägt insoweit vor, durch Einsicht in die Versteigerungsakten festzustellen, welche öffentlichen Forderungen zum Verfahren angemeldet sind (§§ 37 Nr. 4, 42 ZVG). Durch diese Vorgehensweise können die entsprechenden Forderungen zwar relativ einfach ermittelt werden. Das Problem liegt allerdings darin, daß zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses oder der Fälligkeitsmitteilung in den wenigsten Fällen sämtliche Forderungen angemeldet sein werden. Die Sicherung des Käufers gegen die Geltendmachung weiterer Rückstände kann damit nur unvollständig erreicht werden. Weirich empfiehlt deshalb zusätzlich eine Anfrage bei den zuständigen Behörden, gegebenenfalls durch den Käufer mit entsprechender Vollmacht. In diesem Zusammenhang rät er ferner dazu, daß der Käufer bis unmittelbar vor Vollzugsreife des Vertrages einen angemessenen Restbetrag zurückbehält, damit nachträglich auftretende Lasten des Grundstücks noch abgelöst werden können.

Der Nachteil dieser Lösung liegt darin, daß nicht garantiert ist, daß zum Zeitpunkt der Vollzugsreife sämtliche Rückstände bekannt sind. Der Käufer ist somit nicht gegen die spätere Inanspruchnahme geschützt. Außerdem ist die Höhe des zurückzubehaltenden Betrages problematisch. Es müßten

<sup>200</sup> Schmidt BWNNotZ 1992/35 (39), siehe ferner das Formulierungsbeispiel S. 42; Schmidt beschränkt die Forderungsablösung dort jedoch auf Beiträge nach BauGB, KAG und Satzungsrecht, wodurch eine Lücke hinsichtlich der übrigen öffentlichen Lasten entsteht, beispielsweise Grundsteuern.

<sup>201</sup> Siehe hierzu: Zeller/Stöber ZVG § 10 Anm. 6; ausführlich Steiner/Hagemann ZVG § 10 Rdnr. 62 ff.; Reithmann/Albrecht/Basty a.a.O. Rdnr. 465 ff.

<sup>202</sup> Weirich DNotZ 1989/143 (145).

diesbezüglich zumindest grobe Schätzungen vorliegen. Bei Überschreitung des Betrages wäre der Käufer aber wiederum ungeschützt.

Stellt man nicht auf den Zeitpunkt der Vollzugsreife ab, sondern wählt einen gewissen Zeitraum nach dieser, zu dem regelmäßig mit der Geltendmachung von Rückständen gerechnet werden kann, vermindert sich zwar das Risiko einer Inanspruchnahme des Käufers, jedoch entstehen hierdurch weitere zusätzliche Schwierigkeiten. Wird der Vollzug der Auflassung bis zur Ablösung bzw. Zahlung des restlichen Kaufpreises hinausgeschoben, besteht die Gefahr, daß weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz eingeleitet werden. Diese sind aufgrund der Auflassungsvormerkung dem Käufer gegenüber zwar unwirksam (§ 883 Abs. 2 BGB), jedoch ist die Durchsetzung dieses Anspruchs für den Käufer mit zusätzlichen Kosten und nicht unerheblichem Zeitaufwand verbunden. Wird die Auflassung dagegen bei Vollzugsreife sofort vollzogen, erbringt der Verkäufer eine Vorleistung. Schutz dagegen könnte ihm durch die Hinterlegung des zurückgehaltenen Restkaufpreises auf ein Notaranderkonto gewährt werden. Dabei werden die vorgenannten Probleme jedoch nur verlagert.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, daß die Ablösung sämtlicher rückständiger öffentlicher Lasten aus dem Kaufpreis unpraktikabel ist. Von dieser Vorgehensweise ist deshalb abzuraten.

Eine sicherere und für die Vertragsabwicklung problemlosere Vertragsgestaltung stellt die vorherige Feststellung der Rückstände an öffentlichen Lasten durch die Beteiligten selbst dar. Die Vertragsteile sind vom Notar im Zuge der Vorbereitung des Vertrages dazu anzuhalten, bei der Gemeinde und den entsprechenden Behörden das Vorhandensein und die Höhe etwaiger Rückstände zu erfragen. Der Käufer hat sich dann im Kaufvertrag zu verpflichten, diese anstelle des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis zu tilgen. Darin liegt im Ergebnis eine Schuldübernahme bzw. Erfüllungsübernahme, durch die der Kaufpreis teilweise erbracht wird. Da die Erfüllungsübernahme zweckmäßigerweise sämtliche öffentlichen Lasten umfaßt, erübrigt sich auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit deren Einzelaufführung. Es reicht aus, wenn die Gesamtsumme der rückständigen öffentlichen Lasten im Vertrag beziffert wird.

Da diese Vorgehensweise voraussetzt, daß die Beteiligten in eigener Verantwortung die erforderlichen Auskünfte einholen, ist ein entsprechender Belehrungsvermerk in der Urkunde angebracht. Dieser könnte wie folgt lauten:

*„Die Beteiligten wurden vom Notar darüber belehrt, daß der Grundbesitz für öffentliche Lasten haftet. Dem Käufer ist nach seiner Angabe bewußt, daß er damit von den entsprechenden Gläubigern auch wegen rückständiger öffentlicher Lasten in Anspruch genommen werden kann, unbeschadet des Fortbestehens von Erstattungsansprüchen gegen den Verkäufer. Die Beteiligten erklären, daß sie bereits vor dem heutigen Vertragsschluß bei den zuständigen Behörden umfassende Auskünfte über das Bestehen und die Höhe der Rückstände eingeholt haben. Sollte die Gesamtsumme der Rückstände den in diesem Vertrag angegebenen Betrag übersteigen, ist der Verkäufer insoweit zur Tilgung bzw. Erstattung verpflichtet<sup>203</sup>.“*

<sup>203</sup>Die Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung höherer Rückstände erscheint sachgerecht, da diesem die genaue Höhe der Rückstände bekannt sein müßte.

## VI. Löschungskosten nachrangiger Rechte

Kommen im Rang nach der Auflassungsvormerkung Rechte Dritter zur Eintragung, kann der Käufer von dem vormerkungswidrig eingetragenen Berechtigten gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB die Zustimmung zur Löschung verlangen. Die Kosten für die Löschungsbewilligung hat der Inhaber des vormerkungswidrigen Rechts zu tragen<sup>204</sup>. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Kosten steht ihm nicht zu<sup>205</sup>. Die Kosten für den grundbuchrechtlichen Vollzug der Löschung hat dagegen der Vormerkungsberechtigte zu tragen<sup>206</sup>. Zwar steht diesem ein Ersatzanspruch gegen den Verkäufer zu (§§ 440, 434 BGB). Ist über den Grundbesitz aber bereits die Zwangsversteigerung angeordnet, dürfte dieser Anspruch in der Regel jedoch nicht durchsetzbar sein. Da bei Insolvenz des Verkäufers die Gefahr der Eintragung von Zwangssicherungshypotheken besonders groß ist, hat der Notar auf dieses Kostenrisiko hinzuweisen<sup>207</sup>.

Eine Sicherstellung des Käufers hinsichtlich der Löschungskosten wäre dadurch denkbar, daß der Käufer einen bestimmten Teil des Kaufpreises bis zur Eigentumsumschreibung zurückbehält. Um die darin liegende Vorleistung des Verkäufers zu vermeiden, könnte die Zahlung dieses Teilbetrages auf ein Notaranderkonto vereinbart werden. Das Problem dieser Gestaltung liegt wie bei der oben behandelten Freistellung von öffentlichen Lasten darin, daß die Höhe der eventuellen Löschungskosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststeht.

## VII. Rücktrittsrecht

Gemäß § 434 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Grundbesitz frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Werden eingetragene Belastungen vom Verkäufer nicht beseitigt, steht dem Käufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach § 440 Abs. 1 i. V. m. § 326 BGB bzw. § 440 Abs. 1 i. V. m. § 325 BGB zu. Gleichwohl empfiehlt sich die Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts für den Fall, daß die Lastenfreistellung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gesichert und die Kaufpreisfälligkeit nicht gegeben ist<sup>208</sup>. Andernfalls wäre der Käufer auf eine Inverzugsetzung und Nachfristsetzung i. S. v. § 326 BGB verwiesen. Zudem kann durch ein vertragliches Rücktrittsrecht auch ein etwaiger Streit über das Vorliegen der Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts vermieden werden.

Die Vorschriften des gesetzlichen Rücktrittsrechts §§ 327, 346 ff. BGB begründen keinen Anspruch des Käufers auf Erstattung der Vertragskosten und sonstiger Aufwendungen, beispielsweise der Kosten für die Eintragung der Auflassungsvormerkung und von Finanzierungsgrundpfandrechten. Insbesondere handelt es sich dabei nicht um ersatzfähige Verwendungen i. S. v. §§ 347, 994 ff. BGB<sup>209</sup>. Auch wird eine

<sup>204</sup>So die h. M.; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 1526, *Reithmann/Albrecht/Basty* a. a. O. Rdnr. 378, *Staudinger/Gursky* BGB § 888 Rdnr. 43.

<sup>205</sup>*Staudinger/Gursky* BGB § 888 Rdnr. 43.

<sup>206</sup>*Reithmann/Albrecht/Basty* a. a. O. Rdnr. 378.

<sup>207</sup>Anders *Reithmann/Albrecht/Basty* a. a. O. Rdnr. 378, die eine Pflicht zur Belehrung verneinen. Dies wird aber wohl nur für den Fall gelten, daß die Zwangsversteigerung noch nicht angeordnet ist.

<sup>208</sup>Vgl. *Schmidt* BWNotZ 1992/35 (41).

<sup>209</sup>BGH NJW 1985/2697; *Staudinger/Kaiser* BGB § 347 Rdnr. 98; *MünchKommBGB-Janßen* § 346 Rdnr. 13; *Palandt/Heinrichs* § 347 Rdnr. 10.

analoge Anwendung der Vorschrift des § 467 S. 2 BGB von der h. M. abgelehnt<sup>210</sup>. Damit kommt allenfalls ein Anspruch nach c.i.c. in Betracht<sup>211</sup>.

Beim vertraglichen Rücktrittsrecht ist deshalb die entsprechende Kostentragungspflicht zu vereinbaren<sup>212</sup>. Da bei Insolvenz des Verkäufers aber damit zu rechnen ist, daß dieser Anspruch nicht durchsetzbar ist, sollte der Käufer darauf hingewiesen werden<sup>213</sup>.

## VIII. Löschungsbewilligung des Eigentümers

Da bei versteigerungsbefangenen Grundbesitz eine nicht unerhebliche Gefahr besteht, daß bis zur Eigentumsumschreibung auf den Käufer Zwangssicherungshypotheken zur Eintragung gelangen, ist im Rahmen der Lastenfreistellung darauf zu achten, daß der Verkäufer seine zur Löschung erforderliche Zustimmung (§ 1183 BGB) auch auf solche Rechte erstreckt, die erst nach Vertragsschluß zur Entstehung kommen.

## IX. Dienstbarkeiten

### 1. Eintragung entsprechender Vormerkungen

Bei einem Kaufvertrag über Teilflächen werden häufig Geh- und Fahrtrechte sowie weitere Dienstbarkeiten zur Sicherung der Ver- und Entsorgung benötigt. Die Auflassungsvormerkung sichert lediglich den Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers. Werden deshalb an der nicht veräußerten Restfläche Dienstbarkeiten bestellt, ist es ratsam, den Anspruch auf Bestellung der entsprechenden Dienstbarkeiten durch Eintragung von Vormerkungen zu sichern, um eine Verschlechterung der Rangposition durch die mögliche zwischenzeitliche Eintragung von Zwangssicherungshypotheken zu verhindern. Da der Berechtigte der Vormerkung nicht mit dem späteren Inhaber des vorgemerkten Rechts identisch sein muß, kann auch bei einer Vormerkung auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit der Käufer Vormerkungsberechtigter sein<sup>214</sup>.

### 2. Vorrangeinräumung

Sollen Dienstbarkeiten auf dem im Eigentum des Verkäufers verbleibenden Grundbesitz zur Eintragung gelangen, ist darüber hinaus sicherzustellen, daß die das Versteigerungsverfahren betreibenden dinglichen Gläubiger der Vormerkung Vorrang vor ihrem Recht einräumen. Damit fällt die Vormerkung im Falle der Versteigerung ins geringste Gebot und bleibt bestehen (§ 52 Abs. 1 S. 1, 44 Abs. 1 ZVG). Andernfalls würde die Vormerkung nach den Versteigerungsbedingungen erlöschen (§§ 91 Abs. 1, 52, 45 Abs. 1, 44 Abs. 1 ZVG).

## 3. Abweichende Versteigerungsbedingungen

Wird das Versteigerungsverfahren auch von persönlichen Gläubigern betrieben, scheidet die Sicherung des Käufers diesen gegenüber durch eine Vorrangeinräumung der Vormerkung aus. Diese ist vielmehr dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam (§ 23 Abs. 1 S. 1 ZVG i.V.m. §§ 136, 135 BGB) und erlischt mit dem Zuschlag (§§ 91 Abs. 1, 52, 45 Abs. 1, 44 Abs. 1 ZVG).

Das Fortbestehen der Vormerkung kann hier nur durch eine abweichende Feststellung des geringsten Gebots gemäß § 59 ZVG<sup>215</sup> erreicht werden. Einen diesbezüglichen Antrag kann jeder Beteiligte i.S.v. § 9 ZVG stellen (§ 59 Abs. 1 S. 1 ZVG) und damit auch der Eigentümer (§ 9 S. 1 ZVG) und Käufer nach Eintragung seiner Vormerkung und entsprechender Anmeldung (§ 9 Nr. 2 ZVG). Der Antrag ist spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten zu stellen (§ 59 Abs. 1 S. 1 ZVG). Wird durch den Fortbestand der Vormerkung das Recht eines anderen Beteiligten beeinträchtigt, ist gemäß § 59 Abs. 1 S. 3 ZVG dessen Zustimmung erforderlich. Die Beeinträchtigung braucht dabei nicht materieller Art zu sein, sondern kann auch in einer wirtschaftlichen Schädigung liegen, insbesondere darin, daß ein Berechtigter aus dem Versteigerungserlös eine geringere Zuteilung erhält als bei den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen<sup>216</sup>.

Ist zweifelhaft, ob eine Beeinträchtigung erfolgt, ist das Grundstück mit und ohne der verlangten Abweichung auszubieten (§ 59 Abs. 2 ZVG). Es hat ein Doppelausgebot zu erfolgen. Dabei hat bei der Entscheidung, welches Ausgebot den Zuschlag erhält, grundsätzlich das Meistgebot mit den abweichenden Versteigerungsbedingungen den Vorrang. Wird niemand in seinen Rechten beeinträchtigt, ist diesem der Zuschlag zu erteilen. Im Fall der Beeinträchtigung kann der Zuschlag nur mit Zustimmung des Beeinträchtigten erfolgen (§ 59 Abs. 1 S. 3 ZVG). Liegt diese nicht vor, erfolgt der Zuschlag auf das Meistgebot mit den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen<sup>217</sup>.

Bei einer Belastung des Grundstücks mit Dienstbarkeiten kann einerseits nie ausgeschlossen werden, daß Bietinteressenten geringere Gebote abgeben. Da aber bei einer Belastung mit Dienstbarkeiten, insbesondere für Ver- und Entsorgungsleitungen, regelmäßig nur geringe Beeinträchtigungen des Eigentümers des dienenden Grundstücks bestehen, kann andererseits auch nicht ausgeschlossen werden, daß diese bei einem regen Bietinteresse auf die Höhe der Gebote keinen Einfluß haben. Damit steht grundsätzlich nicht fest, ob die Rechte eines Beteiligten beeinträchtigt sind. Es wird somit regelmäßig ein Doppelausgebot durchzuführen sein, sofern nicht die Zustimmung all derjenigen vorliegt, die möglicherweise durch das Bestehenbleiben der Dienstbarkeit beeinträchtigt sind.

## 4. Gestaltung des Kaufvertrages

Für die Gestaltung des Kaufvertrages bedeutet dies, daß als weitere Voraussetzung für die Kaufpreisfälligkeit dem Notar die Zustimmung derjenigen vorliegen muß, deren Beeinträch-

<sup>210</sup>BGH NJW 1985/2697; *Staudinger/Kaiser* BGB § 347 Rdnr. 98; *MünchKommBGB-Janßen* § 346 Rdnr. 13; *Palandt/Heinrichs* § 347 Rdnr. 10.

<sup>211</sup>BGH NJW 1985/2697; *Staudinger/Kaiser* BGB § 347 Rdnr. 98; *Palandt/Heinrichs* § 347 Rdnr. 10; *MünchKommBGB-Janßen* § 346 Rdnr. 13 zieht dem Umweg über c.i.c. die analoge Anwendung von § 467 S. 2 BGB vor.

<sup>212</sup>Nach *MünchKommBGB-Janßen* § 346 Rdnr. 13 kommt beim vertraglichen Rücktrittsrecht ein Ersatz der Vertragskosten nicht in Betracht, wenn keine ausdrückliche diesbezügliche Regelung getroffen wurde.

<sup>213</sup>Vgl. *Schmidt* BWNNotZ 1992/35 (41).

<sup>214</sup>Vgl. *Reithmann/Albrecht/Basty* a.a.O. Rdnr. 378.

<sup>215</sup>Vgl. *Zeller/Stöber* ZVG § 59 Anm. 2; *Steiner/Storz* ZVG § 59 Rdnr. 32; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 295.

<sup>216</sup>Vgl. *Zeller/Stöber* ZVG § 59 Anm. 4.2; *Steiner/Storz* ZVG § 59 Rdnr. 33 u. 44.

<sup>217</sup>Siehe hierzu ausführlich: *Zeller/Stöber* ZVG § 59 Anm. 6.2; *Steiner/Storz* ZVG § 59 Rdnr. 46 ff.; *Stöber/Zeller* HRP Rdnr. 297.

tigung durch die abweichenden Versteigerungsbedingungen nicht ausgeschlossen werden kann. Die Gefahr der Beeinträchtigung besteht für alle Berechtigten, die den Rechten, welche nach den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen ins geringste Gebot fallen und damit bestehenbleiben, im Rang nachgehen, da durch ein geringeres Meistgebot mit einem Ausfall gerechnet werden muß. Damit ist die Zustimmung aller dinglich Berechtigter erforderlich, die der Vormerkung im Rang vorgehen und zugleich dem bestrangig betreibenden Gläubiger im Rang nachgehen<sup>218</sup>. Daneben ist die Zustimmung aller Gläubiger nötig, die aus einem persönlichen Anspruch die Versteigerung betreiben, sofern die Anordnung bzw. der Beitritt zum Verfahren vor Eintragung der Vormerkung wirksam geworden ist.

Dagegen scheidet eine Beeinträchtigung derjenigen persönlichen Gläubiger aus, deren Beitritt erst nach Eintragung der Vormerkung wirksam geworden ist, da deren Beitritt dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam ist (§ 883

---

<sup>218</sup>Vgl. *Zeller/Stöber ZVG § 59 Anm. 7.1*; *Steiner/Storz ZVG § 59 Rdnr. 33*.

Abs. 2 BGB). Das Gleiche gilt für nachrangig eingetragene dinglich Berechtigte. So bestimmt auch § 59 Abs. 3 ZVG, daß beim Fortbestehen eines Rechts, das nach § 52 ZVG erlöschen würde, die Zustimmung eines nachstehend Beteiligten nicht erforderlich ist<sup>219</sup>.

Da sich das geringste Gebot nach dem bestrangig betreibenden Gläubiger richtet (§ 44 Abs. 1 ZVG) und bei einem Versteigerungsverfahren immer damit gerechnet werden muß, daß dinglich Berechtigte auch nach Eintragung der Vormerkung dem Verfahren beitreten, stehen die bestehenbleibenden Rechte nach der Bestimmung des § 44 Abs. 2 ZVG erst vier Wochen vor dem Versteigerungstermin fest.

Dies bedeutet für die Kaufpreisfälligkeit, daß rein vorsorglich die Zustimmung zu den abweichenden Versteigerungsbedingungen von allen Grundpfandrechtsgläubigern und denjenigen dinglich Berechtigten der Abt. II vorliegen muß, die dem erstrangigen Grundpfandrechtsgläubiger im Rang nachgehen und deshalb bei dessen Beitritt erlöschen würden.

---

<sup>219</sup>Siehe hierzu auch ausführlich *Zeller/Stöber ZVG § 59 Anm. 7. 1*.

# Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich\*

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Dr. Ludwig Bergschneider, München

## I. Allgemeines, Auskunft

### 1. Grundsätzliche Überlegungen bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

a) Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich sind im Gesetz in § 1408 Abs. 2 BGB für den *Ehevertrag* und in § 1587o BGB für die *Scheidungsvereinbarung* vorgesehen.

b) Sowohl bei Eheverträgen als auch bei Scheidungsvereinbarungen sollte gegenüber tiefer in die Struktur des Versorgungsausgleichs eingreifenden Vereinbarungen äußerste *Zurückhaltung* geübt werden. Solche tiefergehenden Vereinbarungen sollte ohnedies nur derjenige konzipieren, der den Versorgungsausgleich bis in die letzten Verästelungen kennt und damit die Auswirkungen so genau kalkulieren kann wie dies heute überhaupt möglich ist. Auch wird die dafür erforderliche eigene Orientierung und die Beratung des Mandanten oft nicht ohne die Beiziehung eines *Rentenberaters* möglich sein.

Schließlich muß auf Grund der sich immer deutlicher abzeichnenden Krise des Umlageverfahrens mit einer weitreichenden Änderung unseres derzeit stark von der Altersstruktur abhängigen Rentensystems gerechnet werden, ganz abgesehen von der laufenden Änderung der Sozialgesetze. Aus diesen Gründen sind die Auswirkungen, die Vereinbarungen insbesondere über *gesetzliche Renten* in Jahrzehnten haben werden, wohl kaum vorhersehbar. In den Auswirkungen gilt das gleiche für die *Betriebsrenten* und *andere Versicherungen*; welche Entwicklungen einzelne von ihnen und sie insgesamt nehmen werden, ist völlig ungewiß. Eine Regelung, die heute sinnvoll oder vorteilhaft erscheint, kann in Jahren oder Jahrzehnten auf Grund der bis dahin eingetretenen wirtschaftlichen und politischen Entwicklung gerade das Gegenteil dessen bewirken, was die Parteien erreichen wollten. Die späteren Auslegungsschwierigkeiten, die insbesondere bei Eheverträgen eine mit den heutigen Begriffen und der heutigen Systematik arbeitende Vereinbarung aufwirft, sind dabei noch gar nicht berücksichtigt. Bei derartigen Vereinbarungen ist deshalb dringend zu einem *Haftungsausschluß* zu raten.

c) Die *Praxis* hat deshalb aus dieser Situation ihre Konsequenzen in der Weise gezogen, daß Vereinbarungen, die tief in die Struktur des Versorgungsausgleichs eingreifen, kaum vorkommen.

Das heißt aber nicht, daß Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen generell uninteressant und/oder unkalkulierbar sind. Deshalb sollte der Rechtsanwalt und der Notar in erster Linie Gestaltungen mit einfach zu ermittelnden zeitlichen und gegenständlichen *Beschränkungen* von Versorgungsansprüchen und *Ersetzungen* einer Ausgleichsform durch eine andere konzipieren.

\* Bei dem nachstehenden Text handelt es sich um einen Auszug aus dem Buch von Dr. Ludwig Bergschneider, Verträge in Familiensachen – Verträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, FamRZ – Buch 9, 256 Seiten, DM 68,-, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Gieseking Verlags.

### 2. Besonderheiten beim Ehevertrag und der Scheidungsvereinbarung

Sowohl der Ehevertrag gemäß § 1408 Abs. 2 BGB als auch die Scheidungsvereinbarung gemäß § 1587o BGB haben je eine *Besonderheit*: § 1408 Abs. 2 BGB enthält eine *Sperrfrist* von einem Jahr, § 1587o BGB das Erfordernis einer gerichtlichen *Genehmigung*.

Abgesehen von den Folgerungen, die sich aus diesen beiden Besonderheiten ergeben, gilt für Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen für die Praxis weitgehend das gleiche. Da mit Regelungen über den Versorgungsausgleich in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen regelmäßig auch das gleiche wirtschaftliche Ziel verfolgt wird, werden sie nachfolgend gemeinsam behandelt.

### 3. Auskunft

Bei vielen Scheidungsvereinbarungen, manchmal auch bei Eheverträgen, wird die Kenntnis der Höhe der beiderseitigen Anwartschaften von Bedeutung sein. Unter den Voraussetzungen des § 109 Abs. 3 SGB VI besteht die Möglichkeit, *außerhalb* eines Ehescheidungsverfahrens Auskunft über die beiderseitigen Versorgungsansprüche zu erhalten. Versicherte können nämlich von ihrem Versicherungsträger (§§ 125 ff. SGB VI) Auskunft über die Höhe der auf die Ehezeit entfallenden Rentenansprüche verlangen und zwar sowohl ihrer eigenen Rentenansprüche als auch – unter weiteren Voraussetzungen – der Rentenansprüche des Ehegatten.

## II. Allgemeine Vorschriften

### 1. Form, Zeitpunkt

a) Für die Form gelten § 1410 BGB und § 1587o Abs. 2 S. 1 und 2 BGB. Das heißt, sie sind *notariell* zu beurkunden. Bei beiden ist eine *Vertretung* zulässig. Bei einem Ehevertrag im Sinne von § 1408 Abs. 2 S. 1 ist die *gleichzeitige Anwesenheit* beider Parteien erforderlich; dies gilt auch für den Abschluß einer Vereinbarung über den Versorgungsausgleich. Bei einer *Scheidungsvereinbarung* im Sinne von § 1587o BGB genügt die *sukzessive* Form. In beiden Fällen wird die Form durch die Aufnahme eines Vergleichs in das Gerichtsprotokoll gewahrt (§§ 127a, 1587o Abs. 2 S. 2 BGB), wobei *Anwaltszwang* besteht<sup>1</sup>.

b) Bereitet man eine vertragliche Regelung des Versorgungsausgleichs vor, wird man regelmäßig *bestrebt* sein, sie nach Möglichkeit als *Ehevertrag* zu konzipieren, weil man ihre Wirksamkeit dann nicht von der Genehmigung des Familiengerichts abhängig macht. Da gerade in Ehesachen die Dinge oft ganz anders kommen als man denkt, wird dies auch für diejenigen Fälle gelten, in denen mit der Einreichung des Scheidungsantrags innerhalb der Jahresfrist i.S. von § 1408 Abs. 2 S. 1 BGB zu rechnen ist. Sinnvoll kann eine versorgungsausgleichsrechtliche Regelung in der Form des Ehever-

<sup>1</sup> BGH FamRZ 91, 679 für Scheidungsvereinbarung.

trags daher bis unmittelbar vor Einreichung des Scheidungsantrags sein, eventuell sogar noch während des Ehescheidungsverfahrens, wenn der Scheidungsantrag anschließend zurückgenommen werden soll<sup>2</sup>.

Hier ist regelmäßig eine *Auffangregelung* des Inhalts vorzusehen, daß die ehevertragliche Regelung hilfsweise als *Scheidungsvereinbarung* gelten soll. Die automatische *Umdeutung* eines wegen der Jahresfrist unwirksam gewordenen Ehevertrags in eine Scheidungsvereinbarung ist nach allgemeiner Ansicht nicht möglich<sup>3</sup>.

#### **Muster Versorgungsausgleich 1 (Auffangregelung):**

*Sollte die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich durch die Einreichung eines Scheidungsantrags innerhalb eines Jahres ab heute gemäß §1408 Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam sein, soll sie als Vereinbarung gemäß § 1587o BGB gelten.*

c) Im Ehevertrag und in der Scheidungsvereinbarung muß der Versorgungsausgleich *ausdrücklich* erwähnt werden, wenn er geregelt werden soll. Eine Vereinbarung, in der es beispielsweise nur heißt, daß sämtliche gegenseitigen Ansprüche – gleich aus welchem Rechtsgrund – *abgegolten* seien, beinhaltet keinen gegenseitigen Verzicht auf den Versorgungsausgleich<sup>4</sup>.

d) Scheidungsvereinbarungen können schon *vor* Einreichung des Scheidungsantrags geschlossen werden sowie *während* der gesamten Dauer des *Scheidungsverfahrens* bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich<sup>5</sup>. Auch in einem *Abänderungsverfahren* gemäß § 10a VAHRG kann eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich geschlossen werden<sup>6</sup>.

e) Jedoch ist bei allen *öffentlich-rechtlichen Ausgleichsformen* nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich, die konstitutive Wirkung hat und nicht mehr rückgängig zu machen ist, eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich nicht mehr möglich.

Das gilt also in den Fällen des Splittings, Quasi-Splittings, der Realteilung und des erweiterten Ausgleichs nach § 3b Abs. 1 Nr. 1 VAHRG, aber auch soweit auf Grund einer Vereinbarung oder einer angeordneten Beitragszahlung nach § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG tatsächlich schon Beiträge entrichtet worden sind.

Bei *anderen Ausgleichsformen* sind Vereinbarungen möglich und können dann formfrei und genehmigungsfrei geschlossen werden. Dies gilt vor allem für Vereinbarungen über den *schuldrechtlichen Versorgungsausgleich*, aber auch z. B. für eine nachträgliche Vereinbarung über die Erstattung der vom Verpflichteten gezahlten Beiträge durch den berechtigten Ehegatten oder eine Modifizierung der getroffenen Beitragsregelung<sup>7</sup>, auch für Abänderungen von Entscheidungen nach § 1587b Abs. 4 BGB<sup>8</sup>, nicht jedoch, wenn die Beiträge nach einer Entscheidung gemäß § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG bereits abgeführt sind<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> OLG Hamm FamRZ 1995, 41.

<sup>3</sup> Borth VIII Rdnr. 14.

<sup>4</sup> BGH FamRZ 1989, 1062.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 285.

<sup>6</sup> Borth VIII Rdnr. 5.

<sup>7</sup> BayObLG FamRZ 1981, 560.

<sup>8</sup> *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 8.

<sup>9</sup> *Both* VIII Rdnr. 3.

## **2. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen**

a) Auch bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich gelten die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen<sup>10</sup>. Es sind also die allgemeinen Vorschriften über *Anfechtung*<sup>11</sup>, *gesetzliche Verbote*, *Sittenwidrigkeit* usw. zu beachten (§§ 119, 123, 134, 138 BGB).

b) Auch eine Änderung und ein Wegfall der *Geschäftsgrundlage* können in Betracht kommen. So kann die in einem Ehevertrag enthaltene Verzichtvereinbarung zum Versorgungsausgleich ab der Geburt des ersten Kindes wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage unwirksam sein, wenn eine ausreichende Alterssicherung des kindererziehenden Partners nicht gegeben ist<sup>12</sup>. Für eine Scheidungsvereinbarung hat der BGH<sup>13</sup> den Wegfall der Geschäftsgrundlage in einem Fall angenommen, in dem die bereits geschiedenen Eheleute auf (den abgetrennten) Versorgungsausgleich verzichteten, weil sie wieder heiraten wollten und auch heirateten. Als die Ehe erneut geschieden wurde, führte das Familiengericht den Versorgungsausgleich trotz des im Anschluß an die erste Scheidung erklärten Verzichts durch.

c) In besonderen Ausnahmefällen kann auch die nicht zutreffende *Belehrung* durch einen Notar<sup>14</sup> oder einen Rechtsanwalt zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führen.

## **3. Bedingung, Rücktritt**

Die Regelung über den Versorgungsausgleich kann auch an eine Bedingung geknüpft oder mit einem Rücktrittsrecht verbunden werden.

Im Hinblick auf die regelmäßig *konstitutive Wirkung* einer Entscheidung über den Versorgungsausgleich<sup>15</sup> kann der Eintritt der Bedingung bzw. die Erklärung des Rücktritts nur bis zur Rechtskraft dieser Entscheidung erfolgen.

## **4. Teilunwirksamkeit**

a) Da die Wirksamkeit von Eheverträgen wegen der Jahresfrist und von Scheidungsvereinbarungen wegen der Genehmigungsbedürftigkeit oft unsicher ist, sollte der *Vorsorge* für den Fall einer Teilunwirksamkeit des Vertrages gemäß § 139 BGB besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Die üblichen *salvatorischen Klauseln* werden oft nicht dem wirklichen Willen der Parteien entsprechen, besonders wenn der Beschränkung des Versorgungsausgleichs als sog. Paketlösung ein Äquivalent beispielsweise beim Unterhalt oder bei der Vermögensauseinandersetzung gegenübersteht.

#### **Muster Versorgungsausgleich 2 (Teilunwirksamkeit)**

*Sollte die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich durch die Einreichung eines Scheidungsantrags innerhalb eines Jahres ab heute oder durch die Verweigerung der gerichtlichen Genehmigung unwirksam sein, so soll auch die Vereinbarung bezüglich des Ehegattenunterhalts nicht gelten; an ihre Stelle treten die Vorschriften über den gesetzlichen Ehegattenunterhalt.*

<sup>10</sup> Zur Sittenwidrigkeit vgl. OLG Köln, FamRZ 1997, 1539 und OLG Frankfurt, FamRZ 1997, 1540.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 953.

<sup>12</sup> OLG München FamRZ 1995, 95; zweifelhaft nach BGH FamRZ 1996, 1536; vgl. auch OLG Frankfurt a.a.O.

<sup>13</sup> FamRZ 1994, 96.

<sup>14</sup> OLG Frankfurt FamRZ 1983, 176.

<sup>15</sup> Siehe oben Rdnr. 679 ff.

b) Besonders zu bedenken sind die Folgen, die sich dann ergeben, wenn die Unwirksamkeit des Versorgungsausgleichs auch zur Unwirksamkeit der gleichzeitig vereinbarten *Gütertrennung* führen soll. Wie soll dann güterrechtlich die Zeit zwischen dem Abschluß der Vereinbarung und der Einreichung des Scheidungsantrags behandelt werden, was geschieht mit der bereits erbrachten Leistung auf den Zugewinnausgleich, was mit Rechtsgeschäften im Sinne von §§ 1365 ff. BGB usw.?

## 5. Ehevertrag, Scheidungsvereinbarung und § 10a VAHRG

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich und zwar sowohl Eheverträge i.S. von § 1408 Abs. 2 BGB als auch Scheidungsvereinbarungen i.S. von § 1587o BGB können durch das Familiengericht gemäß § 10a Abs. 9 VAHRG abgeändert werden, wenn die Ehegatten die Abänderung nicht *ausgeschlossen* haben.

## III. Inhalt von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

### 1. Grenzen der Vereinbarung

Weder durch einen Ehevertrag noch durch eine Scheidungsvereinbarung der Parteien können unmittelbar oder mittelbar Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung *übertragen* oder *begründet* werden. Für Scheidungsvereinbarungen steht dies ausdrücklich in § 1587o Abs. 1 S. 2 BGB; für Eheverträge gilt jedoch das gleiche. Die Übertragung oder Begründung von Anwartschaften kann nur durch eine *gerichtliche Entscheidung* geschehen. Dadurch soll verhindert werden, daß derartige Vereinbarungen als Manipulation zu Lasten der Sozialversicherung und der Träger einer Beamtenversorgung mißbraucht werden. Auch Vereinbarungen, die eine Überschreitung der *Höchstbetragsgrenze* i.S. von § 1587b Abs. 5 BGB, eine höhere *Ausgleichsquote* als die Hälfte oder den Einbezug von *außerhalb der Ehezeit* erworbenen Anrechten vorsehen oder – was oft übersehen wird – zur Folge haben können, sind nicht zulässig<sup>16</sup>.

### 2. Altersvorsorgeunterhalt

Bei einer Minderung und ganz besonders bei einem Verzicht auf Versorgungsausgleich sollte klargestellt werden, ob damit auch der Verzicht auf Altersvorsorgeunterhalt i.S. von § 1578 Abs. 3 BGB erfaßt wird<sup>17</sup>.

### 3. Ausschluß des Versorgungsausgleichs

a) Beim *Ehevertrag* ist der völlige Ausschluß des Versorgungsausgleichs grundsätzlich zulässig und nach allgemeiner Meinung nicht schon deshalb sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig, weil der Verzichtende möglicherweise im Falle des Alters oder der Invalidität der Sozialhilfe anheimfallen könnte<sup>18</sup>. Ansonsten sind für den Totalverzicht die allgemeinen Voraussetzungen maßgebend<sup>19</sup>.

b) Bei der *Scheidungsvereinbarung* sind die Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Verzichts wegen der Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 1587o Abs. 2 S. 3 BGB strenger zu beurteilen als beim Ehevertrag<sup>20</sup>.

aa) *Grundsätzlich* ist aber auch hier ein Verzicht *zulässig*<sup>21</sup>. Dabei ist in erster Linie an eine sog. Paketlösung zu denken, bei der dem vollständigen oder teilweisen Verzicht auf Versorgungsausgleich ein Äquivalent beispielsweise bei Unterhalt oder der Vermögensauseinandersetzung gegenübersteht<sup>22</sup>. Eine solche Paketlösung ist ausdrücklich in § 1587o Abs. 2 S. 4 BGB erwähnt.

bb) Selbst ein *entschädigungsloser* Verzicht ist nicht grundsätzlich genehmigungsunfähig<sup>23</sup>. Hier kommen in der Praxis insbesondere solche Fälle vor, in denen die auszugleichende Anwartschaft gering oder unsicher ist oder eine atypische Situation vorliegt.

#### Beispiele:

- der auszugleichende Betrag ist geringfügig,
- die Ehezeit war sehr kurz,
- die Trennungszeit war lang,
- beide Ehegatten haben in der Ehe durchgehend Anwartschaften erworben und ehebedingte Nachteile in ihrer Versorgung nicht erlitten,
- geringfügige Zeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung sind ungeklärt,
- es besteht Streit über die Einbeziehung oder die Bewertung atypischer oder ausländischer Versorgungsanrechte,
- ein Ausschluß gemäß § 1587c BGB könnte in Erwägung gezogen werden, aber nicht alle Voraussetzungen für eine grobe Unbilligkeit liegen vor<sup>24</sup>,
- die ausgleichspflichtige Ehefrau war während der Betreuung kleiner Kinder erwerbstätig.

In einigen dieser Fälle wird allerdings kein völliger, sondern nur ein teilweiser Verzicht in Frage kommen. Insgesamt ist meist eine recht großzügige Praxis der Familiengerichte zu beobachten, insbesondere, wenn die Anwälte einen umfassenden Rechtsmittelverzicht signalisieren.

#### *Muster Versorgungsausgleich 3 (Verzicht):*

*Die Parteien verzichten hiermit auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs, weil die Ehefrau trotz der Betreuung der Kinder vollzeiterwerbstätig war und der Ehemann durch Lebensversicherungen, die wegen der zwischen den Parteien vereinbarten Gütertrennung nicht auszugleichen sind, für sein Alter vorgesorgt hat. Sie nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig an und beantragen schon jetzt, diesen Verzicht familiengerichtlich zu genehmigen.*

### 4. Teilweiser Ausschluß des Versorgungsausgleichs

a) Von allen Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich kommt in der *Praxis* dem teilweisen Ausschluß die größte Bedeutung zu, also der Regelung, daß nicht beiderseits die volle Ausgleichsbilanz in den Versorgungsausgleich einbezogen wird. Bei einer solchen Vereinbarung dürfte sich die aus-

<sup>16</sup> Gute Darstellung bei *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 16 ff.

<sup>17</sup> Unentschieden in BGH FamRZ 1992, 1045.

<sup>18</sup> Vgl. *Langenfeld* Rdnr. 579.

<sup>19</sup> Siehe oben Rdnr. 683 ff.

<sup>20</sup> Zu den Genehmigungsvoraussetzungen siehe unten Rdnr. 758 ff.

<sup>21</sup> BGH FamRZ 1982, 473.

<sup>22</sup> Vgl. BGH FamRZ 1987, 467.

<sup>23</sup> BGH FamRZ 1982, 471; *Borth VIII* Rdnr. 22.

<sup>24</sup> BGH FamRZ 1982, 688.

drückliche *Bezeichnung* als Verzicht und die ausdrückliche Annahme des Verzichts erübrigen, wenn sich dies eindeutig aus ihrem Sinn ergibt. Zu beachten ist jedoch, dies sei wiederholt, daß es zu keiner Erhöhung der Ausgleichsquote im Wertausgleich (§ 1587b Abs. 1 und Abs. 2 BGB, § 1 Abs. 2 und Abs. 3 und § 3b Abs. 1 Nr. 1 und 2 VAHRG) und zu keinem Verstoß gegen § 1587o Abs. 1 S. 2 BGB kommen darf. Insbesondere folgende *Gestaltungen* kommen in Betracht.

aa) Es wird weniger als die Hälfte der Differenz ausgeglichen, also die *Quote herabgesetzt*<sup>25</sup>.

**Muster Versorgungsausgleich 4 (Herabsetzung der Quote):**  
*Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften, jedoch mit der Maßgabe, daß anstatt der Hälfte des Wertunterschieds gemäß § 1587a Abs. 1 S. 2 BGB lediglich 40% des Wertunterschieds auszugleichen sind.*

bb) Es wird nur ein *reduzierter* Betrag ausgeglichen.

**Muster Versorgungsausgleich 5 (reduzierter Betrag):**  
*Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften, jedoch mit der Maßgabe, daß Rentenanswartschaften höchstens in einem Gesamtbetrag übertragen oder begründet werden, der einem durchschnittlichen Monatsbetrag von x DM entspricht.*

cc) Es wird nicht die volle *Ehezeit* berücksichtigt, wobei zu beachten ist, daß der Ausgleichsbetrag nach verkürzter Ehe-dauer nicht höher ist als nach der gesetzlichen Ehezeit<sup>26</sup> und der Stichtag nicht verändert wird<sup>27</sup>.

**Muster Versorgungsausgleich 6 (verkürzte Ehezeit):**  
*Der Versorgungsausgleich wird nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt. Jedoch kommen die Ehegatten überein, nur die vom Beginn der Ehezeit bis zum 31.12.1996 erworbenen Versorgungsanswartschaften auszugleichen, soweit dies einen Verzicht bedeutet. Den Parteien ist bekannt, daß das Ehezeitende durch diese Vereinbarung nicht berührt wird.*

dd) Einzelne Answartschaften, meist sog. *Randversorgungen*, werden ausgeklammert, z.B. Betriebsrenten oder Zusatzversorgungen.

**Muster Versorgungsausgleich 7 (Ausklammern von Randversorgungen):**  
*Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften. Jedoch sollen bei beiden Ehegatten Anrechte außerhalb einer beamtenrechtlichen und einer beamtenähnlichen Versorgung i.S. von § 1587a Abs. 2 Nr. 1 BGB und außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung i.S. von § 1578a Abs. 2 Nr. 2 BGB unberücksichtigt bleiben.*

ee) Der Versorgungsausgleich wird nur zu Gunsten eines der beiden Ehegatten ausgeschlossen (*einseitiger Ausschluß*).

**Muster Versorgungsausgleich 8 (einseitiger Ausschluß):**  
*Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften. Ist jedoch die Ehefrau Ausgleichsverpflichtete, findet ein Versorgungsausgleich nicht statt.*

<sup>25</sup> Vgl. BGH FamRZ 1986, 890.

<sup>26</sup> OLG Celle FamRZ 1994, 1039; siehe oben Rdnr. 692, 701.

<sup>27</sup> Siehe unten Rdnr. 713 ff.

b) Insbesondere die Bestimmung, daß bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs nicht die volle Ehezeit berücksichtigt werden soll, aber auch die betragsmäßige Begrenzung der auszugleichenden Versorgung können in einer *Ehekrise*, die möglicherweise – mit oder ohne eine Beratung – zu bewältigen ist, sehr sinnvoll sein. Die Eheleute werden dadurch nämlich vom Zwang der alsbaldigen Einreichung des Scheidungsantrags befreit, weil dadurch gesichert ist, daß durch weiteren Zeitablauf die Versorgungsbilanzen sich nicht zu Lasten eines Ehegatten verschlechtern.

c) Es ist noch einmal dringend zu raten, die *Konsequenzen* solcher Beschränkungen und solcher Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich überhaupt genau zu durchdenken und sich der Fehlerquellen bewußt zu sein.

#### **Beispiel:**

Das KG<sup>28</sup> hatte folgende (notarielle und vom Familiengericht genehmigte und damit von mindestens drei Juristen als unbedenklich angesehene) Klausel zu überprüfen: „In Abänderung des sich aus § 1587 Abs. 2 BGB ergebenden Ehezeitendes soll von einem Ende der Ehezeit zum 31.12.1989 ausgegangen werden. Es sollen nur die Answartschaften ausgeglichen werden, die vom Beginn der Ehezeit bis zum 31.12.1989 von uns erworben worden sind, weil wir ab dem 1.1.1990 jeweils eine getrennte Wirtschaftsführung haben.“

Dazu das KG: Die Parteien können das gesetzlich bestimmte *Ende der Ehezeit* i.S. des § 1587 Abs. 2 BGB (hier: 30.6.1992) nicht verändern. Das Ende der Ehezeit hat nämlich nicht nur Bedeutung dafür, welche Teile der insgesamt erworbenen Versorgung in den Ausgleich einzubeziehen sind, sondern auch für die Bewertung der ausgeglichenen Versorgung, weil die in der gesetzlichen Rentenversicherung begründeten oder übertragenen Answartschaften ab diesem Zeitpunkt an der Rentendynamik teilnehmen. Hierdurch würde in die Rechte der Rentenversicherer eingegriffen<sup>29</sup>.

In der vom KG<sup>30</sup> zu beurteilenden Vereinbarung hieß es weiter: „Für die Berechnung der Answartschaften des Ehemannes soll von der Besoldungsgruppe A 12 ausgegangen werden, nach der am 31.12.1989 Bezüge gezahlt worden sind“.

Klar ist, daß mit dieser Vereinbarung Anrechte aufgrund einer späteren Beförderung ausgeschieden werden. Klar ist auch, daß die spätere Zeit bei dem zur Ermittlung des Wertes heranzuziehenden Zeit/Zeit-Verhältnisses außer Betracht bleiben soll. Berechnet sich aber die Answartschaft nach den am 31.12.1989 gezahlten Bezügen? Oder ist bei der Bewertung der Answartschaft auch die durch – beförderungsunabhängige – *Erhöhung der Bezüge* in der Zeit nach dem 31.12.1989 entstehende Dynamik einzubeziehen? Das KG kommt nach den Umständen dieses Einzelfalles zu dem Ergebnis, die Dynamisierung sei auf das tatsächliche Ende der Ehezeit zu beziehen. Sonst bliebe die bei der gesetzlichen Rentenversicherung in der Zeit vom 1.1.1990 bis 30.6.1992 eingetretene Dynamisierung unberücksichtigt. Die Bewertung habe also nach dem tatsächlichen Ehezeitende zu erfolgen.

## **5. Weitere Regelungsmöglichkeiten**

Insbesondere in Eheverträgen, aber auch in Trennungvereinbarungen, die auf eine langdauernde Trennung ausgerichtet sind, können folgende weitere Regelungen interessant sein:

a) Anrechte des Verpflichteten werden nicht oder nicht vollständig durch Übertragung oder Begründung, sondern in anderer Weise, beispielsweise durch Übertragung eines  *Vermögensgegenstandes* ausgeglichen<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> FamRZ 1994, 1038; vgl. auch BGH FamRZ 1989, 273; OLG Celle FamRZ 1994, 1039; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 550.

<sup>29</sup> Vgl. deshalb Muster Versorgungsausgleich 6 (verkürzte Ehezeit) Rdnr. 707.

<sup>30</sup> A.a.O.

<sup>31</sup> Siehe auch unten Rdnr. 744 ff.

b) Es kann eine *Bedingung* oder ein *Rücktrittsrecht* mit etwa folgenden Gestaltungsmöglichkeiten aufgenommen werden:

- Ausschluß oder Herabsetzung für den Fall einer erwarteten *Erbschaft*
- Ausschluß oder Herabsetzung, wenn die *Ehezeit* eine bestimmte Mindestdauer nicht erreicht
- Ausschluß oder Herabsetzung für den Fall, daß die Ehe *kinderlos* bleibt.

**Muster Versorgungsausgleich 9 (Kinderklausel 1):**

*Den Versorgungsausgleich schließen wir hiermit aus. Dieser Ausschluß gilt nicht, wenn aus unserer Ehe Kinder hervorgehen; für diesen Fall ist der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen.*

**Muster Versorgungsausgleich 10 (Kinderklausel 2):**

*Den Versorgungsausgleich schließen wir hiermit aus. Dieser Ausschluß gilt nicht für den Zeitraum, in dem ein Ehegatte gemeinsame Kinder betreut, längstens jedoch bis das jüngste Kind das 15. Lebensjahr vollendet hat. Für diesen Zeitraum ist der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen, soweit dies nicht eine Benachteiligung des kinderbetreuenden Ehegatten bedeutet. Ist der kinderbetreuende Ehegatte Ausgleichspflichtiger, findet ein Versorgungsausgleich nicht statt.*

c) Auch eine *Wiederverheiratungsklausel* ist denkbar<sup>32</sup>.

**Muster Versorgungsausgleich 11 (Wiederverheiratungsklausel):**

*Für den Fall, daß sich die Ehefrau wieder verheiraten sollte, verpflichtet sie sich bereits jetzt gegenüber ihrem Ehemann, ihn ab dem Zeitpunkt, ab dem er Rente bezieht, so zu stellen, wie wenn ein Versorgungsausgleich zwischen den Parteien im Scheidungsfalle nicht durchgeführt worden wäre. Die Pflicht zur Zahlung beginnt frühestens mit der Wiederverheiratung der Ehefrau und ab dem Zeitpunkt, ab dem sie Rente bezieht.*

Zur Klarstellung: Der Versorgungsausgleich soll nach diesem Vertragsmuster gemäß den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt werden. Im Falle der Wiederverheiratung der Ehefrau sind jedoch die Auswirkungen des durchgeführten Versorgungsausgleichs wirtschaftlich wieder rückgängig zu machen und zwar in Form einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die nicht mit dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich gemäß §§ 1587f ff. BGB zu verwechseln ist.

## 6. Lebensversicherung anstatt Versorgungsausgleich

a) Von Lebensversicherungsgesellschaften wird häufig statt der Durchführung des Versorgungsausgleichs der Abschluß eines privaten Versicherungsvertrages propagiert, sei es durch einen Einmalbeitrag (Einmalprämie/Depot), sei es durch laufende Prämien (Einkauf in eine Lebensversicherung).

aa) Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, daß der *Leistungsumfang* angemessen und die *Prämienzahlung* gesichert ist. Nach der Rechtsprechung<sup>33</sup> gehört dazu eine Absicherung für den Fall einer *Erwerbsunfähigkeit*, die auch in § 1587o Abs. 2 S. 4 BGB ausdrücklich erwähnt ist. Eine solche Zu-

satzversicherung wird von einzelnen Versicherungsgesellschaften angeboten, wobei fast immer auf die Berufsunfähigkeit abgestellt wird; wenn nicht, kann die Absicherung über eine entsprechende *Risikoversicherung* erfolgen, die manchmal sogar preisgünstiger ist.

bb) Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann kann – meist aber nur in wohlhabenden Kreisen – eine solche Lösung überlegenswert sein. Dabei ist nicht nur an eine vollständige, sondern auch an eine teilweise Ersetzung des Versorgungsausgleichs durch eine Lebensversicherung zu denken.

**Beispiel:**

Die Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung werden in öffentlich-rechtlicher Form ausgeglichen, während zum Ausgleich der Betriebsrente eine Lebensversicherung abgeschlossen wird.

Der Einkauf in eine Lebensversicherung ist ganz besonders dann zu überlegen, wenn der *schuldrechtliche Versorgungsausgleich* eintritt und der Ausgleichsberechtigte wesentlich *älter* als der Verpflichtete ist. Da beim Berechtigten der schuldrechtliche Versorgungsausgleich erst beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1587g Abs. 1 S. 2 BGB (Versorgungsbezug beim Verpflichteten, Versicherungsfall beim Berechtigten) fällig wird, kann er durch eine Lebensversicherung zu einem früheren Zeitpunkt als durch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich geschützt werden. Gleiches kann für den Fall vorzeitiger Invaldität gelten<sup>34</sup>.

Schließlich kann eine Lebensversicherung unter Umständen derzeit noch steuerliche Vorteile bieten.

cc) Von einzelnen Versicherungen wird auch eine *Rückgewähr* der Beiträge abzüglich gezahlter Renten angeboten; dabei kann eine sog. *Rentengarantiezeit* aufgenommen werden, bei der innerhalb eines gewissen Zeitraums nach Vorversterben des Anspruchsberechtigten die Rente – beispielsweise an den geschiedenen Ehemann oder die Kinder als Bezugsberechtigte – weitergezahlt wird. Zur Beurteilung im Einzelfall wird deshalb oft die Einholung verschiedener Angebote und die Beiziehung eines Steuerberaters ratsam sein.

dd) Gleichgültig ist, ob die Lebensversicherung auf *Kapital- oder Rentenbasis* abgeschlossen ist. Unerheblich ist auch, ob die Lebensversicherung für den Berechtigten *neu begründet* oder vom Verpflichteten unter entsprechender Vertragsänderung auf den Berechtigten übertragen wird<sup>35</sup>.

ee) Wird der Abschluß einer bestimmten Lebensversicherung bereits ins Auge gefaßt, ist es sinnvoll, den Vertrag zwischen den Eheleuten erst dann abzuschließen, wenn die Entscheidung über die Modalitäten bereits gefallen ist, damit im Ehevertrag oder in der Scheidungsvereinbarung die Versicherungsbedingungen berücksichtigt werden können oder bereits ein Bezug auf einen bestimmten Versicherungsvertrag erfolgen kann. Wird hingegen eine Versicherungsregelung bereits in einem vor der Heirat abgeschlossenen Ehevertrag aufgenommen, wird dies – zumindest in den Einzelheiten – noch nicht möglich sein.

b) Bei der Einmalprämie bzw. dem Depot ist durch die *Kapitalertragsteuerpflicht* auf die aus der Depotsumme resultierenden Zinsen auf Grund der individuell verschiedenen Steuersätze ein definitiver Vorteil für die Depotlösung nicht vorhersagbar. Deshalb sollten im Einzelfall die beiden Alter-

<sup>32</sup> Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1986, 1007, das im konkreten Fall allerdings einen angemessenen Ausgleich vermißte; siehe auch unten Rdnr. 765.

<sup>33</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 395.

<sup>34</sup> Vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1570 BGB Rdnr. 14 mit weiteren Beispielen.

<sup>35</sup> Vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 26.

nativen jeweils berechnet und verglichen werden, was beim Muster Versorgungsausgleich (12 Lebensversicherung 1) durch Aufnahme von *Alternativvorschlägen* berücksichtigt ist.

In diesem Muster wurde der Depotinhaber namentlich bezeichnet, um die Schuldnerereignischarakter für die Kapitalertragsteuer festzulegen. Bei einem ausgeschlossenen Rückforderungsrecht des Ehemannes könnte man auch die Ehefrau als Steuerschuldner ansehen. Wenn bei Vorversterben der Ehefrau der Depotbetrag an den Ehemann zurückfließt, hat sich dieser noch nicht völlig der Summe entäußert und könnte eventuell auch Schuldner einer gegebenenfalls fälligen Kapitalertragsteuer sein.

**Muster Versorgungsausgleich 12 (Lebensversicherung 1):**

*Die Ehefrau und der Ehemann vereinbaren, daß an die Stelle der Durchführung des Versorgungsausgleichs durch das Familiengericht im Falle der Scheidung folgende Regelung treten soll:*

*1. Auf das Leben der Ehefrau wird eine Rentenversicherung mit lebenslänglichen Zahlungen in Höhe von x DM monatlich abgeschlossen, bei der eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung mit Leistungen in Höhe von y DM eingeschlossen wird. Rentenbeginnalter und Schlußalter der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung ist das vollendete 60. Lebensjahr der Ehefrau. Versicherungsnehmerin und unwiderruflich Begünstigte für sämtliche Leistungen ist die Ehefrau, falls vorverstorben, der Ehemann.*

*Die Gewinnanteile der Versicherung sind nur zur Erhöhung der Versicherungsleistung zu verwenden.*

*2. Beitragszahler ist der Ehemann. Die Beitragszahlung wird wie folgt sichergestellt:*

*a) Der Ehemann verpflichtet sich, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Scheidung eine zur Ausfinanzierung der unter 1. genannten Versicherung genügende Einmalprämie an die Lebensversicherungsgesellschaft X zu leisten.*

oder

*b) Der Ehemann verpflichtet sich, bei der Lebensversicherungsgesellschaft X innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Scheidung ein zur Ausfinanzierung der unter 1. genannten Versicherung genügendes Prämiendepot einzurichten. Depotinhaber und Schuldner der gegebenenfalls anfallenden Kapitalertragsteuer ist der Ehemann. Ein Rückforderungsrecht des Ehemannes auf die gezahlte Summe einschließlich Zinsen wird ausgeschlossen. Bei Tod der Ehefrau vor Rentenbeginn wird der noch ausstehende Depotbetrag mit der Versicherungssumme auf Grund des unwiderruflichen Bezugsrechts an den Ehemann ausgezahlt.*

*3. Sollte die Einmalprämie (oder die Depotsumme) zur Ausfinanzierung der Versicherung nicht ausreichen, besteht eine Nachschußpflicht des Ehemannes.*

c) Bei einer Versicherung mit *laufender Prämie* entfällt die Verpflichtung des Ehemannes, die Gestaltungsrechte nicht vor dem Tod der Ehefrau auszuüben, da die Ehefrau Versicherungsnehmerin ist und dem Ehemann somit keine Gestaltungsrechte zustehen.

**Muster Versorgungsausgleich 13 (Lebensversicherung 2):**

*Der Ehemann und die Ehefrau vereinbaren, daß an die Stelle der Durchführung des Versorgungsausgleichs durch das Familiengericht im Falle der Scheidung folgende Regelung treten soll:*

*1. Auf das Leben des Ehemannes ist mit Ablauf bei Erreichen seines 60. Lebensjahres eine Lebensversicherung mit festem Auszahlungszeitpunkt (Term-Fix-Kapitalversicherung) mit einer Vertragssumme von x DM abzuschließen. Versicherungsnehmerin und unwiderruflich Begünstigte ist die Ehefrau, falls vorverstorben, der Ehemann.*

*In diese Versicherung ist die Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung mit Leistungen auf Rentenzahlung und Beitragsbefreiung für die gesamte Versicherung einzuschließen. Die Höhe der Rentenleistungen entspricht dem Betrag der unter 3. genannten Berufsunfähigkeitsversicherung.*

*2. Das bei Fälligkeit der unter 1. genannten Rentenversicherung zur Verfügung stehende Kapital wird unwiderruflich in eine auf das Leben der Ehefrau abzuschließende, mit deren 60. Lebensjahr beginnende Rentenversicherung mit lebenslänglichen Zahlungen umgewandelt. Versicherungsnehmerin und unwiderruflich Begünstigte ist die Ehefrau. Bei Versterben der versicherten Person innerhalb der Rentengarantiezeit ist der Ehemann unwiderruflich begünstigt.*

*3. Daneben wird für den Fall der vorzeitigen Invalidität der Ehefrau auf deren Leben eine entsprechende Berufsunfähigkeitsversicherung mit einer Laufzeit bis zum Beginn der Rentenversicherung zu 2. abgeschlossen. Versicherungsnehmerin und unwiderruflich Begünstigte ist die Ehefrau.*

*4. Beitragszahler für alle vorgenannten Versicherungen ist der Ehemann.*

*5. Die Gewinnanteile zu sämtlichen Versicherungen sollen nur zur Erhöhung der Versicherungsleistungen verwandt werden.*

d) Wenn die Vereinbarung nicht als *gerichtlicher Vergleich* i.S. von §§ 127a BGB, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO abgeschlossen wird, sollte sie eine Vollstreckungsunterwerfung im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO enthalten. Wem dies nicht sicher genug erscheint oder wenn die Verpflichtung keinen bestimmten Geldbetrag enthält, dann kann für den Fall, daß der Ehemann das Prämiendepot nicht fristgerecht errichtet oder die Einmalprämie nicht fristgerecht geleistet hat, die *Bedingung* aufnehmen, daß dann die gesamte Vereinbarung unwirksam wird und der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt werden soll.

## **7. Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich anstatt öffentlich-rechtlichem Versorgungsausgleich**

a) Anstelle des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs kann ganz oder teilweise auch der schuldrechtliche Versorgungsausgleich vereinbart werden. Wegen des immer größer werdenden Mißverhältnisses bei der *Umrechnung* von statischen in dynamische Renten ist dies in ausgewählten Fällen, insbesondere anstatt von Regelungen gemäß § 3b VAHRG bei Betriebsrenten zu überlegen. Das kann dann interessant sein, wenn auf Grund des Alters mit einem *baldigen Rentenbezug* zu rechnen ist. Für *jüngere Leute* dürfte eine solche Vereinbarung weniger sinnvoll sein, weil man die Verhältnisse über die lange Zeit nur schwer vorhersehen kann und die Invalidität des Berechtigten durch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich in aller Regel nicht abgesichert ist.

b) Bei einer solchen Form des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs ist die *Betriebsrentensatzung* danach zu überprüfen.

fen, welches Risiko die Betriebsrente absichert. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der *Wiederverheiratungs-* und *Anrechnungsklausel* und der sog. *Hinterbliebenenklausel*, und zwar auch im Hinblick darauf, unter welchen Voraussetzungen der sog. *verlängerte schuldrechtliche Versorgungsausgleich* gemäß § 3a VAHRG eingreift. Ferner muß sich der Ausgleichspflichtige verpflichten, keine *Abfindung* der Versorgung zu beantragen. Auch eine Abtretung und eine Titulierung ist in die Überlegung einzubeziehen.

Ein stark vermintes Gebiet, das ein genaues Studium des Betriebsrentenrechts erfordert!

c) Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich oder eine Abfindung ist in aller Regel dann zu vereinbaren, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte *Beamter* ist und er die Voraussetzungen für einen Rentenbezug nicht erfüllen kann, da er die allgemeine Wartezeit von 60 Monaten gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI nicht erreicht.

## 8. Abfindung

a) Nach § 15871 BGB kann der Berechtigte unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen eine Abfindung seiner künftigen schuldrechtlichen Versorgungsausgleichsansprüche verlangen, gemäß § 15871 Abs. 3 BGB jedoch nur in Form der Zahlung von Beiträgen zu einer gesetzlichen Rentenversicherung oder zu einer privaten Lebens- oder Rentenversicherung. Durch Ehevertrag oder Scheidungsvereinbarung können die Eheleute auch dann, wenn die Voraussetzungen von § 15871 BGB nicht vorliegen, eine Abfindung vereinbaren<sup>36</sup>.

Sie können dabei auch eine andere Form der Abfindung wählen als in § 15871 Abs. 3 BGB vorgesehen, wobei insbesondere an eine Kapitalzahlung zu denken ist, beispielsweise als Beitrag zum Erwerb einer Eigentumswohnung.

Hier besteht auch noch eine der wenigen Möglichkeiten, unter Umständen *Steuern* zu sparen. *Schuldzinsen* für ein Darlehen zur Finanzierung der Ausgleichszahlung können bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als Werbungskosten im Hinblick auf zukünftige Einkünfte aus § 22 EStG abgezogen werden<sup>37</sup>. Eine Abfindung kommt meist nur in solchen Fällen in Betracht, in denen bereits eine ausreichende Sicherung vorliegt oder mit der Abfindung begründet wird und die finanziellen Mittel hierfür zur Verfügung stehen.

b) Auch dann, wenn ein Wertausgleich durch *Beitragszahlung* ausscheidet, weil für den Berechtigten bereits ein bindender *Altersruhegeldbescheid* vorliegt<sup>38</sup>, können anstatt des sonst eintretenden schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs andere Regelungen vereinbart werden, beispielsweise eine Abfindung.

c) Überhaupt können durch Ehevertrag oder Scheidungsvereinbarung nicht nur Anrechte aus dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich abgefunden werden, sondern auch Anrechte, die an und für sich zum öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich führen. Dies gilt wiederum für bestimmte Anrechte aus der *Beamtenversorgung*, wo anstatt der Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs eine Abfindung vereinbart werden kann<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Hamburg FamRZ 1991, 202.

<sup>37</sup> Arens/Ehlers/Görke/Spieker, Steuerfragen zum Ehe- und Scheidungsrecht Rdnr. 409; Schmidt/Heinicke § 22 EStG Rdnr. 119.

<sup>38</sup> Vgl. BGHZ 81, 152 = FamRZ 1981, 1051; Borth V Rdnr. 8.

<sup>39</sup> Siehe oben Rdnr. 743.

d) Für das gesamte Gebiet des Versorgungsausgleichs gilt, daß die vereinbarte *Gegenleistung* nicht in der Schaffung eines anderweitigen Versorgungsanrechts bestehen muß. Möglich sind auch andere *Zuwendungen*.

### Beispiele:

Kapitalzahlungen beispielsweise für eine Existenzgründung, Übertragungen des Miteigentumsanteils<sup>40</sup>, Bestellung eines Nießbrauchs am Familienheim oder einer anderen Immobilie<sup>41</sup>.

## IV. Besonderheiten einer Regelung über den Versorgungsausgleich im Ehevertrag

### 1. Scheidungsabsicht

Ein Ehevertrag gemäß § 1408 Abs. 2 BGB ist *nicht unwirksam*, wenn ein oder beide Vertragspartner bei Vertragsabschluß die Scheidung der Ehe beabsichtigen und der Scheidungsantrag kurz nach Ablauf der Jahresfrist eingereicht wird<sup>42</sup>.

### 2. Jahresfrist

a) Diese Sperrfrist von einem Jahr (§ 1408 Abs. 2 S. 2 BGB), die besagt, daß der *Ausschluß* des Versorgungsausgleichs unwirksam wird, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluß ein Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird, gilt nach dem Gesetzeswortlaut zwar nur für den Ausschluß. Darunter ist aber nicht nur der *vollständige*, sondern auch der *teilweise* Ausschluß zu verstehen, also ein Minus gegenüber der gesetzlichen Regelung<sup>43</sup>.

b) Die Ein-Jahresfrist gemäß § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB läuft bis zur Einreichung (Anhängigkeit) des *Scheidungsantrags*, wenn die Zustellung demnächst erfolgt, sonst bis zur Zustellung (Rechtshängigkeit) des Scheidungsantrags<sup>44</sup>.

c) Ein Ehegatte, der geltend macht, er sei durch unredliches Verhalten des anderen Ehegatten daran gehindert worden, innerhalb der Jahresfrist den Scheidungsantrag einzureichen, kann sich die Rechtswirkung des § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB nur erhalten, wenn der Scheidungsantrag binnen einer angemessenen Frist nach dem Wegfall derjenigen Umstände eingereicht wird, die das Vertrauen in die Redlichkeit des anderen begründet hatten<sup>45</sup>.

d) Der in einem Ehevertrag vereinbarte Ausschluß des Versorgungsausgleichs bleibt wirksam, wenn der innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß gestellte *Scheidungsantrag zurückgenommen* wird<sup>46</sup>. Für den Fall der *Abweisung* des Scheidungsantrags muß Gleiches gelten<sup>47</sup>.

### 3. Versorgungsausgleich und Güterstand

Der Ausschluß oder die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes bedeutet nicht den Ausschluß des Versorgungsausgleichs. Jedoch bedeutet der Ausschluß oder die Aufhebung des Versorgungsausgleichs den Eintritt der *Gütertrennung* (§ 1414 BGB).

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1115.

<sup>41</sup> Vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne* zu § 1587o BGB Rdnr. 27 mit weiteren Beispielen.

<sup>42</sup> BGH FamRZ 1983, 459.

<sup>43</sup> Vgl. *Staudinger/Eichenhofer* (1994) § 1408 BGB Rdnr. 64.

<sup>44</sup> BGH FamRZ 1992, 1405.

<sup>45</sup> BGH FamRZ 1993, 672.

<sup>46</sup> BGH FamRZ 1986, 788.

<sup>47</sup> So *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 9; a.A. OLG Stuttgart FamRZ 1982, 614.

## V. Besonderheiten einer Regelung über den Versorgungsausgleich in der Scheidungsvereinbarung gemäß § 1587o BGB

### 1. Genehmigungsbefähigung

Für eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich gemäß § 1587o Abs. 1 BGB haben die Eheleute nicht die volle *Verfügungs- und Gestaltungsbefugnis*. Vielmehr bedürfen sie der Genehmigung des Familiengerichts (§ 1587o Abs. 2 S. 3 BGB). Sonst ist die Vereinbarung gemäß § 125 BGB nichtig. § 1587o Abs. 2 S. 4 BGB legt die Voraussetzungen fest, in denen das Gericht die Genehmigung verweigern soll, nämlich wenn unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zur Sicherung des Berechtigten für den Fall der Erwerbsunfähigkeit und des Alters geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt. Erwartungsgemäß ist die *Genehmigungspraxis* der Gerichte unterschiedlich und noch dazu nicht selten restriktiver als es der Rechtsprechung des BGH entspricht.

### 2. Die Genehmigungsgrundsätze des BGH

a) Die Grundsätze seiner Rechtsprechung im wesentlichen zusammenfassend führt der BGH<sup>48</sup> aus:

aa) § 1587o BGB ermöglicht es den Ehegatten *grundsätzlich*, statt des vom Gesetzgeber angeordneten Ausgleichs ihrer ehezeitlich erworbenen Versorgungsrechte eine ihren individuellen Verhältnissen angepaßte Lösung zu suchen.

bb) Das Gesetz hat den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht aufgehoben, sondern ihn nur in mehrfacher Hinsicht *eingeschränkt*.

So

- unterliegen vertragliche Vereinbarungen einerseits dem *Beurkundungszwang* und
- dürfen andererseits keine *Manipulationen* zu Lasten der Versicherungsträger oder Solidargemeinschaft aller Versicherten aufweisen (§ 1587o Abs. 1 S. 2 BGB) und
- soll verhindert werden, daß der sozial schwächere Ehegatte bei einer Vereinbarung unter dem Druck der Scheidungssituation *überteuert* wird.

cc) Es ist jedoch nicht der *Sinn* der Vorschrift, die Vertragsfreiheit der Ehegatten noch weiter einzuschränken, wenn die Erfüllung dieser Schutzfunktion gesichert ist.

b) *Präzisiert* werden kann diese Entscheidung des BGH durch eine frühere<sup>49</sup>, wonach im Interesse des Gemeinwohls der Gefahr vorgebeugt werden soll, daß der sozial schwächere Ehegatte in der besonderen Situation des Scheidungsverfahrens ohne Kompensation auf ihm an sich zustehende Versorgungsrechte verzichtet und dadurch möglicherweise im Falle des Alters und der Erwerbsunfähigkeit auf öffentliche Unterstützung angewiesen ist. Für die Genehmigungsfähigkeit muß ausreichen, daß die Ehegatten nach der voraussichtlichen Entwicklung Versorgungsleistungen auf der Grundlage der bereits vorhandenen Anwartschaften erlangen werden<sup>50</sup>.

c) Es entspricht deshalb gerichtlicher Praxis, die Genehmigung dann zu verweigern, wenn die sog. *kleine Wartezeit* von

<sup>48</sup> FamRZ 1994, 234.

<sup>49</sup> FamRZ 1982, 471.

<sup>50</sup> BGH FamRZ 1987, 578.

60 Monaten i.S. von § 50 Abs. 1 Satz Nr. 1 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht erfüllt ist, es sei denn, in anderer Weise sei für das Alter und die Invalidität vorgesorgt.

d) *Vermögenserwerb* von dritter Seite kann einen angemessenen Ausgleich darstellen, wobei jedoch die beabsichtigte Heirat mit einem wohlhabenden neuen Partner für sich allein keine ausreichende Sicherung darstellt<sup>51</sup>. Hier bietet sich jedoch die Möglichkeit einer schuldrechtlichen Rückvergütung<sup>52</sup>.

e) Soweit gesetzliche Versagungsgründe gemäß §§ 1587o Abs. 2 S. 4, 138 BGB usw. nicht vorliegen, besteht ein Rechtsanspruch auf Genehmigung<sup>53</sup>. Jedoch besteht kein Rechtsanspruch auf eine vorherige familiengerichtliche Zustimmung zu einer beabsichtigten Vereinbarung zum Versorgungsausgleich<sup>54</sup>.

### 3. Rücknahme und Abweisung des Scheidungsantrags

Vereinbarungen nach § 1587o BGB werden bei *Rücknahme* und *Abweisung* hinfällig und leben auch bei einem späteren Scheidungsantrag nicht wieder auf<sup>55</sup>.

### 4. Prozeßtaktik

(Vom Abdruck wurde abgesehen)

### 5. Genehmigungsfreie Vereinbarungen

a) Soweit nach Eintritt der *Rechtskraft* der Entscheidung über den Versorgungsausgleich im Hinblick auf ihre konstitutive Wirkung eine Vereinbarung geschlossen werden kann, ist sie genehmigungsfrei<sup>56</sup>.

b) Vereinbarungen zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich sind nach allgemeiner Meinung nicht genehmigungsbedürftig<sup>57</sup>. Dies gilt jedoch nicht für Fälle, in denen statt eines öffentlich-rechtlichen Wertausgleichs die Form des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs vereinbart wird.

## VI. Unterhalt und Versorgungsausgleich

### 1. Ehegattenunterhalt und § 5 VAHRG

Die Möglichkeiten zur unterhaltsbedingten Rücknahme der Kürzung der Rente gemäß § 5 VAHRG werden in Erinnerung gerufen.

### 2. Unterhaltsvereinbarungen mit Wertsicherungsklauseln

Bei einem Festunterhalt mit einer Wertsicherungsklausel sollte eine Befristung bis zum Eintritt eines der Ehegatten in die Rente oder eine Neuregelung ab Renteneintritt aufgenommen werden.

<sup>51</sup> BGH FamRZ 1982, 471.

<sup>52</sup> Siehe oben Rdnr. 721 ff.

<sup>53</sup> BGH FamRZ 1982, 471.

<sup>54</sup> OLG München FamRZ 1997, 1082.

<sup>55</sup> Vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 9.

<sup>56</sup> BayObLG FamRZ 1981, 560.

<sup>57</sup> *Johannsen/Henrich/Hahne* § 1587o BGB Rdnr. 12.

# Vereinbarungen über den Anspruch auf Betreuungsunterhalt

Von Notarassessor Dr. Gerhard Lenz, Fürth

## I. Überblick

In seinem Bestreben, die unterhaltsrechtliche Situation desjenigen Elternteils zu verbessern, das sein nichtehelich geborenes Kind<sup>1</sup> betreut, hat der Gesetzgeber durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995<sup>2</sup>, und das Kindschaftsreformgesetz vom 16.12.1997<sup>3</sup> die Bestimmung des § 1615 I BGB wiederholt geändert und § 1570 BGB angeglichen. Damit wird auch für § 1615 I BGB die Frage nach dem zulässigen Umfang von Unterhaltsvereinbarungen dringlicher. Darüber hinaus geben die Neuerungen im Nichtehelichenrecht dazu Anlaß, die Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1570 BGB zu überdenken.

Im folgenden sollen, nach einem Überblick über die Änderungen des § 1615 I BGB und die Unterhaltsansprüche bei Vorhandensein ehelich geborener Kinder, der Umfang der Dispositionsfreiheit und die möglichen Auswirkungen der Neufassung des § 1615 I BGB dargestellt werden.

## II. Die Änderungen des § 1615 I BGB

1. Die ursprüngliche Fassung des § 1615 I BGB vor dem 21.8.1995<sup>4</sup> gewährte der ihr nichteheliches Kind betreuenden Mutter<sup>5</sup> grundsätzlich nur einen Unterhaltsanspruch während der Dauer des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverbots gemäß §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG<sup>6</sup>. Ein Anspruch auf Unterhalt jenseits dieses 14-Wochen-Zeitraums war nur denkbar, wenn die Mutter einer Erwerbstätigkeit nicht nachging, weil sie infolge der Schwangerschaft oder einer durch die Schwangerschaft oder die Entbindung verursachten Krankheit dazu außerstande war oder die (beschränkte) Erwerbslosigkeit eintrat, weil das Kind andernfalls nicht versorgt werden konnte. Jeweils bedurfte es des häufig nur schwer zu führenden<sup>7</sup> Nachweises, daß die (teilweise) Erwerbslosigkeit durch die Schwangerschaft oder Entbindung (mit-)verursacht wurde, also ohne diese tatsächlich eine eigene Erwerbstätigkeit ausgeübt worden wäre<sup>8</sup>. Wurde Unterhalt gefordert, weil andernfalls das Kind nicht versorgt werden konnte, war der Umfang der Erwerbsobliegenheit der Mutter streitig. Nach einer Auffassung führte bereits die objektive Möglichkeit einer Versorgung des Kindes durch geeignete Dritte (z.B. Verwandte, Tagesheimstätte) zum Entfallen des Anspruchs. Nach anderer

Meinung durfte die Mutter (mit der Folge der eigenen Unterhaltsbedürftigkeit) die Kindesbetreuung selbst übernehmen, auch wenn geeignete Dritte zu Verfügung standen<sup>9</sup>. In jedem Fall jedoch beschränkte sich der Unterhaltsanspruch auf einen Zeitraum von höchstens 4 Monaten vor und 12 Monaten nach der Entbindung<sup>10</sup>.

2. Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz hat diese unterhaltsrechtliche Situation in doppelter Hinsicht verbessert: Unter grundsätzlicher Beibehaltung der bestehenden Anspruchsalternativen wurde der Wortlaut des § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB dem § 1570 BGB angeglichen. Ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt war nunmehr begründet, „soweit von der Mutter wegen der Pflege und Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“. Darüber hinaus verlängerte sich der Zeitraum der maximalen Unterhaltsberechtigung von 12 Monaten nach der Entbindung auf höchstens drei Jahre. Erklärtes Ziel dieser Veränderungen war es, die in der stark eingeschränkten Unterhaltsberechtigung der Mutter begründete mittelbare Benachteiligung der Entwicklung nichtehelicher Kinder zu beseitigen und eine grundsätzliche Betreuung des Kindes durch seine Mutter für den gesamten vorgenannten Zeitraum, also regelmäßig bis zum Kindergartenalter, sicherzustellen<sup>11</sup>. Ob jedoch auf diesen Unterhaltsanspruch Literatur und Rechtsprechung zu § 1570 BGB umfassend übertragbar<sup>12</sup> oder Modifikationen notwendig waren<sup>13</sup>, blieb streitig.

3. Das Kindschaftsreformgesetz vom 16.12.1997 hat den Unterhaltsanspruch der Mutter<sup>14</sup> nochmals in zeitlicher Hinsicht erweitert und gewährt Unterhalt nunmehr im Regelfall für drei Jahre nach der Entbindung, bei Vorliegen besonderer Umstände<sup>15</sup> sogar darüber hinaus, ohne daß dann eine zeitliche Begrenzung vorgesehen wäre. Ein noch weitergehender Anspruch auf Betreuungsunterhalt in völliger Analogie zu den Bestimmungen der §§ 1570, 1577 BGB, also insbeson-

<sup>1</sup> Das Gesetz verzichtet künftig auf die Verwendung des Begriffs „nichteheliches Kind“, vgl. z.B. BT-Drucks. 13/4899, S. 89; Palandt/Diederichsen (58. Aufl. 1999) vor § 1591, Rdnr. 4. Dennoch soll zur begrifflichen Klarheit im folgenden dieser Terminus beibehalten werden.

<sup>2</sup> BGBI 1995 I, 1050 ff.

<sup>3</sup> BGBI 1997 I, 2942 ff.

<sup>4</sup> Zur historischen Entwicklung des Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter, vgl. Puls FamRZ 1998, 865 f.

<sup>5</sup> Dem Vater eines nichtehelichen Kindes stand ein Unterhaltsanspruch nicht zu.

<sup>6</sup> Vgl. Erman/Holzhauser (9. Aufl. 1993) § 1615 I, Rdnr. 2; Büdenbender FamRZ 1998, 129, 130.

<sup>7</sup> Vgl. MünchKomm/Köhler (3. Aufl. 1993 ff.) § 1615 I, Rdnr. 6.

<sup>8</sup> Vgl. MünchKomm/Köhler § 1615 I, Rdnr. 5 f.

<sup>9</sup> Zum Teil wurde ergänzend verlangt, daß „die Eigenversorgung durch die Mutter unter pädiatrischen Gründen sehr viel besser“ erscheinen mußte, als eine Fremdbetreuung, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht (4. Aufl. 1994) § 59 IV (S. 936); ähnlich auch MünchKomm/Köhler § 1615 I, Rdnr. 7; anders, im Sinne einer völligen Entscheidungsfreiheit der Mutter: Soergel/Häberle (12. Aufl. 1988 ff.) § 1615 I, Rdnr. 10.

<sup>10</sup> MünchKomm/Köhler § 1615 I, Rdnr. 8 a weist darauf hin, daß sich auch und gerade in dieser scharfen zeitlichen Anspruchsbegrenzung der gesetzgeberische Wille dokumentiert, die Hürden für die Geltendmachung dieses Anspruchs hoch zu legen.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/1850, S. 24; Palandt/Diederichsen (57. Aufl. 1998), § 1615 I, Rdnr. 1; Büdenbender FamRZ 1998, 129, 130.

<sup>12</sup> So Büdenbender FamRZ 1998, 129, 130.

<sup>13</sup> So Palandt/Diederichsen (57. Aufl. 1998) § 1615 I, Rdnr. 6.

<sup>14</sup> In § 1615 I Abs. 5 BGB ist nunmehr der nämliche Anspruch auch ausdrücklich dem Vater des nichtehelichen Kindes eingeräumt, wenn dieser sein Kind betreut; zu diesem Anspruch ausführlich: Büdenbender FamRZ 1998, 129 ff.

<sup>15</sup> Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel das Vorliegen einer Behinderung des Kindes, so daß dieses auf eine längere und intensivere Betreuung durch die Mutter angewiesen sein kann, vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 89.

dere ohne eine grundsätzliche zeitliche Obergrenze, wie vom Bundesrat gewünscht<sup>16</sup>, war im Gesetzgebungsverfahren nicht konsensfähig<sup>17</sup>.

Die seit dem 1.7.1998 geltende Fassung der Norm hat – auch in seiner textlichen Fassung – den Ausnahmecharakter der Unterhaltsgewährung für den gesamten Dreijahreszeitraum beseitigt<sup>18</sup>. Gleichzeitig drängt es sich damit auf, die zu § 1570 BGB vorliegende Rechtsprechung und Literatur auf den Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB zu übertragen<sup>19</sup>. Somit hat bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen – Feststellung der Vaterschaft, Bedürftigkeit der Mutter gemäß § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 1602 BGB und Leistungsfähigkeit des Vaters gemäß § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 1603 BGB<sup>20</sup> –, die Mutter Anspruch auf Betreuungsunterhalt gegen den Vater<sup>21</sup>, wenn das Kind objektiv der Pflege und Erziehung bedarf<sup>22</sup>. Es steht also, entsprechend § 1570 BGB, nicht in freiem Ermessen der betreuenden Mutter, ob sie sich der Kindererziehung und -pflege widmen will. Vielmehr muß nach objektiven Gesichtspunkten Betreuungsbedürftigkeit bestehen. Dies muß jedoch, auch wenn es für den Grad der Freistellung von der Erwerbsobliegenheit nicht auf starre Altersgrenzen, sondern auf die Umstände des Einzelfalles ankommt<sup>23</sup>, bei einem Kind bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres regelmäßig angenommen werden<sup>24</sup>. Ein Vergleich mit den zu § 1570 BGB entwickelten Rechtsgrundsätzen zeigt, daß für den betreuenden Elternteil grundsätzlich eine eigene Erwerbsobliegenheit nicht besteht, bis das jüngste Kind die dritte Grundschulklasse erreicht hat<sup>25</sup>. Bis zu diesem Zeitpunkt erfordert nach h.M. eine gesunde Entwicklung des Kindes eine jederzeitige Verfügbarkeit eines Elternteils<sup>26</sup>. Wenn jedoch noch während der ersten Schuljahre wegen Schulausfall oder Krankheit grundsätzlich ein Elternteil, und nicht ein anderweitig möglicher Betreuer, für die Kindererziehung zu Verfügung stehen soll, kann für den für die kindliche Entwicklung im höchsten Maß entscheidenden Zeitraum der ersten drei Lebensjahre eine anderweitige

Wertung kaum getroffen werden, nur weil die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet sind<sup>27</sup>. Selbst wenn man berücksichtigt, daß die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig keine vergleichbaren gegenseitigen Fürsorgepflichten füreinander übernehmen wollen wie Ehepartner und der Anspruch auf Betreuungsunterhalt deshalb nach wie vor nur als Unterhalt „minderen Ranges“ ausgestaltet ist<sup>28</sup>, kann doch dem Gesetz eine der Mutterpflicht vorrangige Erwerbsobliegenheit und damit eine Verpflichtung, vorrangig anderweitige günstige Betreuungsmöglichkeiten für das Kind wahrzunehmen, nicht mehr entnommen werden. Daher kann sich die Mutter wegen der in den ersten drei Lebensjahren grundsätzlich vorhandenen objektiven Notwendigkeit der Betreuung des Kindes durch einen Elternteil letztlich frei zur Übernahme der Kindesbetreuung entscheiden.

Hinsichtlich der Höhe des Unterhalts kommt es gemäß § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 1610 BGB auf den Unterhaltsbedarf an, der sich aus der Lebensstellung der Mutter ergibt. Gibt die Mutter wegen der Geburt des Kindes ihre bisher ausgeübte Berufstätigkeit auf, so kann grundsätzlich als Unterhaltsbedarf das bisher erzielte Einkommen, bei Einschränkung der Erwerbstätigkeit die nicht mehr erzielte Einkommensdifferenz angesetzt werden<sup>29</sup>. War die Mutter vor der Entbindung nicht berufstätig, ist ihr ein Unterhalt in Höhe des angemessenen Selbstbehalts nach der Düsseldorfer Tabelle zu gewähren<sup>30</sup>.

Eigenes Einkommen der Mutter<sup>31</sup> ist, auch wenn es aus einer überobligationsmäßigen Erwerbstätigkeit herrührt<sup>32</sup>, stets im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Inwieweit vertragliche Regelungen über diesen Anspruch auf Betreuungsunterhalt möglich sind, erscheint fraglich. Die Verweisungsnorm des § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB erfaßt nach ihrem Wortlaut auch die Bestimmung des § 1614 BGB<sup>33</sup>. Danach ist jeder Verzicht auf Unterhalt für die Zukunft unwirksam (§ 134 BGB), und zwar unabhängig davon, ob er entgeltlich oder unentgeltlich, ganz oder teilweise vereinbart wird<sup>34</sup>. Vorausleistungen befreien nur im Rahmen von § 1614 Abs. 2 BGB, sind also mit dem Risiko einer erneuten Unterhaltsbe-

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 149.

<sup>17</sup> Zu der Kritik an der nun Gesetz gewordenen Fassung: von Luxburg Das neue Kindschaftsrecht 1998, Rdnrn. 211 ff.; Puls FamRZ 1998, 865, 867 ff.

<sup>18</sup> Palandt/Diederichsen (57. Aufl. 1998) § 1615 I, Rdnr. 6 meinte zur bisherigen Gesetzesfassung, daß nur bei Vorliegen besonderer Umstände der Unterhalt über den vollen Zeitraum zu bezahlen sei. Dieses Mißverständnis erscheint nunmehr, entsprechend dem schon bisherigen Willen des Gesetzgebers, ausgeräumt, wobei Palandt/Diederichsen (58. Aufl. 1999) § 1615 I, Rdnr. 19 nach wie vor einzelfallbezogene Modifikationen erwägt.

<sup>19</sup> So auch Budenbender FamRZ 1998, 129, 135.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu Schulz DAVorm 1996, 463, 466; von Luxburg Rdnrn. 187 ff., Palandt/Diederichsen § 1615 I, Rdnrn. 5 ff., 26.

<sup>21</sup> Im Falle des § 1615 I Abs. 5 BGB der Vater gegenüber der Mutter.

<sup>22</sup> Vgl. zu § 1570 BGB nur: MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 6; zu § 1615 I BGB: Budenbender FamRZ 1998, 129, 136; Palandt/Diederichsen § 1615 I, Rdnr. 19.

<sup>23</sup> Vgl. zu § 1570 BGB nur: MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 7; Palandt/Diederichsen § 1570, Rdnrn. 12 ff.; zu § 1615 I BGB: Budenbender FamRZ 1998, 129, 136.

<sup>24</sup> So zu § 1570 BGB: MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 9; zu § 1615 I BGB: Budenbender FamRZ 1998, 129, 136; Puls FamRZ 1998, 865, 872; differenzierend: Palandt/Diederichsen § 1615 I, Rdnr. 19.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. die „Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate in Bayern“ Ziffer 18, abgedruckt in MittBayNot 1998, 284, 286.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1083, 1084; Palandt/Diederichsen § 1570, Rdnr. 13.

<sup>27</sup> So auch MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 9; Budenbender FamRZ 1998, 129, 136. Palandt/Diederichsen § 1615 I, Rdnr. 19 verweist demgegenüber darauf, daß gegebenenfalls auch eine teilweise Fremdbetreuung mit dem Kindeswohl vereinbar sein kann.

<sup>28</sup> Vgl. § 1615 I Abs. 3 S. 3 BGB: die Ehefrau und minderjährige unverheiratete Kinder gehen der nichtehelichen Mutter vor; siehe auch Puls FamRZ 1998, 865, 875.

<sup>29</sup> MünchKomm/Köhler § 1615 I, Rdnr. 8; von Luxburg Rdnr. 194; Palandt/Diederichsen § 1615 I, Rdnr. 26.

<sup>30</sup> Schulz DAVorm 1996, 463, 468; von Luxburg Rdnr. 194.

<sup>31</sup> Z.B. Lohnfortzahlung des Arbeitgebers, Mutterschaftsgeld, Einkünfte aus Kapitalvermögen oder Vermietung und Verpachtung, Erziehungsgeld (insoweit streitig; für Berücksichtigung des Erziehungsgelds: Erman/Holzhauser § 1615 I, Rdnr. 5; dagegen: OLG Düsseldorf FamRZ 1989, 1226; von Luxburg Rdnr. 195; Puls FamRZ 1998, 865, 874).

<sup>32</sup> Dies ist völlig ungeklärt; vgl. von Luxburg Rdnr. 196. Da eine, dem § 1577 Abs. 2 BGB entsprechende Regelung fehlt, vorhandenes Einkommen (unabhängig von seiner Herkunft) die Bedürftigkeit jedoch mindert, ist von einer vollständigen Anrechnung auszugehen.

<sup>33</sup> Vgl. Soergel/Häberle § 1615 I, Rdnr. 3; MünchKomm/Köhler § 1615 I, Rdnr. 3; Wegmann MittBayNot 1998, 308, 313; DNotI-Report 1998, 205, 206.

<sup>34</sup> Vgl. Palandt/Diederichsen § 1614, Rdnr. 2; DNotI-Report 1998, 205, 206.

dürftigkeit des Berechtigten behaftet<sup>35</sup>. Vereinbarungen zur Ausgestaltung der Unterhaltspflicht werden zwar für möglich und zulässig erachtet, müssen aber den gesetzlichen Anspruch als solchen unangetastet lassen<sup>36</sup>.

Ob diese Verweisung auf § 1614 BGB angesichts der weitreichenden Angleichung des Unterhaltsanspruchs an § 1570 BGB zutreffend ist, erscheint fragwürdig. Hierauf ist nachfolgend in Abschnitt V. näher einzugehen.

### III. Der Unterhaltsanspruch wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes

#### 1. Die Ansprüche gemäß §§ 1360, 1361 BGB

Während des Bestehens der Ehe sind die Ehegatten gemäß § 1360 BGB einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Versorgt ein Ehegatte im gegenseitigen Einvernehmen die gemeinsamen Kinder, so sind ihm vom anderen Ehepartner die erforderlichen Mittel für die Haushaltsführung und den persönlichen Bedarf zur Verfügung zu stellen<sup>37</sup>.

Auch wenn die Ehe in die Krise geraten ist und die Ehegatten gemäß § 1567 Abs. 1 BGB getrennt leben, bleibt die gegenseitige Verantwortlichkeit in Form der gegenseitigen Unterhaltsverpflichtung gemäß § 1361 BGB grundsätzlich bestehen. Der bisher aufgrund der Kinderbetreuung nicht oder nicht voll berufstätige Ehepartner hat damit, ohne daß er zunächst gehalten wäre, an diesem Status etwas zu verändern<sup>38</sup>, einen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Ehegatten in Höhe des gesamten, nicht durch eigenes anrechenbares Einkommen gedeckten Unterhaltsbedarfs<sup>39</sup>. Der Berechnung zu Grunde zu legen sind die für die ehelichen Lebensverhältnisse objektiv prägenden Umstände<sup>40</sup>.

#### 2. Der Anspruch gemäß § 1570 BGB

Nach Rechtskraft des die Ehe auflösenden Scheidungsurteils ist zwar grundsätzlich jeder Ehegatte wirtschaftlich eigenverantwortlich<sup>41</sup>, doch wirkt die eheliche Solidarität in Form einzelner, im Gesetz enumerativ benannter Unterhaltsansprüche nach<sup>42</sup>. Insbesondere kann ein Ehegatte gemäß § 1570 BGB

Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Soweit weder die eigenen Einkünfte noch die Verwertung des im Rahmen des § 1577 BGB einzusetzenden Vermögensstamms ausreichen, den eigenen Unterhalt vollständig zu bestreiten, stehen dem betreuenden Elternteil daher für die Dauer der Kindesbetreuung Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil zu. Diese bemessen sich nach den die ehelichen Lebensverhältnisse nachhaltig prägenden Umständen<sup>43</sup>. Ein auf unzumutbaren Anstrengungen des Unterhaltsberechtigten beruhendes Einkommen ist im Rahmen des § 1577 Abs. 2 BGB anzurechnen<sup>44</sup>. Die Unterhaltsansprüche werden begrenzt durch die mit nachlassender Betreuungsbedürftigkeit des Kindes entstehende eigene Erwerbsobliegenheit, die nach objektiven Gesichtspunkten nach den persönlichen Umständen des Unterhalt begehrenden Elternteils und dem Lebensalter des Kindes zu beurteilen ist<sup>45</sup>. Nach den unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Oberlandesgerichte wird bei der Betreuung eines Kindes<sup>46</sup> regelmäßig eine Erwerbsobliegenheit bis zum Eintritt des Kindes in die dritte Grundschulklasse verneint. Ab diesem Zeitpunkt wird bis zur Vollendung des fünfzehnten Lebensjahres des Kindes eine Teilzeitbeschäftigung, danach eine Vollzeitbeschäftigung als zumutbar angesehen<sup>47</sup>.

### IV. Vereinbarungen über den Unterhaltsanspruch

#### 1. Vereinbarungen über den ehelichen Unterhalt

Die Unterhaltsansprüche gemäß §§ 1360, 1361 BGB sind für die Dauer des Bestehens der Ehe nicht verzichtbar<sup>48</sup>. In engen Grenzen sind jedoch Vereinbarungen möglich und zulässig. Dabei darf der gesetzliche Unterhaltsanspruch als solcher nicht angetastet werden. Die Regelungen können daher vorrangig der Ausgestaltung und Konkretisierung des Unterhaltsanspruchs, z.B. hinsichtlich der Höhe des Unterhalts und der Zahlungsmodalitäten, dienen<sup>49</sup>. Weitergehende Eingriffe in die gesetzlichen Regelungen sind nicht möglich, selbst wenn sie gegen Entgelt erfolgen<sup>50</sup>.

<sup>35</sup> Vgl. MünchKomm/Köhler § 1614, Rdnr. 4; Palandt/Diederichsen § 1614, Rdnr. 3.

<sup>36</sup> Vgl. BGH FamRZ 1984, 994, 999; MünchKomm/Köhler § 1614, Rdnr. 2; Palandt/Diederichsen vor § 1601, Rdnr. 14; Göppinger/Börger/Miesen Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung (7. Aufl. 1998) § 5, Rdnrn. 165 ff.

<sup>37</sup> Vgl. zum Umfang der Unterhaltspflicht § 1360 a BGB; auch: MünchKomm/Wacke § 1360, Rdnr. 10; § 1360 a, Rdnrn. 3 ff.; Palandt/Diederichsen § 1360, Rdnr. 10; § 1360 a, Rdnrn. 1 ff.; Langenfeld Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (3. Aufl. 1996) Rdnr. 57.

<sup>38</sup> Vgl. § 1361 Abs. 2 BGB und MünchKomm/Wacke § 1361, Rdnr. 26; Palandt/Diederichsen § 1361, Rdnr. 28; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnrn. 136 ff.

<sup>39</sup> Vgl. MünchKomm/Wacke § 1361, Rdnrn. 20 ff.; Palandt/Diederichsen § 1361, Rdnrn. 47 ff.

<sup>40</sup> MünchKomm/Wacke § 1361, Rdnr. 5; Palandt/Diederichsen § 1361, Rdnr. 50; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnrn. 31 ff.

<sup>41</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 58, 59; MünchKomm/Richter § 1569, Rdnr. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen § 30 I 1 (S. 404).

<sup>42</sup> Vgl. MünchKomm/Richter § 1569, Rdnr. 3; Johannsen/Henrich/Büttner Eherecht (3. Aufl. 1998) vor §§ 1569 – 1586 b, Rdnr. 1; Gernhuber/Coester-Waltjen § 30 I 1 (S. 404).

<sup>43</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1984, 292, 293; MünchKomm/Richter § 1578, Rdnrn. 3 ff.; Palandt/Diederichsen § 1578, Rdnr. 6; Langenfeld Rdnrn. 280 ff.; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnrn. 201 ff.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu z.B. MünchKomm/Richter § 1577, Rdnrn. 17 ff.; Palandt/Diederichsen § 1577, Rdnrn. 14 ff.

<sup>45</sup> Vgl. MünchKomm/Richter § 1570, Rdnrn. 7 f.; Palandt/Diederichsen § 1570, Rdnrn. 12 ff.; Langenfeld Rdnr. 262.

<sup>46</sup> Bei der Betreuung von zwei oder mehr Kindern gelten diese Grundsätze in dieser Form regelmäßig nicht, vgl. z.B. BGH FamRZ 1997, 873, 875 f.; Soergel/Häberle § 1570, Rdnr. 11; MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 13.

<sup>47</sup> Vgl. z.B. „Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate in Bayern“, abgedruckt in MittBayNot 1998, 284, 286 (Ziffer 18); Soergel/Häberle § 1570, Rdnr. 10; MünchKomm/Richter § 1570, Rdnrn. 9 ff.

<sup>48</sup> Ein erklärter Verzicht wäre als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. § 1360 a, § 1361 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 1614 BGB) gemäß § 134 BGB nichtig; vgl. MünchKomm/Wacke § 1360, Rdnr. 27; § 1361, Rdnr. 25; Palandt/Diederichsen § 1360 a, Rdnr. 8; Langenfeld Rdnr. 302; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnr. 163.

<sup>49</sup> Vgl. Johannsen/Henrich/Büttner § 1361, Rdnr. 139; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnrn. 165 ff.; Köhler/Luthin Handbuch des Unterhaltsrechts (8. Aufl. 1993) § 12, Rdnrn. 193 ff.; DNotI-Report 1998, 205, 206. Ein Unterschreiten des Tabellenunterhalts um etwa 20% wird in der Regel noch für zulässig gehalten.

<sup>50</sup> Vgl. im übrigen zu § 1614 BGB schon oben II. 3. a.E.

## 2. Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt

Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt unterliegen derartig engen Grenzen nicht. Durch § 1585 c BGB wird für diese Unterhaltsansprüche die Vertragsfreiheit weitgehend wieder hergestellt<sup>51</sup>. Die Ehegatten können vor und zu jedem Zeitpunkt nach der Eheschließung, selbst noch nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, regelnd in die gesetzlichen Bestimmungen über den nachehelichen Unterhalt eingreifen, diese ausgestalten und abändern<sup>52</sup>. Auch ein umfassender Verzicht, selbst auf Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB, ist möglich<sup>53</sup>.

Begrenzt wird die Vertragsfreiheit zunächst vor allem durch § 138 BGB<sup>54</sup>. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung Grenzen aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB)<sup>55</sup> hergeleitet.

### a) Die Sittenwidrigkeit der Unterhaltsvereinbarung

Eine Unterhaltsvereinbarung kann im Einzelfall sittenwidrig sein, wenn sie nach ihrem Gesamtcharakter, der aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck der Vereinbarung zu entnehmen ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt<sup>56</sup> (sogenannte Umstandssittenwidrigkeit<sup>57</sup>). Dies wird von der Rechtsprechung insbesondere dann bejaht, wenn eine Verzichtvereinbarung – auch ohne „Schädigungsabsicht“ – zur Sozialhilfebedürftigkeit des eigentlich Unterhaltsberechtigten führt<sup>58</sup>. Ob die Ausnutzung einer Zwangslage oder einer besonders bedrängten Lage ebenfalls das Sittenwidrigkeitsverdikt begründen kann, ist umstritten. Der BGH hat bisher dahin entschieden, daß dies zumindest nicht schon dann angenommen werden kann, wenn die Ehefrau schwanger ist<sup>59</sup>, die Vereinbarung ein gro-

bes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung aufweist<sup>60</sup> oder Abreden überwiegend oder ausschließlich zugunsten eines Vertragsteils getroffen werden<sup>61</sup>. Auch ein vor Eheschließung abgegebener Verzicht auf nachehelichen Unterhalt ist – selbst wenn er als sogenannter „Globalverzicht“ den Ausschluß von Zugewinn und Versorgungsausgleich mit umfaßt – per se ebensowenig sittenwidrig<sup>62</sup> wie ein während des Bestehens der Ehe abgegebener vorsorgender Unterhaltsverzicht<sup>63</sup>. Hinzukommen müssen jeweils weitere, zusätzliche Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen, wie zum Beispiel das bewußte oder grob fahrlässige Ausnutzen der schwächeren Position des Übervorteilten<sup>64</sup>.

Hier setzen einige Stimmen in der Literatur an, die bei derartigen, oft einseitig die Ehefrau belastenden Vereinbarungen aus der Annahme einer „strukturellen Unterlegenheit“ die Sittenwidrigkeit herzuleiten versuchten<sup>65</sup>. Insbesondere *Schwenzler*<sup>66</sup> meint, eine solche Unterlegenheit der Ehefrau mit deren „sozio-ökonomischer“ und „psychologischer“ Situation belegen zu können. Ehefrauen seien regelmäßig jünger als ihre Partner, hätten eine schlechtere Bildung, erzielten niedrigere Einkommen in untergeordneten Positionen und beugten sich aufgrund ihrer körperlichen Unterlegenheit und wegen ihrer, im Vergleich zu Männern geringeren Konfliktbereitschaft leichter einem bei Vertragsverhandlungen auf sie ausgeübten Druck, so daß sie gegenüber ihrem männlichen Vertragspartner ihre wohlverstandenen Interessen nicht angemessen zur Durchsetzung bringen können. Ob eine aus diesen Umständen gefolgerte „strukturelle Unterlegenheit“ indessen mehr sein kann, als eine bloße Unterstellung, ist fraglich<sup>67</sup>. Denn letztlich sind die genannten Gegebenheiten kein Spezifikum ehevertraglicher Vereinbarungen. Vielmehr können sie bei anderweitigen Verträgen ebenso zutreffen. Will man aber die Vertragsfreiheit nicht generell in Frage stellen, kann nicht allein deshalb, weil ein *Mann* mit einer *Frau* einen Vertrag abschließt, angenommen werden, die Frau wäre, zumindest im Regelfall, der benachteiligte Vertragsteil<sup>68</sup>.

*Büttner*<sup>69</sup> erkennt die Problematik dieses Ansatzes und versucht daher den Begriff der „strukturellen Unterlegenheit“ durch Fallgruppenbildung zu objektivieren und in rechtlich

<sup>51</sup> Vgl. nur BGH NJW 1985, 1833; 1991, 913, 914; 1997, 192, 193; OLG Bamberg NJW 1991, 2276; OLG Koblenz FamRZ 1996, 1212; MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 1; Langenfeld Rdnr. 629.

<sup>52</sup> Vgl. nur BGH NJW 1985, 1833; 1991, 913, 914; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734, 735; MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnrn. 1, 6; Langenfeld Rdnr. 629.

<sup>53</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 1833; 1987, 776; OLG Köln FamRZ 1990, 634; MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnrn. 6, 20; Palandt/Diederichsen § 1585 c, Rdnr. 11; kritisch besonders: Bosh FS-Habscheid 1989, 23, 34 ff.

<sup>54</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1991, 913, 914; 1997, 192, 193; OLG Koblenz FamRZ 1996, 1212, MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnrn. 46 ff. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB steht regelmäßig nicht in Rede. § 1614 BGB kommt hier – selbst für § 1570 BGB – nicht in Betracht, da das Gesetz mit § 1585 c BGB sich von dem Verzichtsverbot ausdrücklich distanziert hat, vgl. Palandt/Diederichsen § 1585 c, Rdnr. 9.

<sup>55</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1985, 1833; OLG Hamm FamRZ 1989, 398.

<sup>56</sup> BGH NJW 1983, 1851, 1852; 1985, 1833, 1834; 1991, 913, 914; 1992, 3164; Soergel/Häberle § 1585 c, Rdnr. 16; MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 46; kritisch wegen der Unbestimmtheit dieser Formel: Langenfeld Rdnr. 633.

<sup>57</sup> Vgl. MünchKomm/Mayer-Maly § 138, Rdnr. 9; Palandt/Heinrichs § 138, Rdnr. 8.

<sup>58</sup> Aspekt der Drittschädigung; vgl. BGH NJW 1983, 1851, 1852; 1985, 1833, 1834; Soergel/Häberle § 1585 c, Rdnr. 16; Palandt/Heinrichs § 138, Rdnr. 47; anders noch die ältere Rechtsprechung (Schädigungsabsicht erforderlich), Nachweise hierzu bei BGH NJW 1983, 1851, 1852.

<sup>59</sup> So BGH NJW 1992, 3164, 3165, der in der Schwangerschaft ausdrücklich keinen Grund für den Verlust des Urteilsvermögens der Ehefrau sieht; anders, aber unzutreffend: Büttner FamRZ 1998, 1, 5.

<sup>60</sup> § 138 Abs. 2 BGB ist generell auf familienrechtliche Verträge nicht anwendbar, vgl. BGH NJW 1992, 3164, 3165; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734, 735.

<sup>61</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 1833, 1834; OLG Koblenz FamRZ 1996, 1212.

<sup>62</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 3164 f., zustimmend Wendl/Staudigl/Pauling, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis (4. Aufl. 1997) § 6, Rdnr. 609, aus dem Gesichtspunkt der Eheschließungsfreiheit.

<sup>63</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 192 f. aus dem Gesichtspunkt der Ehescheidungsfreiheit.

<sup>64</sup> Vgl. Langenfeld Rdnr. 637; Gerber DNotZ-Sonderheft 1998, 288\*, 290\*.

<sup>65</sup> Vgl. vor allem Büttner FamRZ 1998, 1, 4 f.; ders. in *Johannsen/Henrich* § 1585 c, Rdnr. 18; nach anderer Auffassung soll, bei vergleichbarer Argumentation, die Korrektur der Vereinbarung nicht über § 138 BGB, sondern – im Wege einer allgemeinen Inhaltskontrolle – über § 242 BGB herbeigeführt werden, vgl. Schwenzler AcP 196 (1996), 88, 104 ff.; Heß FamRZ 1996, 981, 986 f.

<sup>66</sup> AcP 196 (1996), 88, 104 ff.

<sup>67</sup> Kritisch auch: Grziwotz FamRZ 1997, 585, 588; ders. DNotZ-Sonderheft 1998, 228\*, 261\* ff.; Büttner FamRZ 1998, 1, 4 f.

<sup>68</sup> Vgl. Grziwotz FamRZ 1997, 585, 589; ders. DNotZ-Sonderheft 1998, 228\*, 263\*.

<sup>69</sup> FamRZ 1998, 1, 5.

faßbare Kategorien einzufügen. Wie die von ihm angeführten Beispiele zeigen, ist jedoch auch dieser Versuch zum Scheitern verurteilt. Warum soll z.B. nur der eine künftige Ehepartner psychisch unter Druck stehen, wenn eine mit großem Aufwand vorbereitete Hochzeit vom Abschluß eines Ehevertrags abhängig gemacht wird<sup>70</sup>? Welcher Ehegatte zu welchem Zeitpunkt unter einem größeren psychischen Zwang steht, läßt sich typisierend nicht sagen<sup>71</sup>. Die Frage der Sittenwidrigkeit kann daher nur im Einzelfall entschieden und nur bei Vorliegen schwerwiegender Gründe bejaht werden.

Gerade bei notariellen Unterhaltsvereinbarungen, bei denen den Vertragsteilen die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen bekannt ist (§ 17 BeurkG), wird jedoch eine Sittenwidrigkeit regelmäßig nicht in Betracht kommen<sup>72</sup>.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist der Augenblick des Vertragsschlusses<sup>73</sup>. Dies schließt regelmäßig bei einer vor Eheschließung getroffenen vorsorgenden Vereinbarung die Sittenwidrigkeit selbst dann aus, wenn umfassend auf jeglichen nachhelichen Unterhalt verzichtet wird. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses besteht eine über § 1615 I BGB hinausgehende Unterhaltsverpflichtung nicht, kann also der Verzicht das Risiko der Sozialhilfebedürftigkeit des Verzichtenden nicht herbeiführen oder erhöhen. Vielmehr verbessert die nachfolgende Eheschließung, zumindest für die Dauer der Ehe, die unterhaltsrechtliche Situation des Bedürftigen<sup>74</sup>. Kalkulieren die Vertragsteile eine baldige Ehescheidung ein und schließen dennoch jegliche Unterhaltsansprüche aus, kann dies jedoch die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung bedingen<sup>75</sup>.

#### b) Die Korrektur der Vereinbarung an § 242 BGB

Wegen der – zurecht – hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Sittenwidrigkeitsvoraussetzungen stellt, gewinnt neben der auf § 138 BGB gestützten Einschränkung der Vertragsfreiheit die Korrektur an den Maßstäben von Treu und Glauben besondere Bedeutung. Dieser, in § 242 BGB verankerte Grundsatz ist im Zusammenhang mit Unterhaltsvereinbarungen, speziell bei Unterhaltsverzicht, regelmäßig nicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäfts-

grundlage einschlägig<sup>76</sup>. Die Rechtsprechung stützt sich meist auf den Aspekt der unzulässigen Rechtsausübung<sup>77</sup> und versagt dem aus der Unterhaltsvereinbarung Berechtigten, im Regelfall nur vorübergehend, ein Berufen auf die Vereinbarung, wenn diese aufgrund einer späteren, nicht vorhersehbaren Entwicklung mit Treu und Glauben nicht vereinbar ist<sup>78 79</sup>, insbesondere weil die überwiegenden schutzwürdigen Interessen eines gemeinsamen Kindes eine Unterhaltsleistung erfordern<sup>80</sup>. Doch selbst wenn die eingetretenen Umstände nicht unvorhersehbar waren, wird dem Berechtigten ein Berufen auf die Unterhaltsvereinbarung verwehrt, wenn und soweit das Wohl eines gemeinschaftlichen, vom anderen Elternteil betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltungspflicht erfordert<sup>81</sup>.

Die getroffene Unterhaltsvereinbarung als solche bleibt wirksam. Sie ist nur in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt<sup>82</sup>. Dem unterhaltsberechtigten, betreuenden Elternteil wird ein zeitlich und der Höhe nach beschränkter Unterhaltsanspruch eingeräumt<sup>83 84</sup>, der sich nicht an den vorehelichen oder ehelichen Lebensverhältnissen, sondern allein an den Umständen orientiert, derentwegen das Berufen auf die Vereinbarung versagt wird, insbesondere also am Kindeswohl. Bei einem vollständigen Verzicht erhält der verzichtende Ehegatte daher regelmäßig nur den notwendigen Unterhalt, der sich häufig mit dem Mindestbedarf nach den einschlägigen Unterhaltstabellen decken wird<sup>85</sup>. Nur ausnahmsweise kann das Maß des Un-

<sup>70</sup> So auch BGH NJW 1992, 3164, 3165.

<sup>71</sup> Vgl. auch *Grziwotz* FamRZ 1997, 585, 589.

<sup>72</sup> So auch *Langenfeld* Rdnr. 633; *ders.* in FS-Schippel 1996, 251, 265. *Büttner* FamRZ 1998, I, 4 beruft sich zur Untermauerung seiner Auffassung auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger, BVerfG FamRZ 1994, 151 ff. Dies geht, zumindest für notariell beurkundete Unterhaltsvereinbarungen, ins Leere. Denn das BVerfG stützt in seiner Entscheidung die Einschränkung der Vertragsfreiheit gerade auch auf die mangelnde Überschaubarkeit der Risiken, BVerfG a.a.O. S. 154. Zumindest bei einer notariell beurkundeten Vereinbarung ist den Beteiligten aber die Tragweite ihrer Erklärungen bekannt, so daß ihnen eine Risikoeinschätzung möglich ist. Eine nachträgliche Korrektur der getroffenen Regelungen ist daher weder erforderlich noch geboten.

<sup>73</sup> BGH NJW 1991, 913, 914; OLG Hamm FamRZ 1991, 88 f.; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734, 735; OLG Koblenz FamRZ 1996, 1212; *Soergel/Häberle* § 1585 c, Rdnr. 14; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 138, Rdnr. 114; *Palandt/Heinrichs* § 138, Rdnr. 9; kritisch hierzu *Heß* FamRZ 1996, 981, 985 f., der ein Hinausschieben des Beurteilungszeitpunktes auf den Augenblick des Eintritts der Rechtswirkungen für sinnvoll erachtet.

<sup>74</sup> So ausdrücklich BGH NJW 1992, 3164 f.; *Langenfeld* Rdnr. 637.

<sup>75</sup> Vgl. OLG Celle FamRZ 1992, 447.

<sup>76</sup> Nach herrschender Auffassung bewirkt der Unterhaltsverzicht eine Beseitigung des Unterhaltsstammrechts, vgl. *MünchKomm/Richter* § 1585 c, Rdnr. 21; *Göppinger/Wax/Hoffmann* Unterhaltsrecht (6. Aufl. 1994) Rdnr. 1776; *Langenfeld* Rdnr. 634. Ein künftiges Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs wegen Entfalls der Geschäftsgrundlage ist mithin ausgeschlossen, vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 171, 172 f. Bei anderen Unterhaltsvereinbarungen müßten übereinstimmende konkrete Erwartungen oder Vorstellungen der Vertragsteile fehlgegangen sein, um einen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen zu können, vgl. *Johannsen/Henrich/Büttner* § 1585 c, Rdnr. 17; *MünchKomm/Richter* § 1585 c, Rdnr. 38.

<sup>77</sup> Vgl. *MünchKomm/Richter* § 1585 c, Rdnrn. 20, 42; *Langenfeld* Rdnr. 635; *Heß* FamRZ 1996, 981, 986 f., der aber darüber hinaus eine Inhaltskontrolle der getroffenen Unterhaltsvereinbarung fordert, wenn Rechte Dritter betroffen werden.

<sup>78</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 1835, 1836; 1987, 776; 1991, 913, 914; OLG Köln NJW 1991, 2776.

<sup>79</sup> Weil zum Beispiel ein gemeinsames Kind geboren wird, das im Zeitpunkt des Verzichts, der während eines laufenden Scheidungsverfahrens vereinbart wurde, nicht vorhersehbar war, so der Fall BGH NJW 1985, 1835.

<sup>80</sup> So BGH NJW 1987, 776, 777 mit zustimmender Anm. *Göppinger* JZ 1987, 113 f.; BGH NJW 1991, 913, 914; 1992, 3164, 3166.

<sup>81</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 3164, 3165; 1995, 1148; 1997, 192, 193; BGH FamRZ 1997, 873, 874; OLG Hamm FamRZ 1991, 88, 89; OLG Bamberg NJW 1991, 2776, 2777; OLG Celle FamRZ 1992, 447; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734, 735.

<sup>82</sup> Vgl. *Erman/Dieckmann* § 1585 c, Rdnr. 38; ausführlich zu der hierin liegenden „Ausübungskontrolle“: *Langenfeld* FS-Schippel 1996, 251, 252 ff.

<sup>83</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 873, 874.

<sup>84</sup> Die in der Anwendung des § 242 BGB gegenüber § 138 BGB höhere Flexibilität auf der Rechtsfolgenseite wird als Vorteil dieser Rechtsprechung hervorgehoben, vgl. z.B. *Heß* FamRZ 1996, 981, 988.

<sup>85</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 3164, 3166 mit zustimmender Anmerkung *Koch* JR 1993, 197 f.; BGH FamRZ 1997, 873, 875; OLG Bamberg NJW 1991, 2776, 2777; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734, 735; *Erman/Dieckmann* § 1585 c, Rdnr. 17. Der Sozialhilfesatz reicht im Regelfall nicht aus, um den erforderlichen Unterhaltsbedarf zu decken, da die Sozialhilfe neben diesem Betrag noch weitere Zahlungen und Leistungen vorsieht. Vgl. auch *Gerber* DNotZ-Sonderheft 1998, 288\*, 293\* f.

terhaltsanspruchs hierüber hinausgehen, wenn zum Beispiel bei einem behinderten Kind eine erhöhte Betreuungsbedürftigkeit vorliegt und daher aus Gründen des Kindeswohls ein höherer Unterhalt erforderlich erscheint<sup>86</sup>. Zeitlich wird die Berufung auf die Unterhaltsvereinbarung nur solange ausgeschlossen, wie die Notwendigkeit der Kindesbetreuung andauert<sup>87</sup>. Als Maßstab hierfür hat im Regelfall die Rechtsprechung zur gestuften Erwerbsobliegenheit zu dienen<sup>88</sup>.

## V. Konsequenzen aus der Neufassung des § 1615 I BGB

### 1. Vereinbarungen über den Anspruch auf Betreuungsunterhalt

Die durch die Erweiterung des Unterhaltsanspruchs des § 1615 I BGB entstandene Situation im Hinblick auf Unterhaltsvereinbarungen ist überraschend und widersprüchlich. Der vom Gesetz in mehrfacher Hinsicht privilegierte Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB<sup>89</sup> ist gemäß § 1585 c BGB grundsätzlich disponibel, während der als Unterhalt „minderen Ranges“ ausgestaltete Anspruch nach § 1615 I BGB<sup>90</sup>, wegen der Verweisung in Absatz 3, Vereinbarungen nur in den engen Grenzen des § 1614 BGB zuzulassen scheint<sup>91</sup>. Dies mag, solange der Anspruch aus § 1615 I BGB nur eine untergeordnete Rolle spielte, akzeptabel gewesen sein. Nach der weitreichenden Annäherung an § 1570 BGB bedarf es einer Harmonisierung.

Entsprechend einer wiederholt geäußerten Auffassung könnte die Angleichung durch generelle Unabdingbarkeit beider Unterhaltsansprüche herbeigeführt werden<sup>92</sup>. Dies würde aber das unbestreitbare praktische Bedürfnis nach einer flexiblen Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Eltern untereinander vernachlässigen und die streitvermeidende und befriedigende Funktion klarer Regelungen, die letztlich auch auf die Interessen des gemeinsamen Kindes ausstrahlen, außer Acht lassen<sup>93</sup>. Ein Ausschluß der Dispositionsfreiheit erscheint daher unzutreffend<sup>94</sup>. Vielmehr ist aus der Annäherung an § 1570 BGB zu folgern, daß auch die für diesen Unterhaltsanspruch geltenden Regelungsmöglichkeiten in den Rahmen des § 1615 I BGB einzubeziehen sind<sup>95</sup>. Die insoweit dem Anschein nach gegenläufige Gesetzesfassung des § 1615 I Abs. 3 Satz 1 BGB ist wegen ihrer systematischen Widersprüchlichkeit teleologisch einzuschränken. § 1614 BGB kann damit weder für § 1570 BGB noch für § 1615 I BGB Geltung bean-

spruchen. Gegenteiliges läßt sich auch nicht daraus ableiten, daß der jeweilige Unterhaltsanspruch „allein im Kindesinteresse gewährt [wird], so daß auch sachlich die Anwendung des § 1614 geboten ist“<sup>96</sup>. Dies verkennt, daß es sich weder bei § 1570 BGB noch bei § 1615 I BGB um einen Anspruch *des Kindes*, sondern stets um einen Anspruch des betreuenden Elternteils handelt<sup>97</sup>. Die verfassungsrechtlich<sup>98</sup> gebotene Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls bei geschiedenen Ehen oder nicht miteinander verheirateten Eltern ändert daran nichts. Die Unterhaltsansprüche werden immer nur *auch* im Kindesinteresse gewährt<sup>99</sup>.

Damit erscheint bereits *de lege lata* der Unterhaltsanspruch gemäß § 1615 I BGB als in weitem Umfang dispositiv<sup>100</sup>, doch wäre eine eindeutige Klarstellung der Rechtslage zur Vermeidung künftiger Auslegungsprobleme wünschenswert. Der Gesetzgeber sollte daher *de lege ferenda* auch im Rahmen des § 1615 I BGB die ausdrückliche Geltung des § 1585 c BGB bestätigen<sup>101</sup>.

### 2. Form der Unterhaltsvereinbarungen

Unterhaltsvereinbarungen gemäß § 1585 c BGB sind formlos wirksam<sup>102</sup>. Formerfordernisse können sich nur ergeben, wenn die Unterhaltsvereinbarungen mit anderen, ihrerseits formbedürftigen Erklärungen verknüpft werden<sup>103</sup> oder ihrem Inhalt nach selbst formbedürftig sind<sup>104</sup>. Damit steht § 1585 c BGB in einem deutlichen Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 1408 Abs. 2, 1587 o Abs. 2, 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB. Während bei diesen Vereinbarungen – über den Zugewinn oder den Versorgungsausgleich – die notarielle Beurkundung stets Wirksamkeitsvoraussetzung ist, können Ehegatten über ihre nahehelichen Unterhaltsansprüche mündlich oder gar stillschweigend bindende Verträge schließen. Dies wird der oft existentiellen Bedeutung der Unterhaltsansprüche für die Beteiligten in keiner Weise gerecht. Gerade bei Unterhaltsvereinbarungen ist die Mitwirkung des fachkundigen Beraters von besonderer Bedeutung, um die Vertragspartner vor übereilten Erklärungen zu bewahren und ihnen die rechtliche Tragweite ihrer Vereinbarungen vor Augen zu führen. Die Gefahr von sittenwidrigen Verträgen läßt sich durch die präventive Einschaltung einer rechtskundigen und zur strikten Neutralität verpflichteten Urkundsperson wirkungsvoll ban-

<sup>86</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1148, 1149.

<sup>87</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1148, 1149.

<sup>88</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1148, 1149; MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 20; Erman/Dieckmann § 1585 c, Rdnr. 17.

<sup>89</sup> Vgl. insbesondere §§ 1577 Abs. 4 Satz 2, 1579 Abs. 2, 1582 Abs. 1 Sätze 2 und 3, 1586 a Abs. 1 Satz 1 BGB; und Soergel/Häberle § 1570, Rdnr. 16; MünchKomm/Richter § 1570, Rdnrn. 22 ff.; Johannsen/Henrich/Büttner § 1570, Rdnr. 29

<sup>90</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 3.

<sup>91</sup> Auf diesen Widerspruch hat schon Bosch FS-Habscheid 1989, 23, 26 f. hingewiesen.

<sup>92</sup> So vor allem Bosch FS-Habscheid 1989, 23, 34 ff.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu Johannsen/Henrich/Voelskow (2. Aufl. 1992) § 1585 c, Rdnr. 1; von Luxburg Rdnr. 202.

<sup>94</sup> Vgl. auch Herb NJW 1987, 1525, 1527; Göppinger/Wax/Hoffmann Rdnr. 1779, die § 1570 BGB ausdrücklich nicht dem Kreis der unabdingbaren Unterhaltstatbestände zuordnen wollen.

<sup>95</sup> So andeutungsweise Johannsen/Henrich/Büttner § 1585 c, Rdnr. 31.

<sup>96</sup> So aber Johannsen/Henrich/Büttner § 1585 c, Rdnr. 31.

<sup>97</sup> Ausdrücklich zu § 1615 I BGB: BT/Drucks. 13/4899, S. 167; Schulz DAVorm 1996, 463, 465; Gerber DNotZ-Sonderheft 1998, 288\*, 293\*.

<sup>98</sup> Vgl. zu der Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu ermöglichen und bei Scheidung der Ehe die hieraus resultierenden Nachteile möglichst gering zu halten: BVerfG NJW 1981, 1771, 1772.

<sup>99</sup> Vgl. MünchKomm/Richter § 1570, Rdnr. 1; Puls FamRZ 1998, 865, 869 fordert eine Umqualifizierung des Anspruchs in einen echten Anspruch des betreuten Kindes.

<sup>100</sup> Der vorsichtige Berater wird stets auf die widersprüchliche Gesetzeslage hinweisen.

<sup>101</sup> So auch Puls FamRZ 1998, 865, 876.

<sup>102</sup> Vgl. nur MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 34; Soergel/Häberle § 1585 c, Rdnr. 10; Erman/Dieckmann § 1585 c, Rdnr. 12.

<sup>103</sup> Vgl. MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 36; Langenfeld Rdnr. 632; Rau MittRhNotK 1988, 187, 188; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnr. 7; zurückhaltender: Kanzleiter NJW 1997, 217, 220.

<sup>104</sup> Z.B. bei einem Leibrentenvertrag oder der schenkweisen Einräumung des Unterhaltsanspruchs, vgl. MünchKomm/Richter § 1585 c, Rdnr. 35; Erman/Dieckmann § 1585 c, Rdnr. 12; Göppinger/Börger/Miesen § 5, Rdnr. 5.

nen. Ebenso tragen klare rechtliche Regelungen, die in einer öffentlichen Urkunde niedergelegt werden, zur Streitvermeidung bei und entlasten damit letztlich auch die Gerichte.

Daher sollte für alle Unterhaltsvereinbarungen, sei es über Ansprüche aus § 1615 I BGB oder aus §§ 1570 ff. BGB, *de lege ferenda* generell die notarielle Form vorgesehen werden<sup>105</sup>.

### 3. Umfang der Unterhaltspflicht bei Korrektur einer Unterhaltsvereinbarung gemäß § 242 BGB

Solange der gesetzliche Unterhaltsanspruch nicht durch Vereinbarungen ausgestaltet, verändert oder ausgeschlossen wird, richtet sich sowohl dessen zeitlicher Umfang als auch dessen Höhe nach den vorstehend umrissenen Grundsätzen. Wird jedoch der Unterhaltsanspruch verändert, insbesondere bei einem Verzicht auf Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB, greift die Rechtsprechung in bestimmten, oben dargestellten Fällen durch eine Korrektur an den Maßstäben von Treu und Glauben ein. Vergleicht man das Ergebnis dieses korrigierenden Eingreifens mit dem gesetzlichen Unterhaltsanspruch nach § 1615 I BGB, werden Wertungswidersprüche offenbar, die Anlaß sein sollten, die bisherige Rechtsprechung zu modifizieren.

Nach der Rechtsprechung des BGH lebt durch die Anwendung des § 242 BGB auf den erklärten Unterhaltsverzicht das endgültig beseitigte Unterhaltsstammrecht nicht wieder auf. Vielmehr wird dem aus dem Verzicht Begünstigten nur das Berufen auf die Unterhaltsvereinbarung versagt, *wenn und soweit* das Wohl des gemeinschaftlichen Kindes dies erfordert. Im Rahmen des Kindschaftsreformgesetzes hat der Gesetzgeber aber ausdrücklich die nach seiner Auffassung notwendige Mindestdauer der Unterhaltsgewährung festgestellt: Nur bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes ist eine Gewährung von Betreuungsunterhalt an den betreuenden Elternteil unabdingbar, wenn nicht ausnahmsweise ein Fall erhöhter Betreuungsbedürftigkeit vorliegt. Danach kann im Regelfall die Kindesbetreuung in anderer Weise, zum Beispiel in einem Kindergarten, erfolgen, ohne daß sich dies typischerweise zum Nachteil des Kindes auswirkt<sup>106</sup>. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf § 24 Abs. 1 SGB VIII, der für ein Kind ab dem vollendeten dritten Lebensjahr einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz vorsieht, auf § 15

<sup>105</sup>So auch *Bosch* FS-Habscheid 1989, 23, 44; *Johannsen/Henrich/Voelskow* (2. Aufl. 1992) § 1585 c, Rdnr. 4; *Johannsen/Henrich/Büttner* § 1585 c, Rdnr. 4; *Göppinger/Börger/Miesen* § 5, Rdnr. 4; *Langenfeld* Rdnr. 632; *Rau* MittRhNotK 1988, 187, 188; auch *Puls* FamRZ 1998, 865, 876, die jedoch zusätzlich eine familiengerichtliche Genehmigung solcher Verträge fordert.

<sup>106</sup>Zu alle dem BT-Drucks. 13/4899, S. 167.

BERzGG und § 56 Abs. 1 SGB VI, die die Höchstdauer des Erziehungsurlaubs und die anrechenbare Erziehungszeit jeweils auf drei Jahre begrenzen, sowie auf § 18 Abs. 3 Satz 3 BSHG<sup>107</sup>, der feststellt, daß „die geordnete Erziehung eines Kindes, welches das dritte Lebensjahr vollendet hat, in der Regel dann nicht gefährdet [ist], wenn und soweit [...] die Betreuung des Kindes in einer Tageseinrichtung oder Tagespflege [...] sichergestellt ist“<sup>108</sup>.

Selbst wenn also die *gesetzliche* Unterhaltspflicht nach § 1570 BGB wesentlich darüber hinaus reicht, darf die allein am Kindeswohl orientierte, aus § 242 BGB hergeleitete Unterhaltsverpflichtung den Zeitraum bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des (jüngsten) gemeinsamen Kindes nicht überschreiten<sup>109</sup>. Eine darüber hinausgehende Einschränkung des Unterhaltsverzichts findet nach den benannten gesetzlichen Vorgaben keine Legitimation mehr in den zwingenden Interessen des Kindeswohls und entwertet daher über Gebühr die wirksam getroffene Unterhaltsvereinbarung<sup>110</sup>.

## VI. Zusammenfassung

Durch die weitgehende tatbestandliche Angleichung der §§ 1615 I, 1570 BGB stellt sich die Frage, ob beide Unterhaltsansprüche, trotz einer diesbezüglich scheinbar unterschiedlichen Ausgangslage, vertraglichen Regelungen zugänglich sind und bleiben. Nach der hier vertretenen Auffassung gilt für beide Normen § 1585 c BGB und eröffnet weitreichende Dispositionsfreiheit. *De lege ferenda* sollte dies auch bei § 1615 I BGB ausdrücklich klargestellt werden. Ebenfalls *de lege ferenda* erscheint es empfehlenswert, die Wirksamkeit solcher Unterhaltsvereinbarungen von der notariellen Beurkundung abhängig zu machen.

Die gesetzlichen Änderungen sollten darüber hinaus Anlaß geben, die von der Rechtsprechung vorgenommene Korrektur von Unterhaltsvereinbarungen an den Maßstäben von Treu und Glauben zu überdenken und, bei einem wirksamen Unterhaltsverzicht, den aus § 242 BGB hergeleiteten Unterhaltsanspruch auf die ersten drei Lebensjahre des gemeinsamen Kindes zu beschränken.

<sup>107</sup>Dazu auch *Puls* FamRZ 1998, 865, 867.

<sup>108</sup>Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 167.

<sup>109</sup>So andeutungsweise, wenngleich im Ergebnis ablehnend: *Büttner* FamRZ 1998, 1, 7.

<sup>110</sup>Generell zu der Kritik an der Entwertung des Unterhaltsverzichts durch eine ausweitende Korrektur von Unterhaltsvereinbarungen an den Maßstäben von Treu und Glauben: *Johannsen/Henrich/Voelskow* (2. Aufl. 1992) § 1585 c, Rdnr. 21; *Langenfeld* Rdnr. 636; auch: *Meder* FuR 1993, 12, 20 f.; *Erman/Dieckmann* § 1585 c, Rdnr. 17.

## Haftungsbegrenzung im dispositiven Amtsbereich\*

Von Notar a.D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

In einem Festschriftenbeitrag „Belehrung und Haftung im dispositiven Tätigkeitsbereich des Notars“ ist *Lichtenberger* darauf eingegangen, daß der Notar in vielen Fällen Versuche unternimmt, den Beteiligten weit über seine Amtspflichten hinaus zu helfen: „Schränkt man hier die Möglichkeiten ein und droht mit der Haftung, so dürfte dies zu einer Verarmung der entsprechenden Praxis führen und damit zu einem verminderten Schutz der Beteiligten. Es ist ja immer besser zu versuchen zu helfen, als wegen möglicher Risiken diesen Versuch zu unterlassen“<sup>1</sup>. Darauf soll hier näher eingegangen werden.

Ausgang muß die gesellschaftliche Funktion des Notariats sein, die *Lichtenberger* bereits früher<sup>2</sup> dargestellt hat. *Lichtenberger* zeigt das Notariat „im Spannungsfeld zwischen der klassischen Funktion der öffentlichen Urkundsperson mit der damit verbundenen, aber doch auf diese Aufgabe begrenzten Belehrung“ und einer weitergehenden „Beratung, Betreuung, Fürsorge oder Unterstützung im weitesten Sinne“ (a.a.O. S. 117). Gerade diese weitergehende konsultative Tätigkeit des Notars wird in der Literatur mit Recht herausgestellt. Es ist aber auch daran zu denken, daß die Rechtsprechung, wenn nicht des BGH, so doch vieler Instanzgerichte, dazu neigt, aus solchen Veröffentlichungen Amtspflichten abzuleiten, deren Verletzung den Notar nicht nur schadensersatzpflichtig macht, sondern ihn auch dem (ihn oft persönlich mehr treffenden) Vorwurf der Amtspflichtverletzung aussetzt. Deshalb erscheint es geboten, die Amtspflichten des Notars klar herauszustellen und von einer oft zusätzlich übernommenen Tätigkeit abzugrenzen, so schwierig dies im Einzelfall auch ist. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der konsultativen Tätigkeiten, wie Rechtsbelehrung, Beratung und Betreuung.

### 1. Rechtsbelehrung nach § 17 BeurkG

Dabei sollen die Begriffe „Belehrung“ und „Beratung“ so verwendet werden, wie sie das BeurkG und die BNotO verwendet. Es trifft zwar zu, daß Belehrung und Beratung im täglichen Sprachgebrauch kaum unterschieden werden. Etwas anderes gilt aber für Begriffe, die das Gesetz verwendet, um bestimmte Rechtsfolgen daran zu knüpfen.

§ 17 BeurkG verlangt die Belehrung der in der Verhandlung anwesenden Beteiligten über die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“. Der Begriff der rechtlichen Tragweite ist von der Rechtsprechung definiert worden. Rechtliche Tragweite sind zunächst die unmittelbaren rechtlichen Folgen, die das Gesetz an eine Willenserklärung knüpft. Ist eine Willenserklärung darauf gerichtet, rechtliche Folgen zu erzielen, so umfaßt die rechtliche Tragweite der Willenserklärung notwendig diese

gewollten unmittelbaren Rechtsfolgen. Die Rechtsprechung des 9. Senats des BGH hat den Begriff der „rechtlichen Tragweite“ aber erweitert. Zur rechtlichen Tragweite gehört danach auch die Sicherung von Leistung und Gegenleistung beim Grundstückskaufvertrag<sup>3</sup>, auch die Sicherung eines lastenfreien Erwerbs des gekauften Grundstücks<sup>4</sup>.

Mag die Frage, ob ein Grundstück belastet oder unbelastet erworben wird, ebenso wie die Frage, ob ein Grundstück Sachmängel aufweist oder nicht, logisch zur Beschaffenheit des Grundstücks, also zur wirtschaftlichen Tragweite zählen, so muß doch bei der Auslegung des § 17 BeurkG eine teleologische Auslegung entscheidend sein. Zweck der Beurkundungsvorschrift ist es, einen Grundbestand an rechtlicher Belehrung zu sichern. Dazu zählt der BGH beim Grundstückskaufvertrag mit Recht die Sicherung von Leistung und Gegenleistung. Der Sicherung dieses Grundbestandes an Rechtsbelehrung dient das qualifizierte Beurkundungsverfahren nach dem zweiten Abschnitt des BeurkG, das zwingend eine „Verhandlung“ (§ 8 BeurkG) vorschreibt.

Bestandteil und entscheidender Abschluß dieser Verhandlung ist das Verlesen der Niederschrift und die damit verbundene Rechtsbelehrung. Die durch die Verfahrensvorschrift des § 17 BeurkG in diesem Verfahren<sup>5</sup> vorgeschriebene Rechtsbelehrung ist grundsätzlich unverzichtbar: Verfahrensvorschriften stehen, wie *Lichtenberger* zutreffend ausführt<sup>6</sup>, nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.

### 2. Beratung nach § 24 BNotO

Zum Amt des Notars gehört auch die „Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten“ (§ 24 BNotO). Diese Tätigkeiten zählen nicht zur „Urkundstätigkeit“ (§ 10a BeurkG), sondern zur „sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“. § 24 BNotO bestimmt, daß diese Tätigkeiten zur Amtstätigkeit gehören; der Notar ist aber zu ihrer Übernahme nicht verpflichtet<sup>7</sup>. Die „sonstige Betreuung“ der Beteiligten gehört zur dispositiven Amtstätigkeit.

<sup>3</sup> BGH 21.3.1989 DNotZ 1990, 58.

<sup>4</sup> BGH 19.12.1991 DNotZ 1992, 457.

<sup>5</sup> Dies gilt nur für die im zweiten Abschnitt des BeurkG geregelten qualifizierten Protokollverfahren (bei der Beurkundung von Willenserklärungen), nicht beim einfachen Protokollverfahren (§§ 36 ff. BeurkG), nicht im Vermerkverfahren (§§ 39 ff. BeurkG).

<sup>6</sup> *Lichtenberger* – Festschrift Schippel, S. 736.

<sup>7</sup> § 15 Abs. 1 BNotO gilt, anders als § 15 Abs. 2 BNotO, nur für die „Urkundstätigkeit“ (§ 10a BNotO).

<sup>8</sup> „Betreuung der Beteiligten“ ist ein in § 24 BNotO verwendeter Rechtsbegriff. Nur für die in § 24 BNotO genannte Tätigkeit des Notars sollte der Begriff der „notariellen Rechtsbetreuung“ verwendet werden. Der BGH hat mit Recht die auf § 14 BNotO gestützte erweiterte konsultative Pflicht des Notars nicht mehr (wie früher) als „erweiterte Belehrungspflicht aus allgemeiner Betreuungsverpflichtung“ bezeichnet, sondern spricht nunmehr mit Recht von „Warn- und Hinweispflicht“ (vgl. *Ganter*, die Rechtsprechung des BGH zu den Belehrungs-, Hinweis- und Warnpflichten des Notars seit 1992, WM 1996, 701 ff.).

\* Diesen Aufsatz widme ich Herrn Kollegen Dr. Peter Lichtenberger zum 70. Geburtstag am 11.3.1999. Seine Vorschläge sollten über Festschriften hinaus bekannt werden.

<sup>1</sup> *Lichtenberger* – Belehrung und Haftung des Notars im dispositiven Tätigkeitsbereich des Notars, Festschrift für Schippel 1996, S. 729/740.

<sup>2</sup> *Lichtenberger* – Gesellschaftliche Funktion und Stellung des Notars heute und morgen, Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 113.

Die Verfahrensvorschriften des BeurkG gelten dafür nicht, auch nicht die Vorschrift des § 17 BeurkG. Übernimmt der Notar eine solche dispositive Tätigkeit, so gilt die Belehrungspflicht, die an das Verfahren der qualifizierten Beurkundung anknüpft (§ 17 BeurkG), nicht. Die Amtspflichten beurteilen sich ausschließlich nach dem übernommenen Auftrag. Berät etwa der Notar über die steuerliche Gestaltung eines Gesellschaftsverhältnisses, so haftet er für die Richtigkeit dieser Beratung nach den (derzeit geltenden) steuerlichen Vorschriften, nicht aber darüber hinaus für die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit, wenn sich der übernommene Beratungsauftrag darauf nicht ausdrücklich erstreckt. In der Begrenzung des Auftrags liegt bereits eine Begrenzung der Haftung. Kann die Haftung *inhaltlich* begrenzt werden, so muß auch die Möglichkeit bestehen, die Haftung *ziffernmäßig* zu begrenzen. Dazu kann insbesondere dann ein Bedürfnis bestehen, wenn der Höchstbetrag der Haftpflichtversicherung des Notars überschritten wird. Die nach § 147 KostO anfallende Gebühr deckt in vielen Fällen die Kosten einer erforderlichen Zusatzversicherung nicht.

Zur Betreuung nach § 24 BNotO gehören vor allem die Vollzugs- und Treuhandtätigkeiten des Notars. Hier wird der Notar tätig, um einen über die rechtliche Tragweite eines zu beurkundenden Rechtsgeschäfts hinausgehenden erstrebten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu sichern. Dabei handelt es sich um gesetzlich nicht geregelte Verfahren, die zwar zur öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Notars gehören, zu deren Durchführung der Notar sich aber auch zivilrechtlicher Mittel bedient<sup>9</sup>.

Hierher gehören auch die von der Praxis im Anschluß an die Grundschuldbestellung entwickelten Verfahren zur Beschleunigung der Darlehensauszahlung, insbesondere die „Rangbestätigung“. Dem Notar steht es frei, ob er eine solche dispositive Aufgabe übernehmen will oder nicht. Es steht ihm auch frei, die Bestätigung *inhaltlich* zu begrenzen, z.B. die Frage auszuschließen, ob die Grundschuld etwa durch Baulasten beeinträchtigt werden könnte; es muß ihm aber auch freistehen, seine Haftung *ziffernmäßig* zu begrenzen, insbesondere auf den Höchstbetrag seiner Haftpflichtversicherung.

### 3. Unverbindliche Ratschläge

*Lichtenberger* weist darauf hin, daß auch § 17 BeurkG die Belehrungspflicht, und damit auch die Haftung, erheblich begrenzt, wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommen kann. An sich gehören (wenn inländisches Recht auf ausländisches Recht verweist) auch die unmittelbaren rechtlichen Folgen nach dem anwendbaren ausländischen Recht zur „rechtlichen Tragweite“. § 17 Abs. 3 BeurkG beschränkt aber die Belehrungspflicht auf den Hinweis darauf, „daß ausländisches Recht zur Anwendung kommen kann“.

Der Notar wird sich in vielen Fällen nicht mit einem solchen Hinweis begnügen, sondern auch auf die Rechtslage nach ausländischem Recht eingehen. Aber auch ein auf diesem Gebiet erfahrener Notar kann die Rechtsfolgen nach ausländischem Recht nicht mit Sicherheit beurteilen. Es ist aber, wie *Lichtenberger* ausführt, „immer besser zu versuchen zu helfen, als wegen möglicher Risiken diesen Versuch zu unterlas-

<sup>9</sup> *Reithmann* – Funktionen und Instrumente der notariellen Rechtsbetreuung, DNotZ 1975, 324.

sen. In den meisten Fällen greift die Hilfe ja auch durch“ (a.a.O. S. 740).

*Lichtenberger* (a.a.O. S. 737) schlägt vor, solche Ratschläge nicht als Amtsgeschäfte zu betrachten. Solche Ratschläge seien „von vornherein gar nicht als Amtspflicht übernommen worden“. Bei „Gefälligkeitsverhältnissen“ fehle der Rechtsbindungswille.

Der Begriff der Gefälligkeithandlung sollte hier aber wohl nicht verwendet werden. Auch bei solchen Ratschlägen handelt der Notar innerhalb seiner Amtstätigkeit<sup>10</sup>. Es handelt sich um eine Amtstätigkeit, die neben der Beurkundung und außerhalb des im zweiten Abschnitt des BeurkG geregelten Verfahrens steht<sup>11</sup>. *Lichtenberger* hält den in der Literatur aufgestellten Satz „es gäbe keine unverbindliche Übergabe von Amtsgeschäften“ nur für „bedingt richtig“ (a.a.O. S. 737). Solche Ratschläge können m.E. durchaus unverbindlich erteilt werden, was in aller Regel ja auch geschieht.

### 4. Vertragsgestaltung

Es ist aber deutlich zu machen, daß die Vertragsgestaltung selbst von solchen unverbindlichen Ratschlägen zu unterscheiden ist. Vertragsgestaltung fällt stets unter die Urkundstätigkeit (§ 10a BeurkG).

Wenn § 24 BNotO die Fertigung von Entwürfen nennt, meint er „selbständige Entwürfe“<sup>12</sup>, nicht Entwürfe, mit denen der Notar seine spätere Niederschrift vorbereitet. Die Vorbereitung fällt bei der Beurkundung von Willenserklärungen unter die in § 17 BeurkG genannte Pflicht, die Erklärungen der Beteiligten „klar und unzweideutig wiederzugeben“. Die Vorbereitung einer Beurkundung durch einen Entwurf für die spätere Niederschrift ist Teil der Beurkundung<sup>13</sup>. Hier kann die Haftung nicht begrenzt werden.

Der BGH hat diese „gestaltende Beratung“ klar von der in § 24 BNotO angesprochenen „planenden Beratung“<sup>14</sup> unterschieden. „Einen offenen Beurkundungsauftrag braucht der Notar nicht anzunehmen. Seine Pflicht geht nicht soweit, den Beteiligten die Wahl des Weges abzunehmen und eine der in Betracht kommenden Gestaltungsmöglichkeiten vorzuschlagen“<sup>15</sup>.

Zu einer „planenden Beratung“ ist der Notar nicht verpflichtet (§ 15 Abs. 1 BNotO gilt dafür nicht). Die planende Beratung ist inhaltlich auf den übernommenen Auftrag beschränkt, die Haftung kann ziffernmäßig begrenzt werden. Für die Vertragsgestaltung (gestaltende Beratung) als einen Teil der Beurkundung kann dies aber nicht gelten.

<sup>10</sup> Sonst wäre der Notar bei der folgenden Beurkundung nach § 3 BeurkG ausgeschlossen.

<sup>11</sup> Und auch außerhalb eines Beratungsauftrags nach § 24 BNotO.

<sup>12</sup> *Arndt/Lech/Sandkühler*, BNotO 1996, § 24 Rdnr. 14.

<sup>13</sup> Im einzelnen *Reithmann*, Vertragsgestaltung als Urkundstätigkeit, Festschrift für Schippel 1996, S. 769 ff.

<sup>14</sup> Hierher gehört etwa eine Beratung darüber, ob eine Vermögensübertragung auf Kinder bei Sicherung des längerlebenden Ehegatten rechtlich und steuerlich günstiger durchzuführen sei, durch Einsetzung des längerlebenden Ehegatten als Vorerben oder durch Einsetzung der Kinder als Vollerben, mit Nießbrauch für den Längerlebenden (planende Beratung).

<sup>15</sup> *Ganter* WM 1996, 701 ff.; *Reithmann* Entwurfsfertigung und Beratung, ZNotP 1999, 142.

# Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen im Hinblick auf den EURO

Von Notarassessorin Dr. Beate Kopp, München

Die Einführung des Euro erforderte Rechtsänderungen vor allem im Bereich der Kapitalgesellschaften. Seit dem 1.1.1999 ist der Euro die amtliche Währung Deutschlands. Die DM ist nur eine andere Bezeichnung dieser Währung. Der Umrechnungskurs wurde am 31.12.1998 unwiderruflich festgelegt mit 1 EUR = 1,95583 DM<sup>1</sup>. Der Euro existiert aber bis jetzt nur als Buchgeld. Erst am Ende der dreijährigen Übergangsphase, die vom 1.1.1999 bis 31.12.2001 dauert, wird Euro-Bargeld eingeführt. Mit Wirkung zum 1.1.1999 sind durch das Euro-Einführungsgesetz<sup>2</sup> die gesetzlich festgelegten Beträge im GmbH-Gesetz und Aktiengesetz in Euro geändert worden. Für die dreijährige Übergangsphase sind Übergangsvorschriften vorgesehen. Für die notarielle Praxis ist relevant, ab wann die neuen Vorschriften für Gesellschaftsneugründungen zu beachten sind und wie bestehende Gesellschaften auf Euro umgestellt werden.

## I. Gesellschaftsneugründungen

Bei der Neugründung von Gesellschaften sind drei Fallgruppen zu unterscheiden: Gesellschaften, die ab dem 1.1.2002 gegründet werden, Gesellschaften, die während der Übergangsphase vom 1.1.1999 bis 31.12.2001 gegründet werden, und Alt-Gesellschaften, die im Jahr 1998 oder früher gegründet und bis spätestens 31.12.1998 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wurden.

### 1. Gesellschaftsneugründungen ab dem 1.1.2002

Ab dem 1.1.2002 gibt es die DM nicht mehr. Kapitalgesellschaften werden ausschließlich in Euro in das Handelsregister eingetragen<sup>3</sup>. Für Gesellschaftsneugründungen gelten ausnahmslos die neuen Euro-Beträge des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes, die mit Wirkung zum 1.1.1999 in Kraft getreten sind. Das Stammkapital einer GmbH muß mindestens EUR 25.000,- und ein Geschäftsanteil mindestens EUR 100,- betragen sowie durch 50 teilbar sein<sup>4</sup>. Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft muß auf mindestens EUR 50.000,- lauten<sup>5</sup>, die Aktiennennbeträge auf volle Euro<sup>6</sup>. Bei Stückaktien muß der auf eine Aktie entfallende Anteil am Grundkapital mindestens EUR 1,- betragen<sup>7</sup>.

### 2. Neugründungen in der Übergangsphase

Für alle Neugründungen nach dem 1.1.1999 gelten die mit Wirkung zum 1.1.1999 geänderten Euro-Beträge des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes. Es besteht jedoch ein Wahlrecht, ob die Gründung in DM oder in Euro erfolgt.

### a) Neugründung in Euro

Gesellschaftsneugründungen in Euro (nach den mit Wirkung zum 1.1.1999 in Kraft getretenen neuen Euro-Beträgen) dürfen frühestens am 1.1.1999 zur Eintragung beim Handelsregister angemeldet werden. Allerdings konnte die Gründungsurkunde schon im Jahr 1998 errichtet werden. Die 1998 noch als unwirksam anzusehende Satzungsbestimmung, die das Grundkapital in damals noch unzulässiger Weise in Euro festlegte, entsprach jedoch dem im Zeitpunkt der Anmeldung geltenden Recht, wenn die Anmeldung erst nach dem 1.1.1999 erfolgte. Dieser Zeitpunkt ist für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht maßgeblich<sup>8</sup>.

### b) Neugründung in DM

In den Übergangsvorschriften zur Einführung des Euro ist ausdrücklich geregelt, daß während der dreijährigen Übergangsphase vom 1.1.1999 bis 31.12.2001 Gesellschaften auch noch in DM gegründet werden können<sup>9</sup>. Diese Wahlmöglichkeit bezieht sich allerdings nur auf die Bezeichnung DM oder Euro. Betragsmäßig gelten nämlich auch für DM-Gründungen in der Übergangszeit die neuen Euro-Beträge hinsichtlich Kapital und Stückelung. Es ist somit seit dem 1.1.1999 nur mehr die Gründung einer DM-GmbH mit einem Mindeststammkapital von DM 48.895,75 (= EUR 25.000,- \* 1,95583) möglich. Jede Stammeinlage einer neu gegründeten DM-GmbH muß mindestens DM 195,583 (= EUR 100,- \* 1,95583) betragen und durch 97,7915 (= EUR 50,- \* 1,95583) teilbar sein. Die Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von DM 50.000,- ist wegen Verstoßes gegen die Teilbarkeitsvorschrift des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n.F. nicht mehr zulässig. Wird eine Aktiengesellschaft nach dem 1.1.1999 noch in DM gegründet, muß ihr Grundkapital mindestens DM 97.791,50 betragen (= EUR 50.000,- \* 1,95583) und die Aktiennennbeträge auf DM 1,95583 (= EUR 1,-) oder ein Vielfaches hiervon lauten.

Aufgrund dieser krummen Beträge ist die Neugründung einer GmbH oder AG mit Nennbetragsaktien in DM seit dem 1.1.1999 nicht mehr zu empfehlen. Für die Aktiengesellschaft mit Stückaktien hingegen gelten die Vorschriften über die Nennbetragsstückelung der Aktien nicht, da eine Stückaktie oberhalb des Mindestwertes von EUR 1,- jeden beliebigen Anteil am Grundkapital verkörpern kann. Eine Aktiengesellschaft mit Stückaktien könnte daher auch während der Übergangsphase noch mit einem Grundkapital von DM 100.000,- gegründet werden.

### 3. Altgesellschaften

Altgesellschaften sind die Kapitalgesellschaften, die noch im Jahr 1998 oder früher in das Handelsregister eingetragen oder zur Eintragung angemeldet worden sind<sup>10</sup>. Abgrenzungskriterium ist somit der Eingang der Handelsregisteranmeldung beim Registergericht.

<sup>1</sup> Art. 1 der VO 2866/98 des Rates vom 31.12.1998 über den Umrechnungskurs zwischen dem Euro und den Währungen der Mitgliedstaaten, die den Euro einführen, ABl. EG vom 31.12.1998 L 359, S. 1.

<sup>2</sup> Euro-Einführungsgesetz (EuroEG) vom 9.6.1998, BGBl. 1998 I 1242.

<sup>3</sup> Daß hier auf das Datum der Eintragung im Handelsregister abzustellen ist, ergibt sich aus § 86 Abs. 1 S. 1 2. HS. GmbHG und § 1 Abs. 2 S. 3 und § 3 Abs. 2 S. 1 EGAktG.

<sup>4</sup> § 5 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 GmbHG.

<sup>5</sup> § 7 AktG.

<sup>6</sup> § 8 Abs. 2 S. 1 und 4 AktG.

<sup>7</sup> § 8 Abs. 3 S. 3 AktG.

<sup>8</sup> LG Nürnberg vom 18.2.1999, Az. 4 HK T 1009/99, unveröffentlicht.

<sup>9</sup> § 86 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

<sup>10</sup> § 86 Abs. 1 S. 1 GmbHG; § 2 S. 1 EGAktG.

### a) Fortgeltung bisherigen Rechts

Für Altgesellschaften gelten die bisherigen Vorschriften des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes weiter. Alt-GmbHs können daher Geschäftsanteilsabtretungen vornehmen und dabei nach den alten Vorschriften über Mindestbetrag und Teilbarkeit Geschäftsanteile teilen und zusammenlegen. Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen sind sowohl bei der GmbH als auch bei der AG während der Übergangsphase noch im Rahmen der bisherigen Regelung zur Teilbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen und zur Aktiennennbetragsstückelung möglich. Beispielsweise kann eine Aktiengesellschaft eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Nennbetragsaktien, die auf einen durch 5 teilbaren DM-Betrag lauten, durchführen. Einzige Voraussetzung sowohl für die Alt-GmbH als auch die Alt-Aktiengesellschaft ist, daß die Kapitalmaßnahme bis spätestens 31.12.2001 im Handelsregister eingetragen wird<sup>11</sup>. Gegen Ende der Übergangszeit ist daher Vorsicht geboten, da das Datum der Handelsregistereintragung dem Gericht nicht vorgegeben werden kann.

### b) Anpassungspflicht

Während der Übergangszeit besteht für Altgesellschaften keine Pflicht zur Umstellung auf Euro. Auch nach dem 1.1.2002 kann sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft die Umstellung auf Euro so lange aufgeschoben werden, bis aus sonstigen Gründen eine Kapitalmaßnahme gewünscht wird. Anlässlich dieser Kapitalmaßnahme ist die GmbH verpflichtet, ihr Kapital auf Euro umzustellen und ihre Geschäftsanteile auf einen durch 10 teilbaren Betrag, mindestens 50 Euro zu stellen<sup>12</sup>. Dies bedeutet eine Erleichterung gegenüber der allgemeinen Teilbarkeitsvorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Aktiengesellschaften mit Nennbetragsaktien sind bei jeder Kapitalmaßnahme nach dem 1.1.2002 verpflichtet, ihre Aktiennennbeträge auf glatte Euro umzustellen<sup>13</sup>, was zu einem Grundkapital in glatten Euro-Beträgen führt. Die Umstellungspflicht wird mittels einer Registersperre für Kapitalmaßnahmen, die nach dem 1.1.2002 ohne die vorgeschriebene Anpassung vorgenommen werden, durchgesetzt. Aktiengesellschaften mit Stückaktien trifft die Anpassungsverpflichtung nicht.

## II. Umstellung auf Euro

Eine Kapitalgesellschaft kann ihre DM-Beträge entweder nur anhand des amtlichen Umrechnungskurses in Euro umrechnen oder im Zusammenhang mit der Euro-Umstellung eine weitergehende Kapitalmaßnahme beschließen, um die Beträge zu glätten.

### 1. Rein rechnerische Umstellung

Bei der rein rechnerischen Umstellung werden das Stamm- bzw. Grundkapital der Gesellschaft sowie alle sonstigen Betragsangaben in der Satzung anhand des amtlich festgelegten Kurses in Euro umgerechnet. Bei Aktiengesellschaften mit Nennbetragsaktien sind ferner die Nennbeträge der Aktien in Euro umzurechnen. Der Gründungsaufwand sowie die Angaben zu Sacheinlagen und Sachübernahmen sollten unver-

ändert in DM belassen werden, sofern diese Angaben nicht insgesamt wegen Fristablauf entbehrlich geworden sind<sup>14</sup>.

### a) Verfahrenserleichterungen

Der Gesetzgeber hat für die rein rechnerische Umstellung Verfahrenserleichterungen vorgesehen. Der Umstellungsbeschluß kann mit einfacher Mehrheit der Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung gefaßt werden<sup>15</sup>. Nach Ablauf der Übergangsphase ist bei der Aktiengesellschaft kraft Gesetzes der Aufsichtsrat ermächtigt, die rein rechnerische Umstellung als Änderung der Fassung der Satzung vorzunehmen<sup>16</sup>. Der Beschluß zur rein rechnerischen Umstellung braucht bei der GmbH<sup>17</sup> und bei der „kleinen“ Aktiengesellschaft<sup>18</sup> nicht notariell beurkundet zu werden. Die Handelsregisteranmeldung ist formlos ohne notarielle Beglaubigung möglich<sup>19</sup>. Auch ein vollständig neuer Wortlaut der Satzung und die notarielle Bescheinigung zur Übereinstimmung sind entbehrlich<sup>20</sup>. Eine Bekanntmachung unterbleibt<sup>21</sup>.

### b) Rundungsprobleme

Bei der rein rechnerischen Umstellung ergeben sich Rundungsprobleme. Der amtliche Umrechnungskurs lautet EUR 1,- = DM 1.95583. Die inverse Darstellung (DM 1,- = EUR 0,51129) darf für Umrechnungen nicht verwandt werden<sup>22</sup>. Bei der Umrechnung eines DM-Betrages in einen Euro-Betrag ergibt sich aufgrund der Division durch einen Dezimalbruch zwangsläufig ein Ergebnis mit unendlich vielen Stellen. Ausdrücklich gesetzlich gestattet ist die Rundung auf zwei Stellen hinter dem Komma nur für zu zahlende oder zu verbuchende Geldbeträge<sup>23</sup>, sowie für die Darstellung der Aktiennennbeträge<sup>24</sup>. Die Praxis scheint sich generell auf eine Rundung auf zwei Stellen hinter dem Komma zu verständigen.

Wichtig ist, daß die reine Umrechnung zwischen DM und Euro und die gerundete Darstellung keine Rechtswirkung entfalten; das Verhältnis der mit den Geschäftsanteilen bzw. Aktien verbundenen Rechte zueinander und zur Gesellschaft bleibt also unverändert<sup>25</sup>. Auf eine gerundete Darstellung sollte in den Beschlüssen und in der Satzung sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft hingewiesen werden<sup>26</sup>.

<sup>11</sup> § 86 Abs. 1 S. 1 2. HS. GmbHG; § 3 Abs. 2 S. 1 EGAktG. Nach dem Wortlaut des Gesetzes reicht bei der Aktiengesellschaft die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (also nicht seiner Durchführung!).

<sup>12</sup> § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG.

<sup>13</sup> § 3 Abs. 5 EGAktG.

<sup>14</sup> Da zumindest während der Übergangszeit die rein rechnerische Umstellung auf Euro als materiellrechtliche Änderung zu qualifizieren ist, sind §§ 26 Abs. 4 und 5, 27 Abs. 6 AktG analog anzuwenden. Jedenfalls die 5-Jahres-Frist gilt für die GmbH entsprechend. *Baumbach/Hueck*, GmbHG 16. Aufl. § 5 Rdnr. 55, 49; *Hüffer*, AktG 3. Aufl. § 26 Rdnr. 1.

<sup>15</sup> § 86 Abs. 3 S. 1 1. HS GmbHG; § 4 Abs. 1 S. 1 EGAktG.

<sup>16</sup> § 4 Abs. 1 S. 2 EGAktG.

<sup>17</sup> § 86 Abs. 3 S. 1 2. HS. GmbHG.

<sup>18</sup> Dies ergibt sich aus § 130 Abs. 1 S. 3 AktG i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 EGAktG, da der Beschluß mit einfacher Mehrheit gefaßt werden kann.

<sup>19</sup> Art. 45 Abs. 1 S. 1 EGHGB.

<sup>20</sup> § 86 Abs. 3 S. 2 GmbHG; § 4 Abs. 1 S. 3 EGAktG.

<sup>21</sup> Art. 45 Abs. 1 S. 2 EGHGB; § 86 Abs. 3 S. 2 GmbHG; § 4 Abs. 1 S. 3 EGAktG.

<sup>22</sup> Art. 4 Abs. 3 S. 2 der VO 1103/97 des Rates vom 17.6.1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, ABl. EG vom 19.6.1997 L 162 S. 1.

<sup>23</sup> Art. 5 der VO 1103/97.

<sup>24</sup> § 3 Abs. 4 S. 2 EGAktG.

<sup>25</sup> § 86 Abs. 1 S. 3 2. HS GmbHG; § 3 Abs. 4 S. 1 EGAktG.

<sup>26</sup> Ausdrücklich vorgeschrieben ist dies nur für die gerundete Darstellung der Aktiennennbeträge, § 3 Abs. 4 S. 3 EGAktG.

### c) Formulierungsvorschlag

Sinnvoll ist die rein rechnerische Umstellung nur bei der Aktiengesellschaft mit Stückaktien. Es ergibt sich zwar ein krummer Grundkapitalbetrag. Dies hat jedoch keine Auswirkungen auf die Stückaktie. Der auf eine Stückaktie entfallende (krumme) Anteil am Grundkapital wird nicht ausgewiesen. Auch nach Ablauf der Übergangsfrist ist die Aktiengesellschaft mit Stückaktien nicht von der Registersperre anlässlich sonstiger Kapitalmaßnahmen bedroht, da der Gesetzgeber nur die Pflicht zur Glättung der Aktiennennbeträge statuiert hat, nicht des Grundkapitals.

Auszug aus dem Hauptversammlungsprotokoll:

Vorstand und Aufsichtsrat schlagen folgenden Beschluß vor:

1. *Das Grundkapital in Höhe von DM 10.000.000,-, das genehmigte Kapital in Höhe von DM ... und das bedingte Kapital von bis zu DM ... sowie alle satzungsmäßigen Betragsangaben mit Ausnahme des Gründungsaufwands und der Angaben in § ... der Satzung zu den Sacheinlagen werden zum amtlichen Umrechnungskurs von 1 EUR = 1,95583 DM in Euro umgerechnet.*

2. *§ ..., § ... und § ... der Satzung werden wie folgt geändert: (...)*

Handelsregisteranmeldung:

*Die Gesellschaft hat ihr Grundkapital, das genehmigte und das bedingte Kapital sowie alle satzungsmäßigen Betragsangaben mit Ausnahme des Gründungsaufwandes und der Angaben zu den Sacheinlagen entsprechend dem amtlichen Umrechnungskurs auf Euro umgestellt. Im übrigen wird auf das in beglaubigter Abschrift beigefügte Hauptversammlungsprotokoll verwiesen.*

## 2. Anpassung

Will man die sich bei einer rein rechnerischen Umstellung ergebenden krummen Beträge vermeiden, ist eine Kapitalmaßnahme, sog. Anpassung, erforderlich. Mit Blick auf die nach dem 31.12.2001 drohende Registersperre sollten dabei die Geschäftsanteile einer GmbH zumindest auf einen durch 10 teilbaren Betrag, mindestens 50 Euro, und die Aktiennennbeträge einer Aktiengesellschaft auf volle Euro gestellt werden. Die Anpassung kann durch eine Kapitalerhöhung oder eine Kapitalherabsetzung erfolgen. Soweit erforderlich, hat der Gesetzgeber Sondervorschriften erlassen. Im übrigen sind die allgemeinen Voraussetzungen für die entsprechende Kapitalmaßnahme zu beachten. Welcher Weg geeignet ist, hängt vom Einzelfall ab, insbesondere den für eine Kapitalerhöhung zur Verfügung stehenden Mitteln, der Zahl der Gesellschafter und der Bilanz oder ob bei Gelegenheit der Euro-Anpassung weitere Maßnahmen vorgesehen sind.

### a) GmbH

#### (1) Kapitalherabsetzung

Bei der GmbH ist eine Kapitalherabsetzung nach den allgemeinen Vorschriften denkbar, die jedoch den Nachteil der dreimaligen Veröffentlichung, der Sicherstellung der Gläubiger und des Sperrjahres mit sich bringt, § 58 GmbHG. Hat die Gesellschaft Verluste, kann auch die vereinfachte Kapitalherabsetzung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 58 a ff. GmbHG erwogen werden, die jedoch den Beigeschmack der Sanierung hat.

Erleichterungen hat der Gesetzgeber für die Kapitalherabsetzung zum Zwecke der Euro-Anpassung vorgesehen, wenn zugleich eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlage beschlossen wird und diese vor Anmeldung zum Handelsregister in voller

Höhe geleistet wird. In diesem Fall findet § 58 GmbHG keine Anwendung<sup>27</sup>. Vorsicht ist geboten bei der Kapitalherabsetzung zur Rückzahlung von Stammeinlagen. Wird die Einlageverpflichtung aus der Kapitalerhöhung mit dem Rückzahlungsanspruch aus der Kapitalherabsetzung verrechnet<sup>28</sup>, handelt es sich um eine verdeckte Sacheinlage. Auch das Hin- und Herzahlen, wenn die Einlage tatsächlich zurückbezahlt wird, und der Gesellschafter in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang das Geld in Erfüllung seiner Einlageverpflichtung wieder einbezahlt, stellt eine verdeckte Sacheinlage dar. Wird der Sachverhalt mit entsprechendem Wertnachweis dem Registergericht offengelegt, liegt immer noch eine Sachkapitalerhöhung i.S.v. § 56 GmbH vor. Der Gesetzgeber fordert aber eine Barkapitalerhöhung. Selbst bei Offenlegung des „Schütt-aus-hol-zurück“-Verfahrens entsprechend den Vorgaben des BGH vom 26.5.1997<sup>28a</sup> ist es wegen der analogen Anwendung der Vorschriften zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wohl nicht möglich, dieses Verfahren als Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen zu qualifizieren. Die Rückzahlungsforderung muß also in der Gesellschaft belassen werden und neues Kapital für die Erhöhung eingebracht werden<sup>29</sup>.

#### (2) Kapitalerhöhung

Ziel der Anpassung durch Kapitalerhöhung ist es, einen sich nach der Umrechnung ergebenden krummen Euro-Betrag zu glätten. Dies kann nicht durch die Ausgabe neuer Geschäftsanteile erreicht werden. Es müssen die bestehenden Geschäftsanteile erhöht werden. Dies ist bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in § 57 h Abs. 1 S. 1 2. Alt. GmbHG ausdrücklich vorgesehen. Auch die Kapitalerhöhung gegen Einlage kann nach ganz h.M.<sup>30</sup> durch Aufstockung der bestehenden Geschäftsanteile vorgenommen werden. Voraussetzung ist jedoch, daß eine Haftung der Rechtsvorgänger nach § 22 GmbHG ausgeschlossen ist<sup>31</sup>. Die Geschäftsanteile müssen also noch den Gründern zustehen oder voll einbezahlt oder die 5-Jahres-Frist des § 22 Abs. 3 GmbHG abgelaufen sein. Aufgrund des Verweises in § 55 Abs. 4 auf § 5 Abs. 3 GmbHG müßte allerdings der Aufstockungsbetrag durch 50 teilbar sein<sup>32</sup>. Dies kann im Zuge der Euro-Anpassung keine Beachtung finden, da gerade ein krummer Aufstockungsbetrag erforderlich ist, um einen krummen Geschäftsanteil auf einen durch 50 teilbaren Betrag in Euro zu glätten, so daß diese Vorschrift teleologisch zu reduzieren ist<sup>33</sup>.

In zwei wesentlichen Punkten unterscheidet sich die Kapitalerhöhung gegen Einlage von der aus Gesellschaftsmitteln: Die Aufstockung gegen Einlage kann für die verschiedenen Gesellschafter in unterschiedlicher Höhe beschlossen werden. Nach § 57 j GmbHG hingegen muß die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Geschäftsanteile zugute kommen. Ferner genügt

<sup>27</sup> § 86 Abs. 3 S. 3 2. HS. GmbHG.

<sup>28</sup> So *Kallmeyer*, Einführung des Euro für die GmbH, GmbHR 1998, 963, 966.

<sup>28a</sup> *MittBayNot* 1997, 303 = *DNotZ* 98, 149 ff.

<sup>29</sup> *Kopp/Heidinger*, *Notar und Euro*, 1999, S. 17.

<sup>30</sup> BGH vom 24.10.1974 BGHZ 63, 116.

<sup>31</sup> *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. § 55 Rdnr. 28 m.w.N.

<sup>32</sup> Geklärt ist bereits, daß der sich aus §§ 55 Abs. 4 i.V.m. 5 Abs. 1 GmbHG ergebende Mindestbetrag von DM 500,- (nach altem Recht) für den Aufstockungsbetrag nicht gilt. Es genügt, wenn der aufgestockte Geschäftsanteil dem gesetzlichen Mindestwert entspricht, BGH vom 24.10.1974 BGHZ 61, 116, 119.

<sup>33</sup> *Kopp/Schuck*, *Der Euro in der notariellen Praxis*, 1998, S. 21.

es bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, wenn die neuen Geschäftsanteile nach der Erhöhung durch 10 teilbar sind und mindestens 50 Euro betragen; § 57 h Abs. 1 S. 2 GmbHG ist insoweit *lex specialis* zu § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG. Der Betrag der durch Einlagen aufgestockten Geschäftsanteile muß wegen des Verweises in § 55 Abs. 4 GmbHG auf § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG durch 50 teilbar sein und auf mindestens 100 Euro lauten. Die Übergangsvorschrift des § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG sieht die Teilbarkeit durch 10 nur vor, wenn die Glättung zur Vermeidung der Registersperre anläßlich einer sonstigen Kapitalmaßnahme nach dem 1.1.2002 erfolgt. Als Ausnahmevorschrift ist § 86 GmbHG eng ausulegen. Eine analoge Anwendung auf die Aufstockung gegen Einlage, die während der Übergangsphase beschlossen wird, ist daher zweifelhaft.

### (3) Formulierungsvorschläge:

**Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** bei einer GmbH mit Stammkapital DM 50.000,- und vier Gesellschaftern mit Geschäftsanteilen zu je DM 12.500,-:

Gesellschafterbeschuß:

1. *Das Stammkapital und die Geschäftsanteile der Gesellschaft sowie sämtliche Betragsangaben in der Satzung mit Ausnahme des Gründungsaufwandes werden auf Euro umgestellt. Nach dem amtlichen Umrechnungskurs von 1 EUR = 1,95583 DM beträgt das Stammkapital somit EUR 25.564,59 (gerundet) und die Geschäftsanteile je EUR 6.391,15 (gerundet).*
2. *Die in der Jahresbilanz zum ... ausgewiesene Gewinnrücklage wird in Höhe von EUR 35,41 in Stammkapital umgewandelt. Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von EUR 25.564,59 (gerundet) erhöht sich somit um EUR 35,41 auf EUR 25.600,-.*
3. *Die Kapitalerhöhung wird durch Erhöhung der Nennbeträge der Geschäftsanteile ausgeführt. Die Geschäftsanteile betragen somit nach der Umstellung und der Kapitalerhöhung auf Euro jeweils EUR 6.400,-.*
4. *Die Satzung wird in § ... wie folgt geändert: „Das Stammkapital beträgt EUR 25.600,-. Es ist eingeteilt in vier Geschäftsanteile zu je EUR 6.400,-.“*

Handelsregisteranmeldung:

1. *Die Gesellschaft hat die Umstellung auf Euro beschlossen.*
2. *Das Stammkapital der Gesellschaft wurde erhöht auf EUR 25.600,-. Insoweit wird Bezug genommen auf die in beglaubigter Abschrift beigefügte Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom heutigen Tag.*
3. *Die Satzung wurde in § ... und § ... geändert.*
4. *Wir erklären, daß nach unserer Kenntnis seit dem Bilanzstichtag keine Vermögensminderung eingetreten ist, die der Kapitalerhöhung entgegenstünde, wenn sie am Tag der Anmeldung beschlossen worden wäre.*

**Kapitalerhöhung gegen Einlagen (Aufstockung)** bei einer GmbH mit Stammkapital DM 50.000,- und vier Gesellschaftern mit vollingezeichneten Geschäftsanteilen zu je DM 12.500,-:

Gesellschafterbeschuß:

1. *Das Stammkapital und die Geschäftsanteile der Gesellschaft sowie sämtliche Betragsangaben in der Satzung mit Ausnahme des Gründungsaufwandes werden auf Euro umgestellt. Nach dem amtlichen Umrechnungskurs von*

*1 EUR = 1,95583 DM beträgt das Stammkapital somit EUR 25.564,59 (gerundet) und die Geschäftsanteile der Gesellschafter je EUR 6.391,15 (gerundet).*

2. *Das Stammkapital von EUR 25.564,59 (gerundet) wird um EUR 4.435,41 auf EUR 30.000,- erhöht.*
3. *Zur Übernahme werden die Gesellschafter zugelassen. Die Kapitalerhöhung erfolgt durch Aufstockung der Geschäftsanteile. Die Geschäftsanteile im Nennbetrag von jeweils EUR 6.391,15 werden jeweils um EUR 1.108,85 auf EUR 7.500,- erhöht.*
4. *Die neuen Stammeinlagen zur Aufstockung der Geschäftsanteile werden zum Nennwert ausgegeben und sind sofort in voller Höhe in bar zu leisten.*
5. *Die neuen Stammeinlagen zur Aufstockung der Geschäftsanteile sind gewinnberechtigt, soweit über eine Gewinnverwendung noch nicht beschlossen worden ist.*
6. *§ ... der Satzung wird wie folgt geändert: „Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 30.000,-. Es ist eingeteilt in vier Geschäftsanteile zu je EUR 7.500,-.“*

Übernahmeerklärungen jedes Gesellschaftern in Höhe von jeweils EUR 1.108,85

Handelsregisteranmeldung:

1. *Die Gesellschaft hat die Umstellung auf Euro beschlossen.*
2. *Das Stammkapital der Gesellschaft wurde durch Bar einlage erhöht auf EUR 30.000,-. Insoweit wird Bezug genommen auf die in beglaubigter Abschrift beigefügte Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom heutigen Tag.*
3. *Die Satzung wurde in § ... und § ... geändert.*
4. *Wir versichern, daß die Einlagen in voller Höhe bewirkt sind und sich der Gegenstand der Leistungen in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.*

### b) Aktiengesellschaft

Bei der Aktiengesellschaft mit Nennbetragsaktien muß Ziel der Anpassung sein, die Aktiennennbeträge auf volle Euro zu stellen<sup>34</sup>. Hierfür war eine Sonderregelung erforderlich, da bei der Aktiengesellschaft mit Nennbetragsaktien sowohl die Kapitalerhöhung gegen Einlage als auch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur durch Ausgabe neuer Aktien zulässig sind<sup>35</sup>, dadurch aber keine Glättung erfolgen kann. Das Euro-Einführungsgesetz hat Sonderregelungen aber nur für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorgesehen. Die Kapitalerhöhung zur Euro-Anpassung kann daher nicht gegen Einlage erfolgen. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zur Anpassung an glatte Euro-Beträge kann nach der Sonderregelung des Euro-Einführungsgesetzes durch Erhöhung des Nennbetrags der Aktien oder bei Einstimmigkeit durch Neueinteilung der Aktiennennbeträge erfolgen<sup>36</sup>. Entsprechendes gilt für die Kapitalherabsetzung. Der häufigste Fall wird die Kapitalerhöhung sein. Hierfür können ausnahmsweise auch Rücklagen und deren Zuführungen, soweit sie zusammen den zehnten Teil oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des bisherigen Grundkapitals nicht

<sup>34</sup> Bei der Aktiengesellschaft mit Stückaktien widerspricht die Glättung dem Wesen der Stückaktie, deren Vorteil gerade ist, nicht auf einen Betrag zu lauten, so daß es unerheblich ist, ob sie einen glatten oder krummen Anteil am Grundkapital verkörpert.

<sup>35</sup> § 182 Abs. 1 S. 4 AktG; § 207 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 182 Abs. 1 S. 4 AktG.

<sup>36</sup> § 4 Abs. 3 EGAktG.

übersteigen, in Grundkapital umgewandelt werden, sofern durch die Erhöhung die Aktiennennbeträge nur auf den nächsthöheren vollen Euro-Betrag gestellt werden<sup>37</sup>. Aus vorhandenem bedingtem Kapital noch auszugebende Bezugsaktien werden kraft Gesetzes mit ihren Nennbeträgen entsprechend angepaßt<sup>38</sup>. Für genehmigtes Kapital ist ein besonderer Beschluß nötig.

Formulierungsvorschlag:

1. *Das Grundkapital in Höhe von DM 100.000.000,-, das genehmigte Kapital von DM ... und das bedingte Kapital von bis zu DM..., die Aktiennennbeträge sowie alle satzungsmäßigen Betragsangaben mit Ausnahme des Gründungsaufwandes sowie der Angaben zu Sacheinlagen und Sachübernahmen werden auf Euro umgestellt.*
2. *Das Grundkapital der Gesellschaft wird von aufgrund des amtlichen Umrechnungskurses errechneten EUR 51.129.188,12 (gerundet) um EUR 870.811,88 auf EUR 52.000.000,- erhöht durch Umwandlung der unter „Gewinnrücklagen“ ausgewiesenen „anderen Gewinnrücklagen“ von EUR 870.811,88 in Grundkapital. Die Kapitalerhöhung wird ausgeführt durch Erhöhung der Aktiennennbeträge. Der Nennbetrag einer Aktie zu DM 50,- (gerundet EUR 25,57) wird erhöht um EUR 0,43 auf EUR 26,-. Eine Aktienurkunde über einen Nennbetrag von DM 50,- verkörpert nunmehr eine Aktie im Nennbetrag von EUR 26,-. Dem Beschluß wird die von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellte Jahresbilanz der Gesellschaft zum 31.12... zugrundegelegt. Sie ist von der ... Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geprüft und mit uneingeschränktem Bestätigungsvermerk versehen.*
3. *§ ... und § ... der Satzung werden wie folgt neu gefaßt: (...)*

Handelsregisteranmeldung:

1. *Die Gesellschaft hat die Umstellung auf Euro beschlossen.*
2. *Das Grundkapital der Gesellschaft wurde auf EUR 52.000.000,- erhöht. Insoweit wird auf die in beglaubigter Abschrift beigefügte Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom heutigen Tag Bezug genommen.*
3. *Die Satzung wurde in § ... und § ... geändert.*
4. *Wir erklären, daß nach unserer Kenntnis seit dem Bilanzstichtag keine Vermögensminderung eingetreten ist, die der Kapitalerhöhung entgegensteht, wenn sie am Tag der Anmeldung beschlossen worden wäre.*

### c) Verfahrenserleichterungen

Die Anpassung ist als Kapitalmaßnahme eine Satzungsänderung, deren Verfahrensvorschriften grundsätzlich zu beachten sind. Der Gesetzgeber hat einzig für die Aktiengesellschaft mit Nennbetragsaktien eine Beschlußerleichterung vorgesehen: Der Beschluß zur Glättung der Aktiennennbeträge kann mit einfacher Mehrheit gefaßt werden, sofern mit der Kapitalmaßnahme die Nennbeträge auf den nächsthöheren oder niedrigeren vollen Euro-Betrag gestellt werden. Bei der Kapitalherabsetzung gilt diese Beschlußerleichterung außerdem nur, wenn zumindest die Hälfte des Grundkapitals vertreten ist<sup>39</sup>. Ausdrücklich geregelt ist, daß trotz der Beschlußfassung mit einfacher Mehrheit der Hauptversammlungsbeschluß der „kleinen“ Aktiengesellschaft notariell protokolliert werden muß<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> § 4 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 EGAktG.

<sup>38</sup> § 4 Abs. 4 S. 2 EGAktG.

<sup>39</sup> § 4 Abs. 2 S. 1 EGAktG.

<sup>40</sup> § 4 Abs. 2 S. 3 EGAktG.

## III. Umwandlungsrecht

Bei Umwandlungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften stellt sich die Frage, in welchen Fällen die neuen Vorschriften des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes Anwendung finden und für welche Fälle die alten Vorschriften fortgelten. Die Übergangsregelung findet sich in § 318 Abs. 2 UmwG. Sie betrifft nur Umwandlungen mit Kapitalgesellschaften als aufnehmendem Rechtsträger. In allen sonstigen Konstellationen gelten keine Sonderregelungen. Die Übergangsvorschrift unterscheidet zwischen Umwandlungen, bei denen der aufnehmende Rechtsträger bereits existiert (Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme) und solchen, bei denen der aufnehmende Rechtsträger neu gegründet wird (Verschmelzung und Spaltung zur Neugründung), wobei dieser Fallgruppe der Formwechsel, bei dem der Rechtsträger eine neue Rechtsform annimmt, gleichgestellt wird.

### 1. Umwandlungen zur Aufnahme

War der aufnehmende Rechtsträger bereits im Jahr 1998 oder früher im Handelsregister eingetragen oder bis spätestens am 31.12.1998 zur Eintragung im Handelsregister angemeldet worden, genießt er als sog. Alt-Gesellschaft nach den oben dargestellten Vorschriften Bestandsschutz. Wenn diese Altgesellschaft bei einer Verschmelzung oder Spaltung einen Rechtsträger aufnimmt, gelten für sie die alten Vorschriften des GmbH-Gesetzes und des Aktiengesetzes zu Mindestkapital und Stückelung in DM weiter. Auch eine im Zuge der Umwandlung erforderlich werdende Kapitalerhöhung kann die aufnehmende Alt-Gesellschaft nach den bisher geltenden Vorschriften vornehmen. Erst wenn die im Zusammenhang mit der Umwandlung erforderlich werdende Kapitalerhöhung nach dem 1.1.2002 in das Handelsregister eingetragen wird, ist eine Umstellung auf Euro zwingend, siehe oben. I. 3. b).

### 2. Umwandlung zur Neugründung

Führt die Umwandlung zur Neugründung eines Rechtsträgers (Verschmelzung und Spaltung zur Neugründung) oder zum Wechsel in eine neue Rechtsform (Formwechsel), so verweist das Umwandlungsgesetz auf die für den neuen Rechtsträger oder die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften, §§ 36 Abs. 2, 135 Abs. 2, 197 UmwG. Ist die im Zuge der Umwandlung neu gegründete Gesellschaft bzw. die Gesellschaft neuer Rechtsform bis zum 31.12.1998 zur Eintragung beim Handelsregister angemeldet oder eingetragen worden, handelt es sich um eine Alt-Umwandlung, so daß die bis zum 31.12.1998 geltenden Gründungsvorschriften weiter Anwendung finden. Erfolgt die Handelsregisteranmeldung der Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung bzw. des Formwechsels nach dem 1.1.1999, gelten die oben unter I. 1. und 2. dargestellten Vorschriften über die Neugründung.

Beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform wird gemäß § 247 UmwG das bisherige Kapital des Ausgangsrechtsträgers zum Grund- oder Stammkapital des neuen Rechtsträgers. Die neue Kapitalziffer muß aber bei einer Umwandlung nach dem 1.1.1999 den neuen Vorschriften in Euro über Mindestbetrag und Teilbarkeit entsprechen. Daher muß beispielsweise die in eine Aktiengesellschaft formwechselnde GmbH a) die Umstellung auf Euro, b) die Anpassung des Kapitals auf einen nach den neuen Vorschriften des Aktiengesetzes zulässigen Betrag und erst dann c) den Formwechsel beschließen, wobei diese Beschlüsse noch nach den für die formwechselnde GmbH geltenden Verfahrensvorschriften gefaßt werden<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 1999, S. 37 f.

# Kostenrechtliche Probleme bei Umstellung von Kapitalgesellschaften auf Euro

Von NR i.N. *Werner Tiedtke*, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

## I. Allgemein

### 1) Einführung des Euro

Am 15.6.1998 ist das Gesetz zur Einführung des Euro – EuroEG – (BGBl. 1998 I, 1242 ff.) verkündet worden. Mit diesem Gesetz hat der deutsche Gesetzgeber die für die nationale Einführung des Euro notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt. Danach wurde u.a. den Kapitalgesellschaften die Möglichkeit eröffnet, die Nennbeträge des Kapitals und der Anteile ab 1.1.1999 auf Euro umzustellen (Altgesellschaften) oder zu bestimmen (Neugesellschaften). Die Einführung des Euro zum 1.1.1999 wirkt sich damit auf das Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis aus. Bei dieser Abhandlung sollen die damit verbundenen kostenrechtlichen Probleme näher betrachtet werden.

### 2) Umrechnungskurs

Mit Wirkung zum 1.1.1999 wurden die unwiderruflichen Umrechnungskurse zwischen dem Euro und den Währungen der EU-Mitgliedstaaten festgelegt (Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2866/98 des Rates vom 31.12.1998 über die Umrechnungsgröße zwischen dem Euro und den Währungen der Mitgliedstaaten, die den Euro einführen, ABIEG 1998 Nr. L 359, S. 1).

Der Umrechnungskurs für Deutschland lautet:

1 Euro = 1,95583 DM.

Zu den Umrechnungskursen der übrigen Mitgliedstaaten siehe insbesondere Schreiben des BMF vom 1.2.1999, IV D 2-S 7329-5/99 (DStR 1999, 238).

### 3) Kostenberechnung

Die KostO wurde bisher nicht auf Euro umgestellt. Da die Kostenberechnung des Notars zwingend nach der KostO vorzunehmen ist, erfolgt die Berechnung der Kosten weiterhin in DM (siehe auch BNotK Intern Ausgabe 2/98 S. 7/8 – Beilage zu DNotI-Report Heft 6/98 –). Nach einer Mitteilung des Bundesministeriums der Finanzen ist vorgesehen, die gesetzlichen Vergütungsregelungen, auch die des Notars (KostO), erst am 1.1.2002 als Teil der automatischen Umstellung auf den Euro umzurechnen.

Das Verhältnis zwischen Wert und Gebühr ergibt sich somit weiterhin aus der Tabelle des § 32 KostO. Euro-Werte sind vor Berechnung der Gebühr in DM umzurechnen. Die Kostenberechnung des Notars kann nur in DM erteilt werden (*Hartenfels*, MittRhNotK 1998, 165; a.A. *Lappe, Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 14. Aufl. – nachfolgend z.B. *Lappe, Korintenberg* – § 32 Rdnr. 12). Euro-Beträge werden zur Umrechnung in DM mit dem Kurs 1,95583 multipliziert.

#### Beispiel:

GmbH-Errichtung. Stammkapital 25.000 Euro. A und B übernehmen jeweils eine Stammeinlage von 12.500 Euro durch Bareinzahlung zum Nennwert.

Durch Beschluß werden A und B zu jeweils einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführern bestellt.

#### Kostenberechnung

- a) Geschäftswert für Gesellschaftsvertrag,  
§ 39 Abs. 1 KostO,  
Stammkapital 25.000 Euro,  
Umrechnungskurs 1,95583 = 48.895,75 DM,
- b) Geschäftswert für den Beschluß  
(es handelt sich gem. § 27 Abs. 3 Satz 3  
KostO um einen einheitlichen  
Beschluß = Wahlen), gem. § 27 Abs. 1  
i.V.m. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO,  
1% des in DM umgerechneten Stamm-  
kapitals = 488,96 DM, mindestens  
jedoch = 50.000,00 DM.

Gebühren (getrennte Berechnung der Gebühren nach § 36 Abs. 2 und § 47 KostO, da § 44 KostO im Verhältnis dieser Gebührentatbestände nicht anwendbar ist; Streifzug durch die KostO, 4. Auflage – nachstehend Streifzug –, Rdnr. 466):

- a) Gesellschaftsvertrag, 20/10 Gebühr  
gem. § 36 Abs. 2 KostO  
aus Geschäftswert 48.895,75 DM = 320,00 DM,
- b) Beschluß, 20/10 Gebühr gem. § 47 KostO  
aus 50.000,00 DM = 320,00 DM.

## II. Abgrenzungsfragen Altgesellschaften/Übergangsgesellschaften/ Neugesellschaften

### 1) Altgesellschaften

Altgesellschaften sind diejenigen Kapitalgesellschaften, die bis zum 31.12.1998 entweder eingetragen oder zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden sind (§ 86 Abs. 1 Satz 1 GmbHG; § 2 Satz 1 EGActG). Bei am 31.12.1998 noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaften kommt es somit auf das Eingangsdatum der Registeranmeldung beim Handelsregister an. Diese Altgesellschaften können für die Zeit bis zum 31.12.2001 in DM fortgeführt werden. Nach Ablauf der Übergangszeit müssen sämtliche Altgesellschaften, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht umgestellt sind, spätestens bei Beschlüssen über Kapitalmaßnahmen in den Euro überführt werden (§ 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG). Im übrigen siehe zu dieser Problematik nachfolgend III. 2). Für die Übergangszeit (1.1.1999 bis 31.12.2001) besteht für die Kapitalgesellschaften keine Verpflichtung, das in DM laufende Stammkapital auf Euro umzustellen. Es besteht jedoch während dieser Übergangszeit die Möglichkeit der jederzeitigen Umstellung auf den Euro. Hierfür ist ein Gesellschafterbeschluß erforderlich, der jedoch keiner qualifizierten, also nur der einfachen Mehrheit (nicht <sup>3</sup>/<sub>4</sub> Mehrheit) bedarf (§ 86 Abs. 3 Satz 1 GmbHG; § 4 Abs. 3 Satz 3 EGActG). Auch der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages sowie die Bescheinigung des Notars zur Übereinstimmung sind entbehrlich (§ 86 Abs. 3 Satz 2 GmbHG).

## 2) Übergangsgesellschaften

Übergangsgesellschaften sind alle Kapitalgesellschaften, die bis zum 31.12.1998 gegründet, die Anmeldung dem Handelsregister jedoch nicht mehr vor dem 1.1.1999 vorgelegt wurde. Soweit das Stammkapital in DM bei der nach dem 1.1.2002 erforderlichen Umstellung auf Euro keine glatten Euro-Beträge ermöglicht (§ 86 Abs. 2, § 5 GmbHG), kann keine Eintragung in das Handelsregister mit DM-Stammkapital erfolgen.

## 3) Neugesellschaften

Neugesellschaften sind alle Kapitalgesellschaften, die ab 1.1.1999 gegründet und zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Diese können in der Übergangsphase (1.1.1999 bis 31.12.2001) sowohl in DM als auch in Euro gegründet werden, ab 1.1.2002 nur noch in Euro.

## III. Einzeldarstellungen für Altgesellschaften/ Übergangsgesellschaften am Beispiel GmbH

### 1) GmbHs, die bis 31.12.1998 bereits im Handelsregister eingetragen waren:

#### a) Reine Umstellung auf Euro

Für die bloße Umstellung eines in DM eingetragenen Stammkapitals auf Euro ist ein Gesellschafterbeschuß mit einfacher Mehrheit erforderlich (siehe oben unter II.). Obwohl für die rein rechnerische Umstellung des DM-Stammkapitals in Euro als lediglich formale Änderung keine notarielle Beurkundung erforderlich ist, hat die Praxis bereits in den ersten Wochen der Übergangsphase gezeigt, daß in den meisten Fällen die Tätigkeit des Notars in Anspruch genommen wird. Hier sind die nachfolgenden Fallgestaltungen denkbar:

#### Entwurf

Fertigt der Notar den Entwurf des Gesellschafterbeschlusses, fällt hierfür eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. § 145 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 47 KostO ist nicht einschlägig, da § 145 KostO nur auf Entwürfe rechtsgeschäftlichen Inhalts Anwendung findet (*Bengel, Korintenberg* § 145 Rdnr. 8; Streifzug Rdnr. 181; a.A. OLG Stuttgart MittRhNotK 1993, 101).

Der Geschäftswert ist nach §§ 30 Abs. 1, 27 KostO zu bestimmen, wobei für den Regelfall ein Bruchteil des im Falle einer Beurkundung maßgebenden Wertes sachgerecht ist. Der volle Wert erscheint nicht gerechtfertigt.

Art. 45 Abs. 2 EGHGB ordnet für die Eintragung in das Handelsregister einen Geschäftswert von 5.000,00 DM gem. § 26 Abs. 7 KostO an, da es sich um eine Eintragung ohne wirtschaftliche Bedeutung handelt. § 26 Abs. 7 KostO ist zwar für die Beurkundung von Beschlüssen nicht, auch nicht analog anwendbar, ebenso nicht unmittelbar maßgebend als Wertvorschrift für den nach § 147 Abs. 2 KostO abzurechnenden Entwurf des Beschlusses. Im Rahmen der Wertbestimmung nach §§ 30 Abs. 1, 27 KostO ist es jedoch angemessen und sachgerecht, auch für den Beschlußentwurf entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung von einem Geschäftswert von 5.000,00 DM auszugehen (a.A. *Waldner ZNotP* 1998, 490 ff., der 50% des nach §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO maßgebenden Wertes für zutreffend hält, also mindestens 25.000,00 DM). Dieser Wert erscheint aber mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber den rein formalen Vorgang des Sachverhaltes ohne wirtschaftliche Bedeutung einstuft, überhöht.

#### Beurkundung

Erfolgt die Umstellung des in DM eingetragenen Stammkapitals auf Euro auf ausdrücklichen Wunsch durch Beurkundung des Beschlusses, kommt folgende Bewertung in Betracht:

Geschäftswert, §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, da Beschluß ohne bestimmten Geldwert, 1% des eingetragenen Stammkapitals, mindestens 50.000,00 DM, hieraus 20/10 Gebühr gem. § 47 KostO.

Die Anwendung des § 26 Abs. 7 KostO, wie bei Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung, ist wegen des klaren Gesetzeswortlautes nicht möglich. § 27 Abs. 1 KostO unterscheidet ausdrücklich nur zwischen Beschlüssen mit bestimmtem Geldwert und solchen ohne bestimmten Geldwert. Beschlüsse ohne wirtschaftliche Bedeutung sind gesetzlich nicht geregelt.

Verschiedentlich wurde aus pragmatischen Gründen die Anwendung der Wertvorschrift gem. Art. 45 Abs. 2 EGHGB (Geschäftswert 5.000,- DM) vorgeschlagen (z.B. *Haferland/Schmidt/Tiedtke* Praxis des Kostenrechts, 4. Auflage Rdnr. 714). Auch wenn dieses Ergebnis für die Praxis zu begrüßen wäre, muß eine dementsprechende Bewertung aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage ausscheiden.

Wird der Notar nur mit der formlos möglichen reinen Umstellung des Stammkapitals auf Euro beauftragt, ist die Entwurf-fertigung über den Beschluß der kostengünstigste Weg. Erfolgt dagegen die Beurkundung des reinen Umstellungsbeschlusses ohne ausdrücklichen Beurkundungsauftrag, liegt eine unrichtige Sachbehandlung gem. § 16 KostO vor. Es dürfen auch in diesem Fall nur die Kosten erhoben werden, die bei Entwurf-fertigung (ohne Beurkundung) entstanden wären (5/10 Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO aus Geschäftswert 5.000,- DM).

In den meisten Fällen wird aber eine Umstellung auf Euro mit einer Glättung und sonstigen Satzungsanpassungen erfolgen, so daß sich die vorstehend dargelegte Problematik der evtl. unrichtigen Sachbehandlung nur in wenigen Fällen ergibt. Zur Bewertung in diesen Fällen siehe nachfolgend b).

#### Handelsregisteranmeldung

Auch für die Anmeldung zum Handelsregister ist keine öffentliche Beglaubigung notwendig. Wird der Notar ungeachtet dessen mit der Fertigung des Entwurfs beauftragt, ist die Bewertung nach den Grundsätzen einer Anmeldung ohne wirtschaftliche Bedeutung gem. § 26 Abs. 7 KostO vorzunehmen.

Art. 45 Abs. 2 EGHGB ordnet zwar die Wertbestimmung nach § 26 Abs. 7 KostO nur für die Eintragung an, jedoch ist § 26 Abs. 7 KostO unmittelbar auch für die Anmeldungen anwendbar (so auch *Waldner ZNotP* 1998, 490 ff.).

Geschäftswert: 5.000,- DM,  
Gebühr: 5/10 gem. § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO.

#### Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 GmbHG

Gemäß § 86 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist die Einreichung des vollständigen neuen Wortlauts der Satzung nach Umstellung auf Euro mit der Bescheinigung des Notars nicht erforderlich. Erfolgt die Bescheinigung durch den Notar jedoch auf ausdrücklichen Wunsch der Beteiligten, ist wie folgt abzurechnen:

– Bei Entwurf des Umstellungsbeschlusses neben der 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, 10/10 Gebühr nach § 50 Abs. 1 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzenden Wert, Vorschlag: 5.000,00 DM in Anlehnung an

die Wertbestimmung für den Entwurf, für den die gleichen Wertermittlungsgrundsätze gelten.

- Bei Beurkundung des Umstellungsbeschlusses mit Gebührenberechnung nach § 47 KostO, gem. § 47 Satz 1, 2. Halbsatz KostO gebührenfrei.

#### b) Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro mit Glättung

Für die Glättung sind u.a. die folgenden zwei Möglichkeiten vorgesehen:

Kapitalerhöhung durch Erhöhung der Nennbeträge der bestehenden Einlagen, oder Kapitalherabsetzung mit anschließender Erhöhung auf den nächsthöheren glatten Euro-Betrag.

Bei einer reinen Umstellung einer 50.000,00 DM-GmbH auf Euro beträgt das Stammkapital 25.564,59 Euro. Sind zwei Gesellschafter mit bisher jeweils 25.000,00 DM Stammeinlagen beteiligt, werden die Mitgliedsrechte durch Rundung der Stammeinlagen auf zwei Dezimalstellen nicht berührt. *Waldner* (ZNotP 1998, 490 ff.) vertritt den Standpunkt, daß es auch möglich sein muß, im Rahmen des vereinfachten Verfahrens eine Umstellung auf 25.564,60 Euro oder 25.564,58 Euro vorzunehmen, damit das Stammkapital immer noch durch 2 teilbar ist.

Bleibt es bei der reinen Umstellung, entstehen sogenannte „krumme“ Euro-Beträge, die ab 1.1.2002 eine Registersperre bewirken (§ 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG). Um eine derartige Registersperre nach der Übergangszeit zu vermeiden, wird in den meisten Fällen mit der Euro-Umstellung auch eine Glättung der krummen Beträge verbunden sein. Im Zuge der Glättung müssen die Stammeinlagen auf Beträge gestellt werden, die durch 10 Euro teilbar sind und mindestens 50 Euro betragen (§ 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG). Die Glättung kann erfolgen durch Anpassung der Nennbeträge der bestehenden Stammeinlagen an den nächsthöheren oder nächstniedrigeren durch 10 teilbaren Euro-Betrag.

Wird mit der Umstellung des Stammkapitals in Euro eine Kapitaländerung verbunden, auch wenn sie nur zur Glättung erfolgt, sind die für eine Satzungsänderung maßgeblichen Vorschriften zu beachten (*Rellemeyer Rpfleger* 1999, 45). Der Beschluß bedarf dann der *notariellen Beurkundung*.

#### 1. Beispiel (Glättung auf den nächsthöheren durch 10 teilbaren Euro-Betrag):

GmbH, Stammkapital 50.000,00 DM, vor dem 31.12.1998 in das Handelsregister eingetragen. Gesellschafter sind A und B mit je einer Stammeinlage von 25.000,00 DM.

*Beschlüsse:*

- Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro (künftig Stammkapital 25.564,59 Euro),
- Glättung der Nennbeträge durch Erhöhung der beiden Stammeinlagen aus Gesellschaftsmitteln von jeweils 12.782,30 Euro (durch Rundung) auf künftig jeweils 12.790 Euro, wodurch sich ein Stammkapital von nunmehr 25.580 Euro ergibt.

#### Kostenberechnung

Geschäftswert für die Beschlüsse:

- Umstellung Stammkapital auf Euro, §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, 1% des eingetragenen Stammkapitals, mindestens jedoch = 50.000,00 DM

- Glättung, § 27 Abs. 1 KostO, Nennbetrag der Glättung = 15,40 Euro x 1,95583 = 30,12 DM

Gesamtgeschäftswert, § 44 Abs. 2 a), § 27 Abs. 2 S. 1 KostO 50.030,12 DM.

(Art. 45 Abs. 3 EGHGB – Geschäftswert = die Hälfte des nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO maßgebenden Wertes ist auf Beschlüsse nicht anwendbar, da § 26 bei bestimmtem Geldbetrag nur für Anmeldungen und Eintragungen gilt; A. *Waldner* ZNotP 1998, 490 ff.).

Gebühr: 20/10 gem. § 47 KostO = 340,00 DM.

Schließt man sich der Auffassung für eine pragmatische Lösung an (siehe Abschn. III. 1) a), käme für den Umstellungsbeschluß ein Geschäftswert von 5.000,00 DM in Betracht, so daß die 20/10 Gebühr nach § 47 KostO aus einem dann maßgeblichen Geschäftswert von 5.030,12 DM zu erheben wäre und lediglich 100,00 DM beträgt.

Eine Übernahmeerklärung ist nicht erforderlich, da die Erhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolgt.

*Handelsregisteranmeldung (Entwurf durch Notar, keine Unterschriftsbeglaubigung):*

- Geschäftswert für die Umstellung des Stammkapitals auf Euro, Art. 45 Abs. 2 EGHGB, § 26 Abs. 7 KostO, Anmeldung ohne wirtschaftliche Bedeutung = 5.000,00 DM

- Geschäftswert für die Glättung, § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO, Erhöhungsbetrag umgerechnet in DM = 30,12 DM, hiervon gem. Art. 45 Abs. 3 EGHGB die Hälfte = 15,06 DM

Gesamtgeschäftswert, § 44 Abs. 2 a) KostO = 5.015,06 DM.

Gebühr: 5/10 gem. §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 25,00 DM.

Erfolgt eine über die Glättung der Stammeinlagen hinausgehende Kapitalerhöhung, scheidet insoweit die Anwendung des Art. 45 Abs. 3 EGHGB aus. Die Bewertung erfolgt dann nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO.

*Bescheinigung des vollständigen Wortlauts der Satzung*

Gemäß § 47 S. 1, 2. Halbsatz KostO keine Gebühr, da gebührenfreies Nebengeschäft zum Beschluß.

#### 2. Beispiel (Glättung durch kombinierten Herabsetzungs- und Erhöhungsbeschluß):

Gleicher Sachverhalt wie bei 1. Beispiel mit folgenden Unterschieden:

- Das Stammkapital wird auf Euro umgestellt und beträgt 25.564,59 Euro.
- Zum Zwecke der Anpassung wird das Stammkapital auf 25.000 Euro herabgesetzt.
- Das Stammkapital wird sodann auf 25.500 Euro erhöht. Der Erhöhungsbetrag von 500 Euro wird in zwei Stammeinlagen zu je 250 Euro eingeteilt. Zur Übernahme je einer Einlage von 250 Euro werden die Gesellschafter A und B zugelassen. Die einzelnen Stammeinlagen sind sofort in voller Höhe in bar einzuzahlen.
- § 3 der Satzung (Stammkapital) wird entsprechend neu gefaßt.

- § 10 der Satzung (Stimmrechte) wird dahingehend geändert, daß künftig je 50 Euro eine Stimme gewähren.
- Die Gesellschafter A und B erklären, die neu geschaffenen Stammeinlagen zu den Bedingungen des Beschlusses zu übernehmen.

### Kostenberechnung

#### Beschlüsse

- Umstellung auf Euro und Satzungsänderung § 10, *ein Beschluß* ohne bestimmten Geldwert, §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, 1% des eingetragenen Stammkapitals, mindestens jedoch 50.000,00 DM
  - Herabsetzung des Stammkapitals, gem. § 27 Abs. 1 KostO, bestimmter Geldbetrag, Nennbetrag 564,59 Euro umgerechnet auf DM 1.104,24 DM
  - Kapitalerhöhung, bestimmter Geldbetrag, gem. § 27 Abs. 1 KostO, Nennbetrag 500 Euro umgerechnet auf DM (gerundet) 977,92 DM
- Geschäftswert, §§ 27 Abs. 2 S. 1, 44 Abs. 2 a) KostO 52.082,16 DM,  
 hieraus 20/10 Gebühr gem. § 47 KostO = 340,00 DM.  
 Die Änderung des § 3 der Satzung ist gegenstandsgleich mit der Kapitalherabsetzung und -erhöhung.

#### Übernahmeerklärungen

- § 39 Abs. 1 KostO, 2 x 250 Euro, umgerechnet in DM, Gesamtsumme gem. § 44 Abs. 2 a) KostO 977,92 DM,  
 hieraus 10/10 Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO = 20,00 DM.

#### Anmerkung

§ 44 KostO ist bei Zusammenbeurkundung von Beschlüssen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht anwendbar. Die Gebühren gem. § 47 KostO und § 36 Abs. 1 KostO sind daher getrennt zu berechnen.

#### Handelsregisteranmeldung (Entwurf durch Notar mit Beglaubigung der Unterschrift des Geschäftsführers)

Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:

- Umstellung des Stammkapitals auf Euro,
- Kapitalherabsetzung auf 25.000 Euro,
- Kapitalerhöhung um 500 Euro auf 25.500 Euro,
- Änderung der Satzung zu §§ 3 und 10.

Der Notar legt mit der Anmeldung vor:

- Liste der Gesellschafter hinsichtlich der neuen Stammeinlagen (Entwurf durch Notar),
- Bescheinigung über den vollständigen Wortlaut der Satzung.

### Kostenberechnung

- Umstellung auf Euro und weitere Satzungsänderung § 10 = *eine Anmeldung* ohne bestimmten Geldbetrag, gem. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO = 1% des Stammkapitals, mindestens 50.000,00 DM (kein zusätzlicher Wertansatz gem. Art. 45 Abs. 2 EGHGB, § 26 Abs. 7 KostO),

- Kapitalherabsetzung, Anmeldung mit bestimmtem Geldwert gem. § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO = 564,59 Euro, umgerechnet in DM = 1.104,24 DM, hiervon gem. Art. 45 Abs. 3 EGHGB die Hälfte (s. *Waldner ZNotP* 1998, 490 ff.) 552,12 DM
  - Kapitalerhöhung, bestimmter Geldbetrag, gem. § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO, 500 Euro, umgerechnet in DM = 977,92 DM
- Gesamtwert gem. § 44 Abs. 2 a) KostO 51.530,04 DM  
 hieraus 5/10 Gebühr gem. § 145 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 85,00 DM.

Die erste Unterschriftsbeglaubigung ist gem. § 145 Abs. 1 S. 4 KostO gebührenfrei.

#### Liste der Gesellschafter

Geschäftswert gem. § 30 Abs. 1 KostO (OLG Stuttgart JurBüro 1984, 1078; OLG Celle JurBüro 1994, 41; *Reimann, Korintenberg* § 147 Rdnr. 110; Streifzug Rdnr. 431; a.A. OLG Frankfurt DNotZ 1987, 641 mit abl. Anm. *Lappe*), ca. 10-20% des Erhöhungsbetrages von 977,92 DM, bei 10% = 97,79 DM, hieraus 5/10 Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO = 20,00 DM.

#### Bescheinigung gem. § 54 Abs. 1 GmbHG

Die Bescheinigung des vollständigen Wortlauts der Satzung ist gem. § 47 S. 1, 2. Halbsatz KostO gebührenfrei.

### c) Anpassung der Satzung

Dringend zu empfehlen ist, auch die übrigen gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die auf DM-Beträgen beruhen, anzupassen. In erster Linie ist dabei an das Stimmrecht der Gesellschafter zu denken (100,00 DM gewähren eine Stimme). Unabhängig davon, ob und wie eine Glättung vorgenommen wird, sollte festgelegt werden, welcher bestimmte Euro-Betrag eine Stimme gewährt (z.B. je 50 Euro gewähren eine Stimme).

### Kostenberechnung

#### Beschlüsse

Es handelt sich hierbei um eine Satzungsänderung ohne bestimmten Geldbetrag. Wird die dementsprechende Satzungsänderung mit dem Umstellungsbeschluß zusammen beurkundet, liegt *ein Beschluß* vor, da es sich bei dem Umstellungsbeschluß ebenfalls, wenn auch um eine nicht beurkundungspflichtige, Satzungsänderung ohne bestimmen Geldwert handelt. Bei mehreren Satzungsänderungen handelt es sich immer nur um *einen* einheitlichen Beschluß (Streifzug Rdnr. 465).

Geschäftswert damit insgesamt gem. §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO 1% des eingetragenen Stammkapitals, mindestens 50.000,00 DM und höchstens 1 Mio. DM.

Gebühr: 20/10 gem. § 47 KostO.

Wird die Satzungsänderung nach vorausgegangener Umstellung des Stammkapitals auf Euro allein beurkundet, kommt die gleiche Bewertung in Betracht.

Die dem Registergericht einzureichende Bescheinigung mit dem vollständigen Wortlaut der Satzung ist gebührenfreies Nebengeschäft nach § 47 Satz 1, 2. Halbsatz KostO.

### *Handelsregisteranmeldung*

Anzumelden sind die Satzungsänderungen (Euro-Umstellung, Anpassung des Stimmrechts) = *eine* Anmeldung ohne bestimmten Geldwert. Geschäftswert gem. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO = 1% des eingetragenen Stammkapitals, mindestens 50.000,00 DM und höchstens 1 Mio DM gem. § 39 Abs. 4 KostO. Ein zusätzlicher Wertansatz für die Euro-Umstellung gem. Art. 45 Abs. 2 EGHGB (5.000,00 DM bei alleiniger Anmeldung der Umstellung) erfolgt nicht.

### **2) GmbHs, die bis zum 31.12.1998 gegründet, die Anmeldung dem Handelsregister jedoch nicht mehr vor dem 1.1.1999 vorgelegt wurde (Übergangsgesellschaften).**

Für GmbHs, die ab 1.1.1999 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und vor dem 31.12.2001 eingetragen werden, gelten gem. § 86 Abs. 2 GmbHG die neuen Beträge gem. § 5 GmbHG, d.h. das Stammkapital muß mindestens 25.000 Euro, die Stammeinlage eines jeden Gesellschafters muß mindestens 100 Euro betragen und muß in Euro durch 50 teilbar sein.

#### **Beispiel:**

Wurde durch A und B (Stammeinlage je 25.000,00 DM) vor dem 1.1.1999 eine GmbH mit Stammkapital 50.000,00 DM gegründet, die Anmeldung jedoch nicht mehr bis zum 31.12.1998 beim Registergericht eingereicht, besteht wegen § 86 Abs. 2, § 5 GmbHG keine Eintragungsmöglichkeit der GmbH mit Stammkapital von 50.000,00 DM. Zwar können GmbHs in der Übergangszeit nach wie vor in DM eingetragen werden, in diesem Falle müssen jedoch die Vorschriften des § 5 GmbHG (Mindestkapital, Teilbarkeit) beachtet werden. Das Stammkapital muß auf den DM-Betrag festgesetzt werden, bei dem sich bei der späteren Umstellung glatte Euro-Beträge ergeben.

Bei dem vorliegenden Beispiel (GmbH mit Stammkapital 50.000,00 DM) würde sich ein nicht mehr eintragungsfähiger Euro-Betrag von 25.564,59 Euro ergeben. Wird der Gesellschaftsvertrag – hier vor Eintragung der GmbH – dahingehend geändert, daß das DM-Stammkapital auf Euro-Stammkapital geändert wird, handelt es sich nicht um einen Umstellungsbeschluß mit der Kostenproblematik gem. Abschn. III. 1) a) und b), sondern um eine Vertragsänderung gem. § 42 KostO. Änderungen des Gesellschaftsvertrages können vor Eintragung der GmbH nicht durch satzungsändernden Beschluß nach § 53 ff. GmbHG, sondern nur durch Vereinbarung aller Gesellschafter gem. § 2 GmbHG erfolgen.

#### **Kostenberechnung**

##### *a) Umstellung DM auf Euro*

Geschäftswert, § 30 Abs. 1, § 39 Abs. 1 Satz 2 KostO, Wertschätzung hier in Anlehnung an die Wertbestimmung gem. Art. 45 Abs. 2 EGHGB = 5.000,00 DM. Bei dieser Wertbestimmung bleibt es auch dann, wenn mit der Umstellung weitere Satzungsänderungen, etwa Anpassung der Stimmrechte, mitbeurkundet werden (Teilwert ca. 10–20% bei Umstellung

mit Anpassung der Stimmrechte, bei weiteren Änderungen entsprechend höherer Prozentsatz).

Gebühr: 10/10 gem. § 42 KostO.

##### *b) Anmeldung zum Handelsregister*

Die Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf keiner neuen formellen Anmeldung. Es genügt die Vorlage einer beglaubigten Ablichtung der Änderungsurkunde sowie ein Exemplar des geänderten Gesellschaftsvertrages mit entsprechender notarieller Bestätigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG durch den Notar oder durch die Geschäftsführung (in vertretungsberechtigter Zahl) und eine erneute Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Hierzu wird auf BayObLG Rpfleger 1978, 143 und *Haferland/Schmidt/Tiedtke* Praxis des Kostenrechts, 4. Auflage, Rdnr. 454 hingewiesen.

Diese Ansicht ist allerdings nicht ganz unumstritten. Folgt man der Auffassung, daß die Änderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, kommt folgende Wertbestimmung nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 KostO in Betracht:

Anmeldung mit bestimmtem Geldwert, Geschäftswert 25.000 Euro, auf DM umgerechnet 48.895,75 DM,

hieraus 5/10 Gebühr gem. § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO (bei Entwurffertigung durch den Notar) = 80,00 DM.

Fertigt der Notar nur den Entwurf der Versicherung des Geschäftsführers, fällt hierfür eine 5/10 Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO an aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzenden Teilwert, ca. 10–20% des Wertes des Gesellschaftsvertrages (Streifzug Rdnr. 433).

## **IV. Aktiengesellschaften**

Wie bei der GmbH kommt die bloße Umstellung des Grundkapitals auf Euro sowohl für die Altgesellschaften als auch für die während der Übergangsphase in DM neugegründeten Aktiengesellschaften in Betracht. Das Grundkapital sowie weitere Betragsangaben in der Satzung sind wie bei der GmbH mit dem amtlich festgelegten Umrechnungskurs umzurechnen.

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EGAktG bedarf die rein rechnerische Umstellung während der Übergangsphase (1.1.1999 bis 31.12.2001) eines mit einfacher Mehrheit der Hauptversammlung gefaßten Beschlusses. Da bei bloßer Umstellung in Euro die einfache Mehrheit genügt, ist bei der sogenannten „kleinen Aktiengesellschaft“ die notarielle Beurkundung des Hauptversammlungsbeschlusses nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG entbehrlich.

Wird der Umstellungsbeschluß durch die Hauptversammlung einer börsennotierten Aktiengesellschaft gefaßt, bedarf der Beschluß der *notariellen Beurkundung*.

Die Ausführungen zur Anmeldung zum Handelsregister und zur Bescheinigung des vollständigen Wortlauts zur GmbH gelten für die AG sinngemäß.

#### *Kostenberechnung:*

Alle kostenrechtlichen Ausführungen zur GmbH gelten gleichermaßen für die AG.

**Röhricht/Graf von Westphalen (Hrsg.): Handelsgesetzbuch. Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2601 Seiten, DM 298,-.**

Die Kerngebiete unserer Privatrechtsordnung sind von der juristischen Literatur vorzüglich erschlossen. Qualität und Umfang der gängigen Handbücher und Kommentare befriedigen die Bedürfnisse von Wissenschaft und Praxis weitgehend. Tatsächlich ist das Angebot so groß, daß sowohl öffentliche als auch private Bibliotheken schon lange nicht mehr in der Lage sind, dem Anspruch auf Vollständigkeit auch nur annähernd zu genügen. Vor allem bei den Gerichten erster Instanz ist schon die Verwendung von Neuauflagen etablierter Standardwerke aus Geldmangel längst nicht mehr selbstverständlich. Wie groß muß also das Wagnis sein, sich mit einem völlig neuem Kommentar zum HGB – einem zentralen Kodifikationswerk unseres Wirtschaftsrechts – auf den Markt zu begeben?

Verlag und Autoren des hier zu besprechenden Werkes geben sich zuversichtlich. Sie sehen in ihrem neuen Kommentar ein Mittelstück zwischen den etablierten Kurz- und Großkommentaren zum HGB, der sich nach inhaltlichem Zuschnitt und Art seiner Darstellung ganz und gar an den Bedürfnissen der Praxis orientieren soll. In prägnanter Weise sollen zuverlässige Auslegungshilfen geboten und praxisgerechte Lösungsansätze aufgezeigt werden, wobei die Rechtsprechung Leitlinie der Kommentierung sein soll.

Um es vorwegzunehmen: Verlag und Autoren – sämtlich renommierte Richter und Rechtsanwälte – werden ihrem Anspruch gerecht. Der „Röhricht/Graf von Westphalen“ ist eine Bereicherung des vorhandenen Angebots und wird sich in kurzer Zeit als Standardwerk durchsetzen.

Rein äußerlich ist zunächst lobend hervorzuheben, daß der Kommentar schon durch die Übersichtlichkeit und Ästhetik seiner Gestaltung besticht. Allen längeren Einzelkommentierungen gehen leicht erfaßbare Übersichten und aussagekräftige (weil sinnvoll wertende) Literaturhinweise voran. Prägnante Stichworte werden bei den einzelnen Randnummern mit Fettdruck hervorgehoben. Das Schriftbild ist deutlich und groß. Dem Leser bleiben also tränende Augen erspart – bei Gott keine Selbstverständlichkeit mehr auf dem juristischen Markt (wenngleich das kein Vorwurf gegenüber anderen Werken sein soll).

In der Sache ist anzumerken, daß der Kommentar in erster Auflage noch kurz vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes erschienen ist. Das erweist sich zwar als kleiner

Nachteil, der durch eine zügige Neubearbeitung wettgemacht werden sollte. Andererseits haben die Autoren den Wettlauf mit dem Gesetzgeber bewußt gesucht und die geplanten und jetzt Gesetz gewordenen Änderungen bereits weitgehend berücksichtigt. Insbesondere *Röhrichts* Einführung sowie seine Kommentierung der §§ 1 bis 7 HGB aber auch *Ammons* Ausführungen zum Firmenrecht sind daher keineswegs veraltet.

Für den Notar von besonderem Interesse ist die Kommentierung der §§ 105 bis 237 durch *von Gerkan*. Hier wird das gesamte Recht der Personenhandelsgesellschaften gleichsam aus einem Guß präsentiert. Bei allem Lob für inhaltliche Geschlossenheit und Zuspruch für die Prägnanz der Darstellung bleibt freilich kritisch anzumerken, daß *von Gerkan* an vielen Stellen kaum über das hinausgeht, was auch ein Kurzkomentar wie der *Baumbach/Hopt* an Informationen bietet. Sofern dies auf verlagstechnische Vorgaben zur Beschränkung des Kommentierungsumfanges zurückgehen sollte, wäre ernsthaft zu erwägen, ob man nicht besser auf 63 Seiten Abdruck des Gesetzestextes sowie die Wiedergabe leicht auffindbarer Normen aus dem FGG (§§ 125 bis 146) verzichten sollte. Kaum nachvollziehbar ist es auch, weshalb im Anhang zur Kommentierung die Überleitungsvorschriften zum Bilanzrichtliniengesetz, zum Bankbilanzrichtliniengesetz und zum Versicherungsbilanzrichtliniengesetz abgedruckt werden, wo doch das Bilanzrecht (aus guten Gründen) von der Kommentierung insgesamt ausgenommen wurde. Man sollte also *von Gerkan* diese 100 zusätzlichen Seiten zubilligen, um ihm Raum für Vertiefung zu geben.

Zu den ausdrücklich hervorzuhebenden Leistungen des Kommentars gehören die Ausführungen zu den besonderen Handelsverträgen, für die *Brandi-Dohrn* und *Graf von Westphalen* verantwortlich zeichnen. Die Darstellung der EDV-Verträge, der Factoring-, Leasing- und Lizenzverträge, der Qualitätssicherungsvereinbarungen sowie des Vertragshändlerrechts sind vorzüglich gelungen und erleichtern auch dem nicht tagtäglich mit diesen modernen Vertragstypen befaßten Juristen den Einstieg in die zum Teil äußerst subtile Materie. Für die Neuauflage sollte freilich überlegt werden, ob nicht auch der Franchising-Vertrag, dessen praktische Bedeutung in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen hat, in den Kanon der kommentierten Typen aufgenommen werden sollte. Die Praxis würde dies sicher dankbar annehmen.

Zusammenfassend ist die Arbeit von Autoren, Herausgebern und Verlag hoch zu loben. Der „Röhricht/Graf von Westphalen“ wird sich seinen Platz in der handelsrechtlichen Standardliteratur erwerben. Die zweite Auflage darf schon jetzt mit Spannung erwartet werden.

Notar Dr. Peter Rawert, LL.M., Hamburg

**Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch. Von Andreas Albrecht u. a., 14. Auflage 1998 Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2169 Seiten, mit CD-Rom, DM 238,-.**

Knapp fünf Jahre nach der (in MittBayNot 1995, 445 besprochenen) Voraufgabe liegt der „Wurm/Wagner/Zartmann“ in Neuauflage vor – von den gleichen Autoren bearbeitet und um

gut 300 Seiten umfangreicher. An die Stelle der damals beiliegenden Diskette ist eine CD-Rom getreten, deren (zugegebenermaßen kurze) Installationsanweisung für MS-Windows sich sinnigerweise nicht im Buch befindet, sondern auf die CD-Rom aufgedruckt ist. Daß es mir trotzdem erst nach Inanspruchnahme sachkundiger Hilfe gelungen ist, ein Muster auf den PC zu bringen, liegt freilich ausschließlich an mir, nicht an der CD-Rom.

Die unveränderte Zusammensetzung des Autorenteams garantiert eine gewisse Kontinuität. Die Erweiterung des Umfangs ist deshalb auch im wesentlichen nicht auf neue Muster, sondern auf eine Überarbeitung (meist sogar: Verbesserung) der vorhandenen zurückzuführen. Die Partnerschaftsgesellschaft gibt es z.B. nach wie vor nur als Anmerkung im Verschmelzungsrecht, wo man erfährt, daß sie „nunmehr als verschmelzungsfähig anerkannt“ ist – was sich allerdings, soweit ich sehe, nicht aus „K. Schmidt, NJW 1995, 1“, sondern aus §§ 3, 45a–e UmwG n.F. ergibt. Der Zuschnitt des Buches ist also gleich geblieben, und viele Formulierungen sind oft von erfrischender Kürze, ohne deshalb weniger Substanz zu enthalten als wesentlich weitschweifigere Muster in anderen Büchern.

Trotzdem muß sich derjenige, der öfter mit diesem Buch gearbeitet hat, erheblich umstellen: Die Abschnitte 19 bis 54 wurden gründlich umgeschüttelt, allerdings in dem lebenswerten Bestreben, die Muster des Mobilien- von denen des Immobiliarsachenrechts zu trennen. Der Aufbau ist jetzt überzeugender und zumindest für den Neueinsteiger wird das passende Muster im Bereich des Grundstücksrechts jetzt leichter zu finden sein.

Wer zwei aufeinanderfolgende Auflagen eines Buches rezensiert, ist natürlich auch neugierig, ob er mit seinen Anmerkungen in irgendeiner Form Resonanz gefunden hat – und es ist tatsächlich der Fall. Der Abschnitt 63 (Zuwendungen unter Ehegatten) hat durch präzise und trotzdem gut verständliche Erläuterungen der Muster wesentlich gewonnen; die „abgewandelte Gütertrennung“ im früheren Muster 60d ist ersatzlos entfallen, und der „Erbvertrag zwischen Eheleuten“ (früher Muster 771, jetzt Muster 77k) ist so umgestaltet, daß das Prozeßrisiko für die in Aussicht genommenen Erben wesentlich gemindert ist – ob man die vorgeschlagene Regelung empfehlen würde, ist freilich eine ganz andere Frage.

Verdienstlich für ein Buch mit Redaktionsschluß im September 1998 ist vor allem, daß das Handelsrechtsreformgesetz bereits vollständig eingearbeitet und in den Mustern berücksichtigt ist und daß die GmbHs bereits in Euro gegründet werden – anders dagegen der Vorschlag zur AG. Überhaupt ist aber Muster 129a gegenüber dem alten Muster 131a kein rechter Gewinn: Bei den erschienenen Personen wird zwar jetzt ausdrücklich hervorgehoben, daß sie „unbedenklich voll geschäftsfähig“ sind, sie heißen jetzt freilich „Gesellschafter“, was – nachdem auch das Aktiengesetz nur von „Gründern“ spricht (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 AktG) – zumindest ein bißchen unprofessionell wirkt. Der Teil Handels- und Gesellschaftsrecht enthält überhaupt eine ganze Reihe von Flüchtigkeiten.

Es ist mir fast peinlich, nochmals darauf hinweisen zu müssen, daß es mit der amtlichen Stellung der Registerrechtspfleger nicht vereinbar ist, Anmeldungen zu „verführen“ (so nach wie vor Muster 107 m Fußnote 1), und im gleichen Muster ist übersehen, daß § 13c bereits durch das Gesetz vom 22.6.1993 (!) zu § 13h HGB geworden ist.

Die Hinweise zum Kostenrecht sind teilweise unverändert, teilweise verändert – aber nicht immer zum Vorteil des Buches. Die Gründung einer GmbH durch mehrere Personen (Muster 119a) enthält jetzt anders als früher die Bestellung der GmbH-Geschäftsführer durch Beschluß. Ohne in die Zweifelsfrage eintreten zu wollen, ob das richtige Sachbehandlung ist: Bei der Kostenbewertung sollte man die 20/10-Gebühr aus § 47 KostO zumindest nicht völlig unterschlagen. Bei der Gründung durch einen Gesellschafter – sie heißt jetzt korrekterweise „Einpersonen-“ statt „Einmann-Gründung“ – (Muster 119d) erfahren wir dagegen zu unserer Überraschung: „wie Muster 119a (streitig, ein Teil der Rechtsprechung will nur eine 10/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO entstehen lassen)“. Nun ist die Auffassung, daß die Einpersonenbegründung eine 20/10-Gebühr entstehen lasse, vor vielen, vielen Jahren tatsächlich vereinzelt vertreten worden (Willemer, DNotZ 1981, 469; Mümmler, Büro 1981, 837). Den beiden ist aber – soweit ich sehe – niemand gefolgt. Alle veröffentlichten Gerichtsentscheidungen (BayObLG, MittBayNot 1983, 29; KG, Rpfleger 1984, 248; OLG Frankfurt, DNotZ 1983, 256; OLG Stuttgart, DNotZ 1983, 577; OLG Hamm, Rpfleger 1984, 38) und alle seitherigen Stellungnahmen in der übrigen Literatur (*Prüfungsabteilung der Notarkasse*, MittBayNot 1982, 51 und Streifzug, 4. Aufl., Rdnr. 506; *Lappe*, NJW 1982, 1740; *Bengel* in: *Korintenberg*, KostO, 13. Aufl., § 36 Rdnr. 6; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 36 Rdnr. 10; *Hartmann*, Kostengesetze, 28. Aufl., § 36 Rdnr. 6; *Waldner*, KostO, 5. Aufl., 226; *Filzek*, Notarkosten-Fibel, 5. Aufl., S. 247; *Göttlich/Mümmler*, KostO, 13. Aufl., GmbH Anm. 13.1; *Haferland/Schmidt/Tiedtke*, Praxis des Kostenrechts, 3. Aufl., Rdnr. 229) gehen von einer Bewertung nach § 36 Abs. 1 KostO aus.

Nachdem man für das Kostenrecht aber ohnehin über qualifiziertere Erkenntnisquellen verfügt (und auch andere Formularbücher hier oft Wünsche offen lassen), sollten kleine Mängel in diesem Bereich nicht von der Anschaffung eines Buches abhalten, das mit seinen oft überdenkenswerten Formulierungen zumindest als gelungene Ergänzung zu den eingeführten Formularbüchern durchaus empfohlen werden kann.

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

## **Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 2., neubearbeitete Auflage 1998, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 157 Seiten und Nachtrag, DM 72,-.**

Das nunmehr in 2. Auflage erschienene Werk des Berliner Professors *Böttcher* behandelt wiederum fast alle praktisch auftretenden Fragen um das Erbbaurecht. Zunächst wird der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt des Erbbaurechts dargestellt, bevor die einzelnen vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten näher erläutert werden. Schließlich widmet sich der Verfasser dem Verfahren der Begründung des Erbbaurechts, dem Erbbauzins, der Verfügung über das Erbbaurecht und dessen Beendigung.

Dabei zeichnet sich das Buch durch ein hohes Maß an Aktualität aus, da bereits das Euro-Einführungsgesetz vom 9.6.1998

mit seinen Änderungen in § 9 ErbbauVO und § 1105 Abs. 1 BGB eingearbeitet ist. Auch das Preisangaben- und Preisklauselgesetz ist bereits erwähnt. Leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Preisklauselverordnung vom 23.9.1998, die in § 1 Nr. 4 wichtige Vorschriften über die Genehmigungsfreiheit von Erbbauzinsklauseln enthält. Dadurch stellen sich die Randnummern 335a bis 353 des Buches bereits als teilweise überholt dar. Das zu rezensierende Buch ist gleichwohl das derzeit aktuellste Werk auf dem Gebiet des Erbbaurechts.

Positiv fällt weiter die für heutige Verhältnisse erfreuliche Kürze und Prägnanz der Darstellung auf. Trotz gelegentlicher Gedankensprünge gelingt es dem Autor, die allermeisten praktisch bedeutsamen Fragen des Erbbaurechts anzusprechen; selbst etwas abgelegene Themen wie das Untererbbaurecht werden erwähnt. Wünschenswert wären jedoch noch Darlegungen zur Frage des Rücktritts vom Erbbaurechtsver-

trag oder zum Thema der Einräumung eines schuldrechtlichen Verlängerungsanspruchs des Erbbauberechtigten und dessen Absicherung durch Vormerkung gewesen.

Trotz der straffen und schnörkellosen Darstellung versäumt es der Autor nicht, die wichtigsten Punkte schlagwortartig mit Argumenten zu untermauern, so daß das Buch eine insgesamt beachtliche Informationsfülle aufweist. Außerdem ist zu jedem Einzelpunkt leicht zugängliche weiterführende Literatur genannt, die dem an vertiefender oder umfassenderer Darstellung interessierten Leser eine gezielte Weitersuche ermöglicht.

Negativ fällt bereits auf den ersten Blick das Fehlen eines Vorworts oder einer sonstigen einführenden Darstellung auf. So erfährt man weder den Tag des Redaktionsschlusses noch die Intention des Autors oder dessen gewünschten Adressatenkreis. Der Kaufentscheidung wird dies nicht dienlich sein.

Da das Werk bei der Kürze der Darstellung weitgehend auf Wiederholungen verzichten muß, wären häufigere Querverweise ebenso angebracht gewesen wie ein detaillierteres Sachverzeichnis.

Eine Reihe von kleineren inhaltlichen Unklarheiten und Fehlern – die Ausführungen zu den Erschließungskosten und der Grundsteuer (Rdnr. 124 ff.) sind aus sich heraus nicht verständlich, der Verfügungsbegriff (Rdnr. 417) ist unzutreffend, die in Rdnr. 320 vorgestellte Rechenoperation ist als solche nicht erkennbar, bei der Frage des Zeitpunkts der Erbbauzinsanpassung liegt ein Widerspruch zwischen Rdnr. 331 und Rdnr. 334 und auch die Prognose über das baldige Ende schuldrechtlicher Erbbauzinsanpassungen (Rdnr. 303c) erscheint aus Sicht des Praktikers fraglich – stören den Gesamteindruck indes wenig. Auch die etwas unübersichtlich geratene Darstellung zu §§ 9, 9a ErbbauVO ist wohl eher dem Gesetzgeber anzulasten als dem Autor.

---

**Busse, Baurecht für die Praxis. Alphabetischer Leitfaden mit Planungshilfen, Verlag R. S. Schulz, Starnberg, 1999 (Loseblattwerk), 500 Seiten, DM 78,-.**

Das „Bauplanungsrecht für die Praxis“ stammt aus der Feder eines ausgewiesenen Fachmanns und Praktikers. Dr. Jürgen Busse betreut als lfd. Verwaltungsdirektor beim Bayer. Gemeindetag das Referat Baurecht, hat einen Handkommentar der BayBO veröffentlicht und ist stellvertretender Bürgermeister. Sein Werk gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil werden in Stichworten wichtige Begriffe des Bauplanungsrechts erörtert. Dem Autor gelingt dabei das Kunststück, zu so

---

**Troll/Gebel/Jülicher Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz 6. Auflage 1998, Verlag Vahlen, München, 2130 Seiten, DM 188,- und Meincke Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 11. Auflage, 1997, Verlag C.H. Beck, München, 811 Seiten, DM 138,-.**

Das Schenkung- und Erbschaftsteuergesetz gehört zu den Steuergesetzen, die in der täglichen Praxis des Notars eine große Rolle spielen. Die Kommentare von Meincke und Troll/Gebel/Jülicher zum Erbschaftsteuerrecht sind mittlerweile bereits Klassiker auf ihrem Gebiet. Die 11. Auflage von Meincke bzw. 6. Auflage von Troll/Gebel/Jülicher (im folgenden „Troll“ genannt; Stand der Nachlieferung: 31.7.1998)

Schwerer wiegt nach Auffassung des Rezensenten eine ganze Flut teils sinnentstellender Tippfehler, die von einer ungenügenden Redaktion zeugen. Mag man eine „Entfaltungserklärung“ anstelle einer „Enthaltungserklärung“ (Rdnr. 447) noch mit Humor nehmen, so fällt dies schon schwerer, wenn allen Ernstes die „Zustimmung der dinglich Berechtigten am Erbbauberechtigten“ gefordert wird (Rdnr. 461).

Nennenswert mangelhaft sind auch die angebotenen Auszüge aus einem Grundbuch und einem Erbbaurechtsgrundbuch (S. 133 ff. und Nachtrag). Dies schon deshalb, weil im gesamten Text nicht an einer einzigen Stelle auf diese Muster Bezug genommen wird. Der mitgelieferte Nachtrag soll die „bisherige“ der „neuen“ Rechtslage gegenüberstellen. Leider bleibt es ein Geheimnis des Autors, was er mit „neuer“ Rechtslage meint, da ein konkretes Gesetz nicht genannt ist, was umso mehr überrascht als alle Gesetzesänderungen, die sich auf den Grundbuchstand auswirken könnten, bereits im Fließtext berücksichtigt sind. Inhaltlich bieten die Grundbuchstände aus Sicht des Praktikers an nicht weniger als neun Stellen Anlaß zu Kritik; genügen soll hier ein einziger Satz: Grundbücher, wie sie hier dargestellt werden, gibt es in der Praxis einfach nicht.

Diese Kritik soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß das zu besprechende Werk eine erstaunlich kompakte Darstellung beinahe des gesamten Erbbaurechts enthält, das vor allem für den schnellen Zugriff oder bei dem Wunsch nach Beschränkung auf das wesentliche die erforderlichen Informationen zu bieten vermag. Die einschlägigen Standardwerke und -kommentare zum Erbbaurecht vermag es dabei zwar nicht zu ersetzen, wohl aber zu ergänzen.

Notarassessor Michael Habel, München

schwierigen Materien wie dem Erschließungsvertrag und den städtebaulichen Verträgen einen ersten Überblick und dabei auch noch praxisrelevante Hinweise (z.B. auf die Beurkundungspflicht bei der Abtretung von Erschließungsflächen) zu geben. Unter dem Stichwort Vorhaben- und Erschließungsplan kann man beispielsweise neben einer kurzen Darstellung auch ein Vertragsmuster finden. Im zweiten Teil sind das BauGB und die BauNVO als Gesetzestexte abgedruckt. Der dritte Teil enthält – für Notare weniger interessant – Planungshilfen. Die Anschaffung des Buches lohnt sich gerade für denjenigen, der nicht ständig mit dem Baurecht zu tun hat.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen.

berücksichtigen das neue Schenkungsteuerrecht, wobei bedingt durch die gesetzlichen Änderungen insbesondere Neukommentierungen im Bereich der §§ 12, 13, 13 a, 14, 15, 16, 17 und 19 sowie 19 a, notwendig waren.

Da die Verfasser der Kommentare bemüht waren, der Öffentlichkeit möglichst rasch Kommentierungen zu den umfangreichen neuen Gesetzesvorschriften zur Verfügung zu stellen, konnten sie natürlich die erst wesentlich später erschienenen Verwaltungsvorschriften und -verordnungen (zuletzt Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Anwendung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechtes vom 21.12.1998 Sondernummer 2/98 des Bundessteuerblattes Teil I sowie Hinweise zu den Erbschaftsteuer-Richtlinien BStBl 98 I S. 1529 ff.)

nicht berücksichtigen. Im Rahmen der Nachlieferung wurden bei *Troll* mittlerweile Hinweise auf die Fundstellen der jeweiligen Erlasse aufgenommen.

Die wesentlichen Strukturprinzipien und Grundlagen der neuen gesetzlichen Regelungen werden dem Leser aufgezeigt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang § 12, in dem der Gesetzgeber die Grundsätze der Bewertung von vererbtem bzw. geschenktem Vermögen festlegt und hierzu auf das Bewertungsgesetz verweist. *Meincke* gibt hierzu einen guten Überblick über die allgemeine Bewertung und ermöglicht auch dem mit der Problematik wenig vertrauten Leser einen instruktiven Zugang zu den neuen Regelungen. Ein ABC der Bewertung am Ende der Kommentierung zu § 12 erlaubt eine schnelle Bearbeitung der Materie.

*Troll* geht in seinen Kommentierungen bereits auf Einzelfragen der Grundbesitzbewertung ein und ist hier insbesondere auch für den nützlich, der z. B. Einzelfragen zur Bewertung einer Land- und Forstwirtschaft hat (§ 12 Rdnr. 496 ff.).

Praktische Relevanz haben die Kommentierungen in beiden Werken zu § 13, der die letzten Jahre mehrmals geändert worden ist, zuletzt durch das Jahressteuergesetz 1997. Hier können teilweise nützliche Hinweise zu oft wenig beachteten Gestaltungen gefunden werden, die in Zukunft größere Bedeutung erlangen dürften, wie z. B. die Übertragung von Kunstgegenständen und Kulturgütern (*Meincke* § 13 Rdnr. 4, 8 ff., *Troll* § 13 Rdnr. 10, 23 ff.) sowie die Schenkungen an gemeinnützige Stiftungen (*Meincke* § 13 Rz 49 ff., *Troll* § 13 Rdnr. 187 ff.).

Von besonderer Bedeutung für die Unternehmensnachfolge ist die Neuregelung des § 13 a, der die bisherige Befreiungsregelung für Betriebsvermögen nach § 13 Abs. II a erweitert und modifiziert.

*Troll* (§ 13 a Rdnr. 36 ff.) stellt sehr instruktiv die Probleme bei den Personengesellschaften dar, die sich im Rahmen von Eintrittsklauseln, bei denen § 13 a in der Regel nicht zur Anwendung kommt, und qualifizierten Fortsetzungsklauseln ergeben. Bei letzteren ist insbesondere darauf zu achten, daß auch das Sonderbetriebsvermögen unmittelbar auf denjenigen Erben übergeht, der auch den Gesellschaftsanteil erhält. Er gibt den Rat, der auch im Bereich des Einkommensteuerrechts der sicherste sein dürfte: Der Nachfolger in den Gesellschaftsanteil wird zum Alleinerben eingesetzt und die anderen Erben mittels Vermächnissen abgefunden.

Der Freibetrag von 500.000,- DM kann vom Erblasser mittels schriftlicher Verfügung frei unter den Erben verteilt werden. Natürlich ist auch eine strengere Form möglich, wobei *Meincke* (§ 13 a Rdnr. 9) auch auf die notarielle Testamentsform hinweist. Der Notar, der mit der Abfassung eines Unternehmens-testaments betraut ist, sollte m. E. immer darauf hinwirken, daß die Aufteilung des Freibetrages im Testament geschieht. Zum einen ist somit gewährleistet, daß die materiellen erbrechtlichen Regelungen und die erbschaftsteuerrechtlichen Regelungen gleichlaufen. Zum anderen ist ein wesentlich höherer Beweiswert, auch gegenüber dem Finanzamt, vorhanden.

Liegt keine solche Verfügung vor, so sieht § 13 a Abs. 1 Nr. 1 vor, daß beim Übergang von Betriebsvermögen auf Erben diese den Freibetrag entsprechend ihrer Erbquote erhalten und in sonstigen Fällen eine Aufteilung nach Köpfen zu geschehen hat.

Für den Gestalter ist hierbei *Trolls* Hinweis (§ 13 a Rdnr. 71) wichtig, daß sowohl die Teilungsanordnung als auch die gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklausel nicht automatisch zu einer Zuweisung des Freibetrages an den Unternehmensnachfolger führen, sondern der Freibetrag vielmehr auf alle Erben

entsprechend ihrer Quote verteilt wird (vgl. auch den gleichlautenden Erlaß zu Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 13 a und des § 19 a Erbschaftsteuergesetz vom 17.6.1997 Rdnr. 23 und 29 Bundessteuerblatt I S. 673 ff.). *Meincke* (§ 13 a Rdnr. 9) vertritt noch die bürgerfreundlichere Lösung, daß sowohl die Teilungsanordnung als auch die gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklausel als Zuweisung des Freibetrages anzusehen ist. Diese Lösung ist zwar meines Erachtens vorzugswürdig, da die von *Troll* vertretene und nun in den Richtlinien bestätigte Ansicht dazu führen wird, daß gerade kleine und mittlere Unternehmer, die steuerlich nicht umfassend beraten sind, solch eine ausdrückliche Verfügung unterlassen, obwohl unzweifelhaft sein dürfte, daß sie auch demjenigen, der den Betrieb erhält, den Freibetrag zuwenden wollten. Jedoch muß aufgrund der Verwaltungsvorschriften jedem Beteiligten geraten werden, eine ausdrückliche Verfügung über den Freibetrag zu treffen, sofern er keine Alleinerbensetzung vornimmt.

Sowohl in den Fällen, in denen Erben und Vermächtnisnehmer bzw. sonstige Erwerber (zu den sonstigen Erwerbern siehe auch gleichlautenden Ländererlaß zu Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 13 a und des § 19 a Erbschaftsteuergesetz vom 17.6.1997 Bundessteuerblatt 1997 Teil I § 673 ff. Rdnr. 21) Betriebsvermögen erhalten als auch in den Fällen, in denen nur Vermächtnisnehmern oder sonstigen Erwerbern Betriebsvermögen zugedacht wird, findet eine Aufteilung nach Köpfen statt, unabhängig von der wertmäßigen Beteiligung der Begünstigten am Betriebsvermögen. Hierdurch können wesentliche Teile des Freibetrages verloren gehen.

Ein Vermächtnisnehmer erhält somit bereits nach § 13 a Abs. 1 Nr. 1 einen Teil des Freibetrages. Zusätzlich bestimmt nun § 13 a Abs. 3, daß derjenige, der begünstigtes Vermögen aufgrund einer verbindlichen Anordnung des Erblassers weitergeben muß, auch den Freibetrag weitergeben muß. Das Verhältnis beider Vorschriften zueinander entspricht ihrer Reihenfolge im Gesetzestext. Zuerst ist die Aufteilung des Freibetrages vorzunehmen und dann zu prüfen, ob derjenige, dem ein Freibetragsteil zusteht, diesen entsprechend Abs. 3 weiterzugeben hat. Somit kann sich durchaus eine Inkonsequenz zwischen dem Vermächtnisanspruch und der Weitergabepflicht des Freibetrages ergeben, da der Erbe erst dann von seinem Freibetrag einen Teil übertragen muß, wenn er selbst kein begünstigtes Vermögen erhält. Hierzu folgendes Beispiel:

Die Ehefrau als Alleinerbin erbt u. a. die Anteile an der X GmbH mit dem Wert von 1,0 Mio. Durch Vermächtnis ist sie verpflichtet, drei Viertel der Anteile an den Sohn herauszugeben. Gemäß § 13 a Abs. 1 Nr. 1 steht sowohl der Ehefrau als auch dem Sohn ein Freibetrag von 250.000,- DM zu. Die Ehefrau, der selbst begünstigtes Vermögen in Höhe von 250.000,- DM verbleibt, muß von ihrem Freibetrag gemäß § 13 a Abs. 3 nichts an den Sohn weitergeben, da sie selbst in dieser Höhe begünstigtes Vermögen erhält. Der gemeinsame Erlaß vom 17.6.1997 stellt in Rdnr. 44 fest, daß eine Teilungsanordnung nicht zur Rechtsfolge des § 13 a Abs. 3 ErbStG führt. Dies wird meines Erachtens zu Recht von *Troll* (§ 13 a Rdnr. 113) kritisiert, der vor Veröffentlichung des Erlasses bereits die gegenteilige Auffassung vertreten hat. *Troll* weist folglich darauf hin, daß somit die Zuweisung des Freibetrages zu demjenigen, der den Betrieb fortführt, teilweise verfehlt wird, da der Freibetrag bei Personen verbleibt, die nur Privatvermögen erben und somit verfällt. Er möchte darüber hinaus auch freiwillige Vereinbarungen zwischen den Miterben der Erbmasse in den § 13 a Abs. 3 ErbStG miteinbeziehen. Diese Auslegung würde helfen, das Verpuffen des Freibetrages bei fehlenden Anordnungen durch den Erblasser zu verhindern oder zumindest zu minimieren.

*Troll* (§ 13 a Rdnr. 73 f.) führt durch verschiedene Beispiele sehr instruktiv vor Augen, wie durch eine optimale Aufteilung des Freibetrages die Gesamtsteuerbelastung bei mehreren Erben möglichst niedrig gehalten werden kann.

In engem Zusammenhang mit § 13 a steht § 19 a, der sicherstellen soll, daß Erwerber der Steuerklasse 2 und 3 Betriebsvermögen nur mit den Steuersätzen der Steuerklasse 1 zu versteuern haben. Die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes sind weitgehend identisch mit § 13 a. § 19 a ist jedoch bei freigiebigen Zuwendungen unter Lebenden insoweit weiter, als jegliche Schenkung erfaßt wird und eine Beschränkung auf die vorweggenommene Erbfolge nicht vorgesehen ist. Bei § 19 a Abs. 3, der eine Verhältnisrechnung vorsieht, war fraglich, ob unter „Wert des gesamten Vermögensanfalls“ der Gesamtwert des steuerrelevanten Vermögens ohne Abzug des Freibetrages nach § 13 a (so *Meincke* § 19 a Rdnr. 8) oder unter Abzug dieses Freibetrages (so *Troll* § 19 a Rdnr. 9 f.) zu bestimmen ist. Der Erlaß a.a.O. Rdnr. 82 hat diese Frage im

Sinne von *Troll* entschieden, wobei der Erlaß jedoch darüberhinaus ebenfalls die Kürzung nach § 13 vorsieht, die *Troll* ablehnt.

Eine Buchbesprechung kann natürlich der Gesamtheit eines Kommentars nie gerecht werden, und kann nur einzelne Punkte exemplarisch herausgreifen. Insgesamt geben beide Werke dem Praktiker eine wichtige Hilfe an die Hand und erlauben über die jeweiligen ausführlichen Stichwortverzeichnisse ein schnelles Auffinden der Probleme. Erfreulich wäre es, wenn in den weiteren Auflagen verstärkt auch auf die Bewertung des Grundbesitzes nach dem Bewertungsgesetz eingegangen würde. Diese Vorschriften sind zwar nicht im Erbschaftsteuergesetz enthalten, aufgrund ihres Sachzusammenhangs mit dem Erbschaftsteuergesetz ist eine breite Darstellung der Problematik jedoch auch in den Kommentaren zum Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wünschenswert.

Notarassessor Dr. Christoph Ziegler, Weißenborn

### **Weigl, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Beck'sche Musterverträge, Band 33, 1998, Verlag C.H. Beck, München, 251 Seiten, DM 49,50.**

In der Reihe der Beck'schen Musterverträge erschien nunmehr Band 33 des Kollegen Dr. Gerald Weigl. Dieser Band befaßt sich mit der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung, also einem Rechtsgebiet, mit dem ein gewöhnlicher Notar in seiner täglichen Praxis nicht allzu häufig konfrontiert wird. Dennoch sollte es sich hierbei für einen Notar nicht um eine völlige „terra incognita“ handeln, da gerade im Rahmen einer Gesamtbetreuung von Unternehmensgründungen und (gleitenden) Betriebsübergaben die Möglichkeit der Vereinbarung einer stillen Gesellschaft oder einer Unterbeteiligung seitens des gestaltenden Beraters häufig in Betracht zu ziehen ist.

Zu dieser Thematik liefert nunmehr das vorliegende Buch entsprechende Hilfsmittel. Gemäß der bewährten Konzeption der Beck'schen Musterverträge wird zunächst im Rahmen einer Einleitung abstrakt ein kurzer Überblick über das behandelte Rechtsgebiet gegeben. Hierbei werden die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung jeweils in der typischen sowie der atypischen Form kurz erläutert. Ferner erfolgt eine Abgrenzung zu artverwandten Rechtsinstituten, insbesondere zum partiarischen Darlehen, sowie der Treuhand bzw. zum Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil. Abgerundet wird die Einleitung durch einige steuerliche Hinweise zu den dargestellten Gesellschaftsformen.

Sodann folgen die Vertragsmuster, welche jeweils in einem Anmerkungsteil eingehend erläutert werden.

Hierbei handelt es sich im einzelnen um die folgenden Musterformulare:

1. Typische stille Gesellschaft
2. Atypische stille Gesellschaft
3. GmbH Gesellschafter als stiller Gesellschafter (GmbH & Still)
4. Schenkweise Einräumung und Übertragung einer stillen Beteiligung (Familiengesellschaft)
5. Unterbeteiligung (mit den Varianten typische und atypische Unterbeteiligung).

Bei der Abfassung der Vertragsmuster wurde erkennbar darauf Wert gelegt, die Interessen der Vertragsparteien umfassend zu regeln, da das dispositive Gesetzesrecht sowohl bei der stillen Gesellschaft, als auch bei der stillen Beteiligung sehr lückenhaft ist und daher einer eingehenden Ausgestaltung in den einschlägigen Vertragsformulierungen bedarf.

Den Vertragsmustern liegen jeweils typische Sachverhalte zugrunde, anhand derer beispielhaft die in der Kautelarpraxis regelmäßig vorkommenden Vertragsgestaltungen dargestellt werden. Durch zahlreiche Varianten werden dem Leser auch in Betracht kommende Alternativen aufgezeigt, wobei diese Zusammenstellung naturgemäß nicht erschöpfend sein kann.

Die einzelnen Muster werden jeweils anschließend rechtlich erläutert. Hierbei wurden an die gesellschafts- und steuerrechtlichen Vorkenntnisse des Lesers keine allzu großen Anforderungen gestellt, so daß das Buch auch für den Benutzer, der nicht unbedingt über Intimkenntnisse des Rechts der stillen Gesellschaften und der Unterbeteiligungen verfügt, durchgehend gut lesbar bleibt.

Besonders erfreulich ist, daß *Weigl* stets auch die steuerlichen Konsequenzen der vorgeschlagenen Regelungen erläutert und vor gegebenenfalls drohenden Gefahren warnt. Gerade in diesem Bereich ist die Vereinbarung von Gesellschaftsverträgen häufig primär steuerlich motiviert, so daß eine rein am Gesellschaftsrecht orientierte Vertragsgestaltung den Interessen der Parteien nicht gerecht würde. Insbesondere ist bei der Abfassung entsprechender Verträge darauf zu achten, ob eine typische stille Gesellschaft oder Unterbeteiligung einerseits oder die jeweils atypische Variante gewollt ist, da diese jeweils völlig unterschiedliche steuerrechtliche Konsequenzen haben. Bei der Bewältigung dieser Problematik gibt *Weigl* in seinem Buch eine eingehende Hilfestellung.

Für denjenigen, der tiefer in die Materie einsteigen möchte, ist am Ende des vorliegenden Buches noch ein ausführlicher Abschnitt mit weiterführenden Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung enthalten. Ferner ist dem Buch noch eine Diskette beigefügt, auf der sich sämtliche Formulartexte befinden.

Insgesamt handelt es sich bei dem vorliegenden Buch um ein sehr gelungenes Arbeitsmittel, das demjenigen, der mit der Vertragsgestaltung im Bereich der stillen Gesellschaften und der Unterbeteiligungen betraut ist, eine wertvolle Hilfestellung bietet. Wer sich eingehender mit dieser Materie befassen möchte, wird natürlich um die Anschaffung weiterführender Literatur (genannt sei hier insbesondere *Blaurock*, Handbuch der Stillen Gesellschaft) nicht herumkommen. Aber gerade für den Kollegen, der sich mit diesen Gesellschaftsformen bisher noch nicht intensiv auseinandergesetzt hat, stellt dieses Buch eine sehr gute Einstiegshilfe dar, die auch geeignet ist, möglicherweise bestehende Berührungspunkte abzubauen.

Notar *Olrik Land*, Neumarkt i.d.OPf.

## Bürgerliches Recht

1. BGB § 362 Abs. 1 (*Zur Erfüllungswirkung bei Überweisung*)

### Zur Frage der Erfüllung einer Geldschuld durch Banküberweisung.

BGH, Urteil vom 28.10.1998 – VIII ZR 157/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

#### Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 29.1.1988 verkauften der Kläger und seine Ehefrau, die Widerbeklagte zu 2, ihren Anteil von 98% an der Firma I. C. , Inc. mit Sitz in B./O. (USA) für 200.000 US-Dollar an die Beklagte. Nach den Bestimmungen des Vertrages, der deutschem Recht unterliegen sollte, war der Kaufpreis wie folgt zu entrichten: Am 31.1.1988, 31.10.1988 und 31.10.1989 oder vorher waren jeweils 50.000 US-Dollar zu zahlen. Der Rest von 50.000 US-Dollar war unter Anrechnung bestimmter weiterer Zahlungen der Beklagten am 31.10.1990 oder vorher zu begleichen.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Beklagte zunächst auf Zahlung eines Restkaufpreises von 86.500 US-Dollar nebst Zinsen in Anspruch genommen. Nachdem unstrittig geworden war, daß die Beklagte einen Teilbetrag von 5.000 US-Dollar auf Verlangen des Klägers und unter Anrechnung auf die zweite Kaufpreisrate an den Schwiegersohn des Klägers geleistet hat, hat der Kläger seine Klage in Höhe dieses Betrages zurückgenommen.

Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die Beklagte weitere 45.000 US-Dollar auf die zweite Kaufpreisrate gezahlt hat. Der Kläger hat behauptet, ein entsprechender Betrag, den die Beklagte unstrittig vereinbarungsgemäß auf das sogenannte G.-Konto überwiesen hat, sei zwar von ihr ursprünglich zur Verwendung als (restliche) zweite Kaufpreisrate bestimmt gewesen. Noch während des Laufs der Überweisung habe ihm die Beklagte jedoch erklärt, daß das Geld anderweitig, nämlich für die Firma I. verwandt werden solle, in der er, der Kläger, damals noch tätig gewesen sei. Das habe er getan.

Die Beklagte hat gegenüber dem unstrittigen Teil der Restkaufpreisforderung des Klägers in Höhe von 36.500 US-Dollar unbedingt und gegenüber dem streitigen Teil der Restkaufpreisforderung des Klägers in Höhe von 45.000 US-Dollar hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erklärt. Widerklagend hat sie die Feststellung begehrt, daß dem Kläger und der Widerbeklagten zu 2 bestimmte andere Forderungen nicht zustehen.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung von 81.500 US-Dollar nebst Zinsen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht durch rechtskräftiges Teilurteil insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte zur Zahlung von 36.500 US-Dollar nebst Zinsen verurteilt worden ist. Durch Schlußurteil hat es die weitergehende Klage unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Teilurteils abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

I. (...)

II. 1. Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis erst, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Bewirkt ist die Leistung im Sinne des § 362 BGB in der Regel noch nicht mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges (BGHZ

87, 156, 162 m.w.N.). Eine Geldschuld wie die Verpflichtung des Käufers aus § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises kann zwar anstatt durch Barzahlung auch durch Banküberweisung erfüllt werden, wenn die Parteien dies vereinbart haben; dabei ist es eine untergeordnete Frage, ob dann eine Leistung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB oder eine Leistung an Erfüllung statt im Sinne des § 363 BGB vorliegt (BGHZ a.a.O.; 98, 24, 29 f.). Unabhängig davon wird auch bei einer Banküberweisung der zur Erfüllung erforderliche Leistungserfolg mangels anderer Vereinbarung nur dann erzielt, wenn der Gläubiger den geschuldeten Geldbetrag endgültig zur freien Verfügung erhält (BGH, Beschluß vom 23.1.1996 – XI ZR 75/95 = WM 1996, 438 unter 1; vgl. auch Münch-Komm/Heinrichs, BGB, 3. Aufl., § 362 Rdnr. 23). Das ist unter der – normalerweise gegebenen – Voraussetzung, daß allein der Gläubiger Verfügungsbefugnis über das Konto hat, in dem Augenblick der Fall, in dem der überwiesene Betrag dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben wird (BGHZ 6, 121, 122; 58, 108, 109; 103, 143, 146). Anders kann es sich aber verhalten, wenn es sich nicht um das Konto des Gläubigers, sondern um das des Schuldners bzw. eines ihm gehörenden Unternehmens handelt, über das der Gläubiger lediglich neben dem Schuldner verfügen darf. Dann ist es eine Frage der Auslegung der Vereinbarung der Parteien, ob bereits mit der Gutschrift auf diesem Konto Erfüllung eintreten soll oder erst dann, wenn der Gläubiger über den überwiesenen Geldbetrag zu eigenen Zwecken verfügt.

2. Danach ist bisher offen geblieben, ob durch die Überweisung der 45.000 US-Dollar in gleicher Höhe Erfüllung der Restkaufpreisschuld der Beklagten eingetreten ist.

a) Das Berufungsgericht hat zwar als unstrittig angesehen, daß der Kläger über das G.-Konto, auf das die Beklagte die 45.000 US-Dollar vereinbarungsgemäß überwiesen hat, die alleinige Verfügungsbefugnis hatte. Diese Annahme beruht jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, auf einem Verfahrensfehler. Die Revision verweist zutreffend darauf, daß der Kläger bei seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht am 22.11.1991 und am 26.11.1993 ausdrücklich behauptet hat, bei dem G.-Konto habe es sich um ein Konto der Beklagten gehandelt, über das neben ihm auch die Beklagte Verfügungsbefugnis gehabt habe. In Übereinstimmung damit hat der Kläger in der zweiten Instanz vorgetragen, das Konto sei von der Beklagten eröffnet worden, um darüber „alle von ihr kommenden Gelder in den USA weiterzuleiten“. Demgemäß habe er mit den eingegangenen Geldbeträgen nach den Anweisungen der Beklagten deren Ausgaben in den USA, insbesondere für die Firma I., bestritten. Die Beklagte habe bei ihren häufigen Besuchen in den USA, oft zusammen mit ihrem Bilanzbuchhalter, immer Einsicht in die Kontoauszüge gehabt. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Ersichtlich hat es die Feststellung im erstinstanzlichen Teilurteil, über das betreffende „Konto verfügte ausschließlich der Kläger“, dahin mißverstanden, der Kläger sei allein verfügungsbefugt gewesen, während sie ohne Widerspruch zu dem zitierten Vortrag des Klägers lediglich besagt, daß der Kläger – unbeschadet einer Verfügungsbefugnis der Beklagten – tatsächlich allein Verfügungen vorgenommen hat.

b) Ist mithin in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß es sich bei dem G.-Konto um ein Konto der Beklagten oder einer ihrer Firmen handelte, über das der Kläger lediglich neben der Beklagten verfügen durfte, kann nicht ohne weiteres gesagt werden, daß die Parteien mit der Gutschrift auf diesem Konto bereits Erfüllungswirkung eintreten lassen wollten. In diesem Fall wäre die Kaufpreisschuld vielmehr nur dann erfüllt, wenn dies der Vereinbarung der Parteien entsprochen oder wenn der Kläger das Geld für eigene Zwecke verwandt hätte. Eine Auslegung des von den Parteien Vereinbarten hat das Berufungsgericht insoweit bislang nicht vorgenommen. Ferner ist das Berufungsgericht dem durch die Kontoauszüge substantiierten Vortrag des Klägers nicht nachgegangen, er habe das Geld nach Weisung der Beklagten für die Firma I. verwandt. Diese Behauptung wird durch sein weiteres von der Revision in Bezug genommenes Vorbringen gestützt, mit ihrer Überweisung vom 11.4.1989 habe die Beklagte die im Oktober 1988 fällige zweite Rate nebst Verzugszinsen nachentrichtet.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif. Daher war das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache war zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß durch die Überweisung der 45.000 US-Dollar nicht in gleicher Höhe Erfüllung der Kaufpreisschuld der Beklagten eingetreten ist, wird es sich mit der für diesen Fall erklärten Hilfsaufrechnung der Beklagten zu befassen haben.

Sollte das Berufungsgericht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen zu der Annahme gelangen, daß die Parteien der Überweisung auf das G.-Konto Erfüllungswirkung beilegen wollten, wäre ferner der Vortrag des Klägers zu berücksichtigen, die Beklagte habe noch während des Laufs der Überweisung die ursprüngliche Zweckbestimmung als zweite Kaufpreisschuld geändert und er habe das Geld dementsprechend für die Firma I. verwandt. Würde der Kläger – etwa anhand der vorgelegten Kontounterlagen – die Verwendung des Geldes für die Firma I. beweisen, wäre dies zugleich ein gewichtiges Indiz dafür, daß die Beklagte ihre ursprüngliche Zweckbestimmung gemäß der Behauptung des Klägers geändert hat. Denn es ist kein anderer Grund dafür ersichtlich, warum der Kläger für ihn bestimmtes Geld der an die Beklagte verkauften Firma I. hätte zugute kommen lassen sollen.

---

2. BGB §§ 497 Abs. 1, 498 Abs. 2 (*Unanwendbarkeit der §§ 497 Abs. 1 und 498 Abs. 2 BGB auf eine Wiederkaufspflichtung des Verkäufers*)

- a) **§ 497 Abs. 1 BGB findet auf das Wiederverkaufsrecht keine Anwendung, wenn die Parteien dieses nicht als Gestaltungsrecht des Käufers, sondern als eine Wiederkaufspflichtung des Verkäufers vereinbart haben.**
- b) **Auf den Wiederverkauf eines Grundstücks ist weder § 498 Abs. 2 Satz 2 BGB noch § 498 Abs. 2 Satz 1 BGB entsprechend anwendbar (Weiterführung von BGHZ 110, 183).**

- c) **Haben die Parteien das Wiederverkaufsrecht als schuldrechtliche Verpflichtung ausgestaltet, kann der Käufer den Abschluß des Rückkaufvertrages nur Zug um Zug gegen die Beseitigung zwischenzeitlich aufgetretener Mängel verlangen.**

BGH, Urteil vom 11.12.1998 – V ZR, 377/97 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

*Aus dem Tatbestand:*

Durch notariellen Vertrag vom 31.12.1993 verkaufte der Beklagte den Klägern ein Hausgrundstück in S. und sechs Eigentumswohnungen in B. zu einem Gesamtkaufpreis von 1.700.000 DM. In § 12 des Vertrages heißt es: „Der Verkäufer verpflichtet sich, das ... Grundvermögen auf Verlangen der Käufer bis zum 30.6.1996 zurückzukaufen. Das Verlangen muß bis zum 31.3.1996 schriftlich beim Verkäufer gestellt sein. Der Rückkauf erfolgt dann zu den Bedingungen dieses Vertrages zum Kaufpreis von 1.700.000 DM.“

Durch Vereinbarung vom 6.2.1994 gewährte der Beklagte den Klägern ein zinsloses Darlehen von 300.000 DM mit der Abrede, daß dieses im Falle eines Rückverkaufs auf die Kaufpreisforderung der Kläger anzurechnen sei. Der restliche Kaufpreis sollte „durch Kreditübernahme“ beglichen werden. Mit Anwaltsschreiben vom 25.1.1995 verlangten die Kläger den Rückkauf bis zum 31.1.1995. Der Beklagte lehnte dies ab. Gegenüber der auf Abschluß eines Rückkaufvertrages gerichteten Klage wendet er ein, der Zustand der Kaufobjekte habe sich in der Zeit des Besitzes der Kläger durch deren Verschulden wesentlich verschlechtert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr mit der Maßgabe stattgegeben, daß die Immobilien ohne Gewähr für Größe, Güte und Beschaffenheit verkauft werden, daß aber die Rechte des Käufers aus § 498 Abs. 2 BGB unberührt bleiben. Die Revision des Beklagten führte zur Zurückverweisung.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Parteien hätten die Abrede über den Wiederverkaufspreis in dem notariellen Vertrag vom 31.12.1993 durch die privatschriftliche Vereinbarung vom 6.2.1994 wirksam abgeändert. Die Vereinbarung sei nicht formbedürftig gewesen, weil die Kläger keine Rückverkaufsverpflichtung eingegangen seien, sondern nur ein Rückverkaufsrecht eingeräumt erhalten hätten. Der Beklagte könne den Wiederkauf auch nicht unter Hinweis auf den in § 4 des Vertrages vorgesehenen Gewährleistungsausschluß mit der Behauptung verweigern, die Kläger hätten zwischenzeitlich eingetretene erhebliche Mängel an den Baulichkeiten zu vertreten. Denn er sei in diesem Fall durch einen Vorbehalt der Rechte aus § 498 Abs. 2 BGB ausreichend geschützt.

Dies hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. 1. Zu Recht bejaht das Berufungsgericht allerdings im Ansatz einen Anspruch auf Abschluß eines Rückkaufvertrages. Zwar kann ein Wiederverkaufsrecht dem Käufer in der Weise eingeräumt werden, daß der Wiederkauf bereits mit der Erklärung des Käufers gegenüber dem Verkäufer, daß er das Wiederverkaufsrecht ausübe, entsprechend § 497 Abs. 1 BGB zustande kommt (*Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., vor § 497 Rdnr. 16; § 497 Rdnr. 20; *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 497 Rdnr. 6; *Staudinger/Mader*, BGB (1995), Vorbem. zu § 497 ff Rdnr. 12), ohne daß es noch eines Vertragsschlusses bedarf. Die Erklärung kann dann – wie die Ausübung eines entsprechenden Ankaufsrechts (Senatsurt. v. 28.6.1996, V ZR, 136/95, WM 1996, 1734 [= MittBayNot 1996, 367]; BGH, Beschl. v. 10.10.1996, IX ZR, 132/95, BGHR BGB § 313 Satz 1, Ankaufsrecht 2) – formfrei abgegeben werden. Dem Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB ist dadurch Rechnung

getragen, daß die Einräumung des Wiederverkaufsrechts notariell beurkundet werden muß. Hier haben die Parteien das Wiederverkaufsrecht jedoch so ausgestaltet, daß § 497 Abs. 1 BGB keine entsprechende Anwendung findet, der Wiederverkauf also nicht schon mit der Gestaltungserklärung der Kläger, sondern erst durch einen entsprechenden Vertrag zu den Bedingungen des Kaufvertrages zustande kommt, zu dessen Abschluß sich der Beklagte verpflichtet hat. Dies ergibt eine Auslegung der in § 12 des Vertrages enthaltenen Erklärungen, die als Rückkaufsverpflichtung auf Verlangen und nicht als -vertragsgestaltendes – Rückverkaufsrecht der Kläger formuliert sind. Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht sie unterlassen hat und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (BGHZ 65, 107, 112).

2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht weiterhin an, daß die Modalitäten der Kaufpreiszahlung im Rückverkaufsfall mit privatschriftlicher Vereinbarung vom 6.2.1994 wirksam abgeändert worden sind. Denn die Vereinbarung vom 6.2.1994 ist nicht beurkundungsbedürftig. Dies läßt sich allerdings nicht schon damit begründen, daß ihr keine konstitutive Bedeutung zukomme, wie die Kläger meinen. Denn die Entrichtung des Kaufpreises durch Kreditübernahme ändert die formgültig begründete Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises ab. Solche abändernden Vereinbarungen unterliegen grundsätzlich dem Beurkundungszwang (Senatsbeschl. v. 9.11.1995, V ZR 36/95, V ZR 36/95, WM 1996, 181 [= MittBayNot 1996, 26]). Der Senat hat hiervon aber eine Ausnahme u.a. dann zugelassen, wenn die nachträgliche Vereinbarung nur dazu dient, unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung zu beheben, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (Urt. v. 6.6.1986, V ZR, 264/84, WM 1986, 1191 [= MittBayNot 1986, 251]; Senatsbeschl. v. 9.11.1995, V ZR 36/95, a.a.O.). Dies ist hier der Fall. Denn die Kläger haben außer dem – verrechenbaren – Darlehen des Beklagten von 300.00 DM noch andere Kredite aufgenommen. Die Vereinbarung über die Übernahme dieser Kredite dient daher der Erleichterung bei der Abwicklung der Zahlungsverpflichtung im Rückverkaufsfall, ohne den Inhalt der Leistungspflicht zu verändern.

3. Nicht gefolgt werden kann dagegen der Auffassung des Berufungsgerichts, daß dem Beklagten für zwischenzeitlich aufgetretene Mängel, die die Kläger zu vertreten haben, nur die Rechte gemäß § 498 Abs. 2 BGB vorzubehalten sind. Abgesehen davon, daß die für den Rückverkauf vereinbarte Gewährleistungsklausel einen solchen Vorbehalt nicht enthält, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für das Wiederverkaufsrecht eine Haftungseinschränkung analog § 498 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht in Betracht, mit der Folge, daß dem Wiederkäufer bei einem zustande gekommenen Wiederverkauf die Rechte aus §§ 459 ff. BGB zustehen (Urt. v. 21.4.1972, VIII ZR 121/70, NJW 1972, 1191, 1193; BGHZ 110, 183, 192). Dies ist bisher zwar nur für den Wiederverkauf von beweglichen Sachen entschieden worden, muß aber in gleicher Weise für den Wiederverkauf von Grundstücken gelten. Ist aber § 498 Abs. 2 Satz 2 BGB unanwendbar, dann auch § 498 Abs. 2 Satz 1 BGB. Beide Bestimmungen beruhen auf dem Verschuldensprinzip und ergänzen einander (*Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 498 Rdnr. 13). Sie setzen eine Erhaltungspflicht voraus, welcher der zum Wiederverkauf berechnigte Käufer nicht unterworfen ist (vgl. *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., 498 Rdnr. 5, 13). Denn der Wiederverkauf erfolgt auf seine Veranlassung und in seinem Interesse. Darin unterscheidet sich die Interessenlage von der im Wiederkaufsfall.

Dafür, daß die Parteien gleichwohl die Geltung von § 498 Abs. 2 BGB hätten vereinbaren wollen, gibt es keine Anhaltspunkte. Insbesondere läßt der Umstand, daß der Wiederverkaufspreis der gleiche wie der Kaufpreis sein und der Rückkauf nach dem Muster des Kaufvertrages mit spiegelbildlicher Rollenverteilung stattfinden sollte, – entgegen der Annahme der Kläger – keine andere Schlußfolgerung zu. Er spricht im Gegenteil eher für die Lösung des Senats, weil nicht ersichtlich ist, daß der Beklagte für das Grundvermögen ohne Rücksicht auf seinen Zustand denselben Preis hätte zahlen wollen.

Ohne Erfolg berufen sich die Kläger schließlich darauf, daß der Beklagte ihnen für den Rückkauf ein notarielles Angebot unterbreitet hat, in dem ihm das Recht eingeräumt wird, „Änderungen bzw. Verschlechterungen gegenüber den Verkäufern geltend zu machen, und zwar in Form einer Geldforderung“. Denn hieraus ergibt sich nicht, daß der Wille der Parteien bei Abschluß des Kaufvertrages einvernehmlich darauf gerichtet gewesen wäre, dem wiederkaufsverpflichteten Beklagten bei zwischenzeitlicher Veränderung bzw. Verschlechterung nur eine Geldforderung einzuräumen. Das entsprechende Angebot kann ebenso auf einem nachträglichen Entgegenkommen des Beklagten beruhen.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Die Sache ist aber auch nicht entscheidungsreif, weil nicht feststeht, ob zwischenzeitlich erhebliche Mängel an den Baulichkeiten aufgetreten sind. Sollte dies der Fall sein, können die Kläger den Abschluß des Rückkaufvertrages gemäß §§ 459 Abs. 1, 320 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen deren Beseitigung verlangen, weil die Rückkaufverpflichtung mangels anderweitiger Absprachen das Grundstück in dem Zustand betrifft, der Gegenstand des Kaufvertrages vom 31.12.1993 war. Nur hierauf bezieht sich der Gewährleistungsausschluß, den die Parteien in § 4 des Kaufvertrages vereinbart haben. Alle Mängel, die nachträglich, sei es verschuldet oder unverschuldet, entstanden sind, gehen dagegen auf das Risiko der Kläger. Sind sie nicht behebbar oder verweigern die Kläger ihre Beseitigung, steht den Klägern der Anspruch auf Abschluß eines Rückkaufvertrages im übrigen auch nach dem Grundsatz *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* (vgl. BGHZ 110, 30, 33) nicht zu, weil der Beklagte einen (abgeschlossenen) Rückkaufvertrag noch vor Gefahrübergang (Senat, BGHZ 34, 32, 34, 35; Urt. v. 10.3.1995, V ZR 7/94, NJW 1995, 1737, 1738 [= MittBayNot 1995, 275]) wieder wandeln könnte.

---

3. BGB § 459 Abs. 2 (*Zusicherungsfähige Eigenschaft der Kaufsache bei Steuervorteilen*)

**Als zusicherungsfähige Eigenschaft der Kaufsache kommt bei Steuervorteilen zwar nicht die aus dem Gesetz folgende Ermäßigung der Steuerschuld selbst in Frage; wohl aber kann der Verkäufer den steuerlichen Vorteil in seinen objektgebundenen Voraussetzungen zusichern.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Urteil vom 27.11.1998 – V ZR 344/97 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a. D.

---

4. BGB §§ 741, 744, 745, 747 (*Zur Frage der ordnungsgemäßen Verwaltung bei einer Bruchteilsgemeinschaft an einer Vielzahl von Grundstücken*)

- a) **Besteht an einer Vielzahl von Grundstücken eine Bruchteilsgemeinschaft unter denselben Teilhabern und werden diese Grundstücke seit Jahrhunderten gemeinschaftlich als Forst verwaltet, dann ist die Frage der Ordnungsgemäßheit der Verwaltung nicht isoliert für die einzelne Parzelle, sondern auf der Grundlage ihrer Einbindung in die als Forst verwaltete Sachgesamtheit zu beantworten.**
- b) **In einem solchen Fall kann auch der Tausch von Grundstücken (hier: Bauland gegen Aufforstungsflächen) ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen, so daß der einzelne Teilhaber dieser Maßnahme zustimmen hat.**

BGH, Urteil vom 16.11.1998 – II ZR 68/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a. D.

5. BGB § 890; GBO § 5; WEG § 3 (*Vereinigung mehrerer Wohnungseigentumsrechte*)

**Ein Wohnungseigentümer kann zwei ihm zustehende Wohnungseigentumsrechte (Miteigentumsanteile und im Sondereigentum stehende Räume) zu einem neuen Wohnungseigentum vereinigen. Die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer ist dazu nicht erforderlich; auch braucht die durch die Vereinigung entstehende Wohnung nicht insgesamt in sich abgeschlossen zu sein.**

BayObLG, Beschluß vom 24.11.1998 – 2Z BR 152/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte und der Kaufmann H.N. sind als Eigentümer einer ursprünglich aus fünf Wohnungen bestehenden Wohnanlage im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligten gehört eine Wohnung; H.N. gehören vier Wohnungen, darunter die im ersten Stock gelegene Wohnung Nr. 2 und die daran angrenzende Wohnung Nr. 3 (Miteigentumsanteil von 170,4/1000 und von 162,6/1000, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an mehreren Räumen).

H.N. beabsichtigte, die beiden Wohnungen zu verbinden und dazu die Trennmauer im Bereich der Dielen auf einer Breite von 1,20 m zu durchbrechen; auf Antrag der Beteiligten wurde ihm durch Beschluß des Senats vom 17.7.1996 (2Z BR 58/96 = WuM 1997, 288 [= MittBayNot 1997, 366]) untersagt, bauliche Veränderungen zur Verbindung seiner Wohnungen Nr. 2 und 3 vorzunehmen, insbesondere die im Dielenbereich befindliche Trennmauer zu durchbrechen.

Zu notarieller Urkunde vom 20.2.1998 hob H.N. unter anderem die Verbindung des Miteigentumsanteils von 162,6/1000 mit den Räumen der Wohnung Nr. 3 auf, legte diesen Miteigentumsanteil mit dem Miteigentumsanteil von 170,4/1000 (bisherige Wohnung Nr. 2) zu einem einheitlichen Miteigentumsanteil von 333/1000 zusammen und verband diesen Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an den im geänderten Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Räumen (darunter auch die früher zur Wohnung Nr. 3 gehörenden Räume). Das Grundbuchamt trug am 24.4.1998 die Vereinigung der beiden Miteigentumsanteile und die Verbindung des neuen Miteigentumsanteils mit dem Sondereigentum an der (neuen) Wohnung Nr. 2 in das Grundbuch für die (bisherige) Wohnung Nr. 2 ein; gleichzeitig schloß es das Blatt für die bisherige Wohnung Nr. 3 „wegen Übertragung des Bestandes“ auf das Blatt der Wohnung Nr. 2. Schließlich vermerkte

es in den Blättern der übrigen Wohnungen, daß das Blatt der (bisherigen) Wohnung Nr. 3 wegen Übertragung des Bestands auf das Blatt der Wohnung Nr. 2 geschlossen worden sei.

Die Beteiligte hat am 17.6.1998 beim Grundbuchamt angeregt, im Grundbuchblatt der Wohnung Nr. 2 gegen die Eintragung der Verbindung der beiden Wohnungen einen Widerspruch einzutragen. Hilfsweise hat sie beantragt, das Grundbuch zu berichtigen. Da H.N. nicht berechtigt gewesen sei, die beiden Wohnungen baulich zu einer Wohnung zu verbinden, habe er auch rechtlich ohne Zustimmung der Beteiligten die Abgeschlossenheit der beiden Wohnungen nicht ändern können. Das Grundbuch sei formell fehlerhaft.

Grundbuchrechtspfleger und -richter haben der Erinnerung/„beschränkten Beschwerde“ gegen die Eintragung vom 24.4.1998 nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Es kann offenbleiben, ob mit der Beschwerde gegen die Eintragungen vom 24.4.1998 gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO nur die Eintragung eines Amtswiderspruchs oder die Berichtigung des Grundbuchs erreicht werden könnte. Denn das Rechtsmittel ist, da das Grundbuch durch die angegriffenen Eintragungen nicht unrichtig geworden ist, in jedem Fall unbegründet.

a) Die Vorinstanzen gehen zutreffend davon aus, daß ein Wohnungseigentümer zwei ihm zustehende Wohnungseigentumsrechte in entsprechender Anwendung von § 890 Abs. 1 BGB durch Zusammenlegung der Miteigentumsanteile und Verbindung des neuen Anteils mit allen zu den bisherigen Einheiten gehörenden, im Sondereigentum stehenden Räumen zu einem einheitlichen Wohnungseigentum vereinigen kann und daß dazu die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer nicht erforderlich ist (vgl. OLG Hamburg NJW 1965, 1765 f.; OLG Stuttgart OLGZ 1977, 431 f.; KG NJW-RR 1989, 1360; *Demharter* GBO 22. Aufl. Rdnr. 5, *Meikel/ Böttcher* GBR 8. Aufl. Rdnr. 14, jeweils zu § 5; *Haegeler/Schöner/Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 2979; *Staudinger/Rapp* WEG 12. Aufl. § 6 Rdnr. 13; *MünchKomm/Röll* BGB 3. Aufl. § 3 WEG Rdnr. 26; *Staudinger/Gursky* BGB 13. Aufl. § 890 Rdnr. 16). Auf die baulichen Zustände kommt es dabei nicht an, da die neu gebildete Wohnung nicht insgesamt in sich abgeschlossen sein muß (vgl. BayObLGZ 1971, 102/107 ff. [= *MittBayNot* 1971, 169]; 1971, 246). Soweit dies von der Rechtsprechung teilweise verlangt wird (vgl. OLG Hamburg und OLG Stuttgart, jeweils a.a.O.), würde es an der Rechtslage hier nichts ändern, da § 3 Abs. 2 WEG nur Sollvorschrift, die Abgeschlossenheit der Wohnung kein zwingendes Erfordernis für die Begründung von Wohnungseigentum ist und die Eintragung von Wohnungseigentum im Grundbuch auch im Falle der Vereinigung zweier Wohnungseigentumsrechte trotz fehlender Abgeschlossenheit das Grundbuch nicht unrichtig machen würde (vgl. BayObLG Rpfleger 1980, 295; BayObLGZ 1998, 2/6 [= *MittBayNot* 1998, 97]; OLG Köln NJW-RR 1994, 717; *Weitmaier* WEG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 64). Das Grundbuch gibt grundsätzlich nur über die rechtlichen Verhältnisse an einem Grundstück oder einem Wohnungseigentum, nicht aber über den tatsächlichen baulichen Zustand Auskunft. Das Grundbuchamt hat demzufolge, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, die tatsächliche Bauausführung und den tatsächlichen Bauzustand nicht zu überprüfen; es ist dazu mit den im Grundbuchantragsverfahren zulässigen Beweismitteln auch gar nicht in der Lage. Mögliche Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche eines Wohnungseigen-

tümers in Bezug auf bauliche Veränderungen (Deckendurchbruch u.a.) berühren die durch die Grundbucheintragung geschaffene dingliche Rechtslage nicht; andererseits schließt die Grundbucheintragung solche Ansprüche auch nicht aus (BayObLG a.a.O.).

6. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1; BGB §§ 873, 876, 877; GBO § 19 (*Verschiebung der Grenzen einzelner Sondernutzungsbereiche*)

**1. Sind Wohnungs- oder Teileigentümer durch eine im Grundbuch eingetragene Gebrauchsregelung (Sondernutzungsrechte) von der Mitbenutzung von Grundstücksflächen ausgeschlossen, so brauchen sie nicht mitzuwirken, wenn innerhalb dieser Flächen die Grenzen zwischen einzelnen Sondernutzungsbereichen sowie zwischen Garten- und Wegeflächen verschoben werden (wie BayObLGZ 1985, 124 und BayObLG DNotZ 1988, 30).**

**2. Ein Sondernutzungsrecht kann auch ohne Beschränkung auf eine bestimmte Nutzungsart eingeräumt werden.**

BayObLG, Beschluß vom 12.11.1998 – 2Z BR 95/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte zu 1 begründete mit notarieller Urkunde vom 5.7.1994 und Nachtragsurkunde vom 3.7.1995 an einem ihm gehörenden Grundstück Wohnungs- und Teileigentum. Die Anlage besteht aus einem von einem Garten umgebenen Haus mit vier Wohnungen und aus einer Tiefgarage mit 11 als Teileigentum ausgewiesenen Stellplätzen; die vier Wohnungen nehmen vom Kellergeschoß bis zum Dachgeschoß jeweils ungefähr ein Viertel der Grundfläche des Hauses ein (sogenanntes Quattrohaus). In § 1 der als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung (GO-Anlage II zur Teilungserklärung) heißt es, daß Wohnungseigentum begründet werde, weil die Realteilung nicht möglich sei. Soweit tatsächlich ausscheidbar und gesetzlich zulässig, seien die vier Wohnungen jeweils samt Sondernutzungsrecht sowie die Tiefgarage samt Zufahrt als rechtlich und wirtschaftlich selbständige Einheiten zu behandeln, wie wenn sie auf verschiedenen Grundstücken errichtet wären. In § 2 GO in Verbindung mit der Nachtragsurkunde wurde den jeweiligen Eigentümern der vier Wohnungen das Sondernutzungsrecht an ihrem Hausanteil (soweit nicht Sondereigentum) und an den Teilen des Grundstücks (Garten und Zugangswege) eingeräumt, die den entsprechenden Hausanteil auf zwei Seiten umgeben. An den Zugangswegen wurden gemeinschaftliche Sondernutzungsrechte zugunsten der Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und 4 (Vorderseite des Hauses) und Nr. 2 und 3 (Rückseite) begründet. Die Sondernutzungsrechte erfassen fast die ganze Grundstücksfläche; ausgenommen ist die teilweise auf einem benachbarten Grundstück errichtete Tiefgarage und die Garagenzufahrt.

Die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher wurden mit diesem Inhalt am 26.9.1995 angelegt. Der Beteiligte zu 1 und die Beteiligten zu 3 sind als Eigentümer der Wohnungen sowie mehrerer Stellplätze eingetragen; zugunsten der Beteiligten zu 2 sind am Wohnungseigentum Nr. 1, zugunsten des Beteiligten zu 4 am Wohnungseigentum Nr. 3 und 4 Auflassungsvormerkungen gebucht. Als Eigentümer von weiteren Tiefgaragenstellplätzen sind W.R. und H.R. eingetragen; zugunsten von G.R. und M.R. sind an mehreren Stellplätzen Auflassungsvormerkungen gebucht.

Die Beteiligten zu 1 bis 4 haben, vertreten durch den Notar als Verfahrensbevollmächtigten beantragt, eine „Übertragung und Neuordnung von Sondernutzungsrechten“ gemäß notariell beglaubigter Urkunde vom 30.10.1996 in das Grundbuch einzutragen. Zwei Sparkas-

sen, denen an einzelnen Wohnungseigentumsrechten Grundschulden zustehen, haben dem Inhalt der Änderungsurkunde in allen Teilen zugestimmt. Nach Abschnitt III der Urkunde ändern die Beteiligten „hiermit unter gegenseitiger, dafür erforderlicher Übertragung der entsprechenden Sondernutzungsrechte bzw. Mitberechtigungsanteile ihre ... Sondernutzungsrechte neu“. Nach dem in Bezug genommenen, der Urkunde als Anlage beigefügten Lageplan werden die gemeinschaftlichen Sondernutzungsrechte teilweise zugunsten getrennter Rechte aufgehoben; teilweise werden sie, was den Zugang zu den beiden rückwärtigen Wohnungen betrifft, zu Lasten der getrennten Sondernutzungsbereiche erweitert. Nach dem Lageplan sind auch die Grenzen zwischen Garten- und Wegeflächen teilweise verschoben.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung beanstandet: Der Tausch von Teilen von Sondernutzungsrechten stelle eine Änderung des Inhalts des Sondereigentums dar und bedürfe, da die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Umwandlung von Gartenflächen in Wegeflächen und umgekehrt geändert werde, der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer sowie der Drittberechtigten. Deshalb sei die Zustimmung der Eigentümer W.R. und H.R. sowie der Drittberechtigten G.R. und M.R. vorzulegen.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt, der Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben. Das Landgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Eigentümer der Tiefgaragenstellplätze und die daran dinglich Berechtigten einschließlich der Berechtigten von Auflassungsvormerkungen brauchen an der Änderung der Teilungserklärung nicht mitzuwirken, da ihre Rechte als Inhalt des jeweiligen Sondereigentums dadurch nicht im Sinne von §§ 873, 876, 877 BGB beeinträchtigt werden; damit ist auch ihre Bewilligung zur Eintragung der Änderung gemäß § 19 GBO nicht erforderlich.

a) Durch § 2 GO in Verbindung mit der Nachtragsurkunde vom 3.7.1995 ist den jeweiligen Eigentümern der vier Wohnungen gemäß § 15 Abs. 1 WEG das Recht zur Benutzung unter Ausschluß aller anderen Eigentümer an Teilen des Gebäudes und an den nicht überbauten Grundstücksteilen eingeräumt worden; diese Sondernutzungsrechte (vgl. zu dem Begriff BGHZ 73, 145/147; BayObLGZ 1985, 124/126 [= MittBayNot 1985, 74] erfassen fast das ganze bebaute und unbebaute Grundstück. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Regelung ist jedenfalls im vorliegenden Fall, wo die Realteilung offenbar rechtlich nicht möglich war und den übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft nur das Teileigentum an Tiefgaragenstellplätzen zusteht, aus Rechtsgründen nichts einzuwenden (vgl. BayObLGZ 1981, 56 ff. [= MittBayNot 1981, 135]; BayObLG WuM 1992, 705 f.; KG Rpfleger 1983, 20 f. MünchKomm/Röll BGB 3. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 28). Durch diese, als Inhalt des Sondereigentums in alle Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher eingetragene Regelung (§ 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG) wurden die Eigentümer der Tiefgaragenstellplätze von der Mitbenutzung der Flächen, an denen die Sondernutzungsrechte begründet wurden, ausgeschlossen. Die Teileigentumsrechte sind von vornherein nur mit diesem Inhalt entstanden. Wenn die Grenzen zwischen den verschiedenen Sondernutzungsflächen unter den Berechtigten verändert werden, kann dies den Inhalt des Sondereigentums, das zu diesen Teileigentumsrechten gehört, nicht mehr berühren, da deren Berechtigten der Mitgebrauch dieser Flächen ohnehin schon entzogen war;

dies ist zum Inhalt ihres Sondereigentums geworden, nicht aber die Zuordnung des Gebrauchsrechts an einer Sondernutzungsfläche zu einem bestimmten Wohnungseigentum. Es kann hier nichts anderes gelten als bei der Übertragung eines Sondernutzungsrechts (vgl. BGHZ 73, 145/148 ff.) oder bei dessen nachträglicher positiver Zuordnung (vgl. BayObLGZ 1985, 124 ff. [= MittBayNot 1985, 74]; 1985, 378 ff. [= MittBayNot 1986, 24]; OLG Düsseldorf Rpfleger 1993, 193) oder bei der Begründung zusätzlicher Sondernutzungsrechte an dem in seinen Grenzen unverändert bleibenden Sondernutzungsbereich (vgl. BayObLG DNotZ 1988, 30 f.). Ein rechtserheblicher Unterschied besteht zwischen den verschiedenen Fallgestaltungen nicht; entscheidend ist stets, daß die übrigen Wohnungs- oder Teileigentümer vom Mitgebrauch der betreffenden Fläche bereits vorher ausgeschlossen waren.

Die teilweise Neugestaltung der Sondernutzungsbereiche greift, wie auch das Beschwerdegericht feststellt, nicht über deren ursprünglich festgelegte Grenzen hinaus; Rechte der Teileigentümer werden durch die Änderung der Gemeinschaftsordnung nicht betroffen.

b) Auch daraus, daß sich durch die Änderung einige Grenzen zwischen Gartenflächen und Zugangswegen verschieben können, ergibt sich für die rechtliche Beurteilung nichts anderes. Das Recht zur ausschließlichen Nutzung ist den Wohnungseigentümern allgemein und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Nutzungsart eingeräumt worden; dies ist rechtlich zulässig, das Sondernutzungsrecht braucht nicht auf eine bestimmte Nutzungsart beschränkt zu werden, auch wenn dies in der Regel geschieht (vgl. BayObLGZ 1981, 56/61 f. [= MittBayNot 1981, 135]; KG Rpfleger 1983, 20 f.; *Niedenführ/Schulze* WEG 4. Aufl. Rdnr. 12, *Weitnauer/Liike* WEG 8. Aufl. Rdnr. 27, jeweils zu § 15; MünchKomm/Röll § 10 WEG Rdnr. 28 und 34; *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. § 15 WEG Rdnr. 3; anderer Ansicht *Ertl* Rpfleger 1979, 79/81). Auch wenn sich aus der Beschaffenheit der den Sondernutzungsrechten unterliegenden Grundstücksflächen oder aus deren Kennzeichnung im ursprünglichen Lageplan Beschränkungen für die zulässige Nutzung ergeben sollten, macht dies die Mitwirkung der übrigen Eigentümer und dinglich Berechtigten bei der Änderung der Gemeinschaftsordnung nicht erforderlich; denn es ist ausgeschlossen, daß sie durch eine geringfügige Verschiebung der Grenzen zwischen Garten- und Wegeflächen in ihren Rechten beeinträchtigt werden.

7. BGB §§ 880, 883 Abs. 2; GBV § 18 (*Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks*)

- 1. Ist für den Käufer eines Grundstücks eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und stimmt er der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch den Grundstückseigentümer zu, so kann die nach materiellem Recht außerhalb des Grundbuchs eingetretene Wirksamkeit der Grundschuld gegenüber der Vormerkung durch Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch verlautbart werden.**
- 2. Der Wirksamkeitsvermerk ist in entsprechender Anwendung des § 18 GBV sowohl bei der Vormerkung als auch bei der Grundschuld einzutragen.**

### **3. Im Hinblick auf die abweichende Rechtsauffassung des OLG Köln (DNotZ 1998, 311 = Rpfleger 1998, 106) wird die Sache gem. § 79 Abs. 2 GBO dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.**

OLG Hamm, Beschluß vom 11.11.1998 – 15 W 350/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

#### *Aus dem Tatbestand:*

In dem vorgenannten Grundbuch sind die Beteiligten zu 1) zu je 1/2 Anteil als Eigentümer eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 30.4.1998 haben sie das Grundstück an den Beteiligten zu 2) zu einem Preis von 250.000,00 DM frei von Lasten in Abteilung III des Grundbuchs verkauft und aufgelassen. § 10 des Vertrages sieht eine Verpflichtung der Beteiligten zu 1) vor, zur Finanzierung des Kaufpreises durch den Beteiligten zu 2) vor Eigentumsumschreibung an der Bestellung von Grundpfandrechten in beliebiger Höhe mitzuwirken. Zu diesem Zweck haben sie den Beteiligten zu 2) bevollmächtigt, das Grundstück mit Grundpfandrechten zu belasten. Unter Bezugnahme auf die in dieser notariellen Urkunde erklärte Bewilligung der Beteiligten zu 1) hat das Grundbuchamt eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Beteiligten zu 2) auf Eigentumsübertragung eingetragen (Abt. II Nr. 2 des Grundbuchs).

Der Beteiligte zu 2) hat in zwei notariellen Urkunden vom 7.5.1998 eine Grundschuld zugunsten der X. zum Betrag von 156.000,00 DM und eine weitere Grundschuld zugunsten der Spar- und Darlehenskasse Y. e.G. zum Betrag von 52.000,00 DM bestellt. Beide Grundschuldbestellungsurkunden enthalten bei der Eintragungsbewilligung folgenden gleichlautenden Zusatz:

„Der Eigentumsvormerkungsberechtigte aus dem Vertrag vom 30.4.1998 stimmt der Grundschuld zu und beantragt, im Grundbuch einzutragen, daß die Grundschuld gegenüber der Eigentumsvormerkung aus dem Vertrag vom 30.4.1998 des amtierenden Notars wirksam ist.“

Der Urkundsnotar hat gemäß § 15 GBO die Eintragung der beiden Grundschulden an rangbereiter Stelle und die jeweilige Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks beantragt. Nachdem das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit des Wirksamkeitsvermerks erhoben hat, hat der Notar erklärt, die gestellten Anträge sollten nicht als einheitlich behandelt werden; die Grundschulden sollten vorab im Grundbuch eingetragen werden. Daraufhin hat das Grundbuchamt die Grundschulden in Abteilung III Nr. 4 und 5 des Grundbuchs eingetragen.

Den weitergehenden Antrag auf Eintragung von Wirksamkeitsvermerken hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß hat der Urkundsnotar Erinnerung eingelegt, der die Rechtspflegerin und die Richterin des Grundbuchamtes nicht abgeholfen haben. Das nunmehr als Beschwerde geltende Rechtsmittel hat das Landgericht zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### *Aus den Gründen:*

Der Senat möchte der weiteren Beschwerde stattgeben und unter Aufhebung der Entscheidungen beider Vorinstanzen das Grundbuchamt anweisen, in der Veränderungsspalte sowohl bei der Auflassungsvormerkung Abteilung II Nr. 2 des Grundbuchs als auch bei den Grundschulden Abteilung III Nr. 4 und 5 des Grundbuchs einen Vermerk einzutragen, der verlautbart, daß die beiden genannten Grundschulden gegenüber der Auflassungsvormerkung wirksam sind. So zu entscheiden sieht sich der Senat jedoch gehindert durch den Beschluß des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24.8.1997 – 2 WX 42/98 – (veröffentlicht in DNotZ 1998, 311 ff. sowie Rpfleger 1998, 106 f.). Der Senat hat deshalb die Sache gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

1) Nach Auffassung des Senats gibt die weitere Beschwerde zu folgender Beurteilung Anlaß:

Das Rechtsmittel ist nach § 78 S. 1 GBO statthaft sowie gemäß § 80 Abs. 1 S. 3 GBO formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt bereits daraus, daß ihre erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist die weitere Beschwerde nach Auffassung des Senats begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 S. 1 GBO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 71 Abs. 1 GBO zulässigen Erstbeschwerde mit dem Ziel der nachträglichen Eintragung von Wirksamkeitsvermerken ausgegangen. Eine Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtsmittels ergibt sich hier nicht aus § 71 Abs. 2 GBO. Ziel der Beschwerde ist die Eintragung von Wirksamkeitsvermerken, durch die die außerhalb des Grundbuchs eingetretene materiell-rechtliche Wirksamkeit der Grundschulden gegenüber dem Recht des Vormerkungsberechtigten verlaubar werden soll. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob sich die Beschwerde mit diesem Ziel gegen den Inhalt der Eintragung der Vormerkung, soweit sie nach dem Grundbuchstand die Wirksamkeit gegenüber den nachrangig eingetragenen Grundschulden ausweist, richtet und damit der Sache nach eine Grundbuchberichtigung angestrebt wird. Ebenso kann offenbleiben, ob sich bei einer Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an die jetzige Grundbucheintragung ein gutgläubiger Erwerb anschließen könnte. Eine unzulässige Umgehung des § 71 Abs. 2 GBO liegt nach anerkannter Auffassung jedenfalls dann nicht vor, wenn mit der Beschwerde eine Grundbuchberichtigung angestrebt wird, die von dem eingetragenen Inhaber des betroffenen Rechts selbst bewilligt wird (RGZ 133, 279, 280; BGHZ 108, 372, 375 = NJW 1990, 258, 259 [= MittBayNot 1990, 28]; KG OLGZ 1965, 72 = Rpfleger 1965, 232). So liegen die Dinge hier. Dementsprechend sind bereits das Oberlandesgericht Saarbrücken (FGPrax 1995, 135 = MittRhNotK 1995, 25) sowie das Oberlandesgericht Köln (a.a.O.) jeweils für vergleichbare Sachverhalte ohne weiteres von der Zulässigkeit der unbeschränkten Erstbeschwerde ausgegangen.

Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1) und 2) folgt bereits aus ihrem Antragsrecht als verlierender bzw. gewinnender Teil (§ 13 Abs. 1 S. 2 GBO) im Hinblick auf die begehrte Eintragung der Wirksamkeitsvermerke.

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kammer hat zu Unrecht die Eintragungsfähigkeit der beantragten Wirksamkeitsvermerke verneint.

Soll im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages vor Eigentumsumschreibung und nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld bestellt und im Interesse des Gläubigers gewährleistet werden, daß ihm aus der eingetragenen Vormerkung kein rechtlicher Nachteil erwächst, so stellt das materielle Recht den Beteiligten folgende Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung:

a) Es kann eine Rangänderung zwischen der Auflassungsvormerkung und dem Finanzierungsgrundpfandrecht vorgenommen werden, die nach § 880 Abs. 2 BGB einer Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten sowie der Eintragung der Änderung im Grundbuch bedarf. Grundbuchverfahrensrechtlich reicht der Nachweis der Rangrücktrittsbewilligung (§ 19 GBO) des Berechtigten der Auflassungs-

vormerkung aus. Die Möglichkeit zu einer solchen Rangänderung eröffnet die herrschende, wenn auch nicht unbestrittene Auffassung, die die Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung bejaht (BGHZ 46, 124, 127 [= MittBayNot 1967, 248 (nur Leitsatz)]; WM 1986, 46, 48; BayObLG NJR-RR 1991, 567; OLG Saarbrücken, a.a.O.; MK/BGB-Wacke, 3. Aufl., § 883 Rdnr. 59; Palandt-Bassenge, BGB, 57. Aufl., § 883 Rdnr. 29; a.A. *Straudinger/Gursky*, BGB, 13. Aufl., § 883 Rdnr. 178).

b) Der Vormerkungsberechtigte kann durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem als Eigentümer noch eingetragenen Verkäufer der Grundschuldbestellung zustimmen (§§ 182 Abs. 1, 185 Abs. 1 BGB). Mit dem Wirksamwerden der Zustimmung entfällt die auf § 883 Abs. 2 BGB beruhende relative Unwirksamkeit der Grundschuldbestellung mit der Folge, daß die Grundschuld mit ihrer Eintragung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirksam wird. Diese Wirkung tritt kraft Gesetzes außerhalb des Grundbuchs ein. Wird die Grundschuld anschließend eingetragen, so gibt der Grundbuchinhalt die nach materiellem Recht bereits eingetretenen Rechtsverhältnisse nicht richtig wieder. Denn die nachrangige Eintragung der Finanzierungsgrundschuld läßt auf eine vormerkungswidrige Verfügung des Eigentümers schließen, während diese dem Vormerkungsberechtigten gegenüber aufgrund seiner erteilten Zustimmung wirksam ist (OLG Saarbrücken und OLG Köln jeweils a.a.O.; *Lehmann* NJW 1993, 1558; *Frank* MittBayNot 1996, 271, 272; *Stöber* MittBayNot 1997, 143, 144; *Gursky* DNotZ 1998, 273, 274).

Anknüpfend an die auch von dem Beteiligten zu 2) im vorliegenden Fall gewählte zweite Gestaltungsmöglichkeit läßt die überwiegende Auffassung die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zu, der die außerhalb des Grundbuchs eingetretene materielle Rechtslage der Wirksamkeit der Finanzierungsgrundschuld gegenüber der formell vorrangig eingetragenen Auflassungsvormerkung im Grundbuch verlaubar (OLG Saarbrücken a.a.O.; LG Amberg MittBayNot 1996, 41; MK/BGB-Wacke a.a.O., § 883 Rdnr. 48; *Hägele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1523; *Demharter*, GBO, 22. Aufl., § 22 Rdnr. 19; *Bühler* BWNtZ 1995, 171, 172; *Lehmann*, *Frank*, *Stöber* und *Gursky*, jeweils a.a.O.). Die außerhalb des Grundbuchs eingetretene materielle Rechtslage sei vergleichbar mit den Fällen im Grundbuch eingetragener, nicht rangfähiger relativer Verfügungsbeschränkungen (beispielsweise einem Nacherbenvermerk, § 51 GBO), für die in der Rechtsprechung die Zulässigkeit der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks anerkannt ist, wenn eine Verfügung der geschützten Person gegenüber wirksam ist (KG HRR 1934 Nr. 199; JFG 13, 111 ff. = JW 1935, 3560; BayObLG FGPrax 1997, 135, 136 [= MittBayNot 1997, 238]; OLG Hamm Rpfleger 1957, 19; *Demharter*, a.a.O., § 51 Rdnr. 25).

Einen grundsätzlich gegenteiligen Standpunkt vertritt das OLG Köln in seiner bereits herangezogenen Entscheidung. Nach seiner Auffassung ist die Eintragungsfähigkeit eines Wirksamkeitsvermerks davon abhängig, daß für seine Eintragung im Einzelfall eine zwingende Notwendigkeit bestehe, weil es sich bei einem solchen Vermerk um eine im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Eintragung handle. Ein Bedürfnis für die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks sei hier jedoch zu verneinen, weil die Beteiligten durch die Vornahme einer Rangänderung und deren Vollzug im Grundbuch dieselben Rechtsfolgen herbeizuführen in der Lage seien. Die Eintragung einer Rangänderung zwischen einer vorrangig eingetragenen Auflassungsvormerkung und einem Grund-

pfandrecht stelle sich im Ergebnis ebenfalls als berichtigende Eintragung dar, weil die Rangänderungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten inhaltlich bereits die Zustimmung zu der vormerkungswidrigen Verfügung umfasse. Es bestehe deshalb keine Notwendigkeit, neben der Möglichkeit des Vollzugs einer Rangänderung alternativ einen Wirksamkeitsvermerk zuzulassen, zumal die Eintragung einer Rangänderung den Vorteil größerer Klarheit des Grundbuchinhalts für sich habe.

Der Senat vermag sich der Auffassung des OLG Köln aus den folgenden Erwägungen nicht anzuschließen:

Das materielle Recht eröffnet – wie ausgeführt – nebeneinander zwei Wege, die die Beteiligten zur Herbeiführung des von ihnen gewünschten rechtlichen Ergebnisses, der Wirksamkeit der Finanzierungsgrundschuld gegenüber der vorrangig eingetragenen Auflassungsvormerkung, nutzen können. Das Grundbuchrecht hat als Verfahrensrecht die Aufgabe, der Publizitätsfunktion des Grundbuchs folgend, die materielle Rechtslage zu verlautbaren, sei es im Wege einer konstitutiven Eintragung, sei es im Wege einer berichtigenden Eintragung bei einer außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Rechtsänderung. Dem Grundbuchverfahrensrecht hat das Gesetz deshalb lediglich eine dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht zugeordnet. Das Grundbuchrecht muß deshalb die Möglichkeit eröffnen, die nach materiellem Recht bereits eingetretene Wirksamkeit einer Verfügung des Grundstückseigentümers gegenüber dem Vormerkungsberechtigten kenntlich machen zu können. Es bestehen deshalb keine durchgreifenden Bedenken, auf das grundbuchrechtlich anerkannte Rechtsinstitut des Wirksamkeitsvermerks auch in diesem Zusammenhang zurückzugreifen. Es erscheint demgegenüber nicht gerechtfertigt, die Anwendung dieses Instruments zusätzlich von der Bejahung eines spezifisch verfahrensrechtlich zu beurteilenden Bedürfnisses abhängig zu machen. Denn mit der dienenden Funktion des Verfahrensrechts ist es nicht zu vereinbaren, den Beteiligten einen Weg zur Herbeiführung des von ihnen gewünschten Rechtserfolgs, den das materielle Recht eröffnet, zu verschließen und sie stattdessen auf die Vornahme eines anderweitigen Rechtsgeschäfts zu verweisen. Der Umstand allein, daß das Verfahrensrecht eine ausdrückliche Regelung lediglich für dieses anderweitige Rechtsgeschäft (Rangänderung) enthält, ist keine ausreichende Legitimation dafür, den Beteiligten die Verlautbarung des auf einem zulässigen anderen Weg bereits herbeigeführten Rechtserfolgs zu verweigern. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – für die Art und Weise der Verlautbarung ein anderweitig bereits bewährtes verfahrensrechtliches Rechtsinstitut zur Verfügung steht. Es muß vielmehr den Beteiligten selbst überlassen bleiben, auf welchem der vom materiellen Recht eröffneten Wege sie den von ihnen gewünschten Rechtserfolg herbeiführen wollen.

Nicht gefolgt werden kann dem OLG Köln ferner darin, daß in einer Situation, in der infolge der Zustimmung des Vormerkungsberechtigten die Wirksamkeit der (zwischenzeitlich isoliert eingetragenen) Finanzierungsgrundschuld ihm gegenüber bereits eingetreten ist, gleichwohl zwingend noch eine Rangänderung im Sinne des § 880 Abs. 2 BGB soll vorgenommen werden müssen. Denn bei der Rangänderung handelt es sich materiell-rechtlich um ein dingliches Rechtsgeschäft zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Grundschuldgläubiger, das durch eine konstitutive Eintragung im Grundbuch wirksam wird. Auch eine solche Eintragung hätte nach der Auffassung des OLG Köln im Ergebnis nur berichtigenden Charakter, weil die Rangänderungser-

klärung des Vormerkungsberechtigten zugleich seine Zustimmung zu der Verfügung des Grundstückseigentümers enthält. Es mag nicht ausgeschlossen sein, durch eine Eintragung konstitutiver Art eine bereits außerhalb des Grundbuchs eingetretene Rechtsfolge zu verlautbaren (vgl. *Gursky* DNotZ 1998, 273, 276). Das Verfahrensrecht gibt aber keine hinreichende Grundlage, die Beteiligten zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit anschließender konstitutiver Eintragung im Grundbuch zu zwingen, wenn die entsprechende Rechtsfolge bereits außerhalb des Grundbuchs eingetreten ist und mit einem anerkannten Instrument ohne weiteres im Grundbuch verlautbart werden kann.

Die Klarheit der Wiedergabe der Rechtsverhältnisse im Grundbuch wird durch die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks nicht beeinträchtigt. Nach zutreffender Auffassung hat die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks in entsprechender Anwendung des § 18 GBV sowohl bei der Auflassungsvormerkung als auch bei der jeweiligen Grundschuld zu erfolgen (BayObLG MittBayNot 1998, 274; *Demharter*, a.a.O., § 22 Rdnr. 19; *Stöber* MittBayNot 1977, 143, 147). Der Umstand, daß teilweise auch vertreten worden ist, der Wirksamkeitsvermerk sei ausschließlich bei der Grundschuld einzutragen (*Lehmann* NJW 1993, 1558, 1560; *Frank* MittBayNot 1996, 271, 272; *Bühler* BWNotZ 1995, 171, 172), rechtfertigt es nicht, seine Eintragungsfähigkeit zu verneinen.

Kostenrechtliche Gesichtspunkte müssen für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit eines Wirksamkeitsvermerks unberücksichtigt bleiben. Ob für die Eintragung eines solchen Vermerks in entsprechender Anwendung des § 67 KostO eine Gebühr in Höhe eines Viertels einer vollen Gebühr zu erheben ist (so jüngst BayObLG MittBayNot 1998, 274), muß aus dem Zusammenhang der kostenrechtlichen Vorschriften beurteilt werden. Die Frage der Eintragungsfähigkeit eines Wirksamkeitsvermerks kann nicht mit der Begründung verwehrt werden, die von den Beteiligten gewählte und vom materiellen Recht zugelassene Rechtsgestaltung sei lediglich darauf gerichtet, die bei der Eintragung einer Rangänderung in unmittelbarer Anwendung des § 67 KostO anfallende Gebühr zu vermeiden.

2) Der Senat kann im Sinne des 79 Abs. 2 GBO seine beabsichtigte Entscheidung nicht treffen, ohne von der genannten Entscheidung des OLG Köln abzuweichen. Die Rechtsauffassung, ein Wirksamkeitsvermerk sei bei einer infolge Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetretenen Wirksamkeit der Finanzierungsgrundschuld gegenüber der Auflassungsvormerkung nicht eintragungsfähig, trägt die vom OLG Köln getroffene Entscheidung. Allerdings liegt seiner Entscheidung (bei sonst gleicher Fallgestaltung) ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Vormerkungsberechtigte einen Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung hinter die gleichzeitig bestellte Grundschuld bewilligt und auf dieser Grundlage die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks beantragt hatte. Aus den Ausführungen des OLG Köln zu Ziffer II 5 der Gründe seiner Entscheidung ergibt sich indessen, daß das Gericht, weil die Eintragung einer Rangänderung gerade nicht beantragt war, dieser Rangrücktrittserklärung lediglich die Bedeutung einer darin mitenthaltene einseitigen Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu der Grundschuldbestellung entnommen hat. Die dadurch herbeigeführte Veränderung der materiellen Rechtslage läßt nach Auffassung des OLG Köln die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks gleichwohl nicht zu. Dasselbe ergibt sich im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Erklärung des Beteiligten zu 2) in den notariellen Urkunden vom 7.5.1998, die sich auf die Erteilung seiner Zustim-

mung als Vormerkungsberechtigter zur Bestellung der Grundschulden beschränkt. Auf diese Weise besteht ungeachtet der geringfügigen Abweichung im Sachverhalt die Gleichheit der Rechtsfrage, die für die Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO ausschlaggebend ist (BGHZ 95, 118, 123 = NJW 1985, 2717; NJW 1997, 861 [= MittBayNot 1997, 169]). Aus den dargelegten Gründen müßte der Senat auf der Grundlage der Auffassung des OLG Köln die weitere Beschwerde zurückweisen.

—

8. BGB §§ 2278, 2290, 2293, 2296; GBO § 35 (Nachweis der Erbfolge durch öffentliche Urkunde im Grundbuchverfahren)

- 1. Liegt außer einem notariellen Erbvertrag auch ein später privatschriftlich abgeschlossener „Aufhebungsvertrag“ vor, so hat das Grundbuch zu prüfen, ob der „Aufhebungsvertrag“ außer Betracht bleiben muß, weil er wegen eines Formfehlers offenbar nichtig ist.**
- 2. Wird zum Nachweis der Erbfolge ein notarieller Erbvertrag vorgelegt, darf das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins nicht deswegen fordern, weil nicht auszuschließen ist, daß weitere letztwillige Verfügungen existieren, durch die der Erbvertrag ungültig geworden sein könnte. Hat das Grundbuchamt dagegen konkrete Anhaltspunkte dafür, daß tatsächlich eine wirksame spätere Verfügung von Todes wegen vorliegt, durch die die Erbfolge geändert worden ist, kann es verlangen, daß der Nachweis der Erbfolge durch einen Erbschein geführt wird.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a.M., Beschluß vom 29.6.1998 – 20 W 251/98 –

Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer des ... Grundstücks ist der am 30.4.1997 verstorbene X. im Grundbuch eingetragen. Die Testamentsakten enthielten eine privatschriftliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 31.8.1978 mit einer handschriftlichen Veränderung vom 28.8.1990, einen privatschriftlichen Vertrag zwischen dem Erblasser und der Antragstellerin vom 10.8.1984 (dem Testament beigelegt), einen notariellen, zwischen dem Erblasser und der Antragstellerin geschlossenen Erbvertrag vom 15.4.1986, ein privatschriftliches Testament des Erblassers vom 6.3.1987 mit Nachträgen vom 24.7.1987 und 5.8.1987 (Ergänzung des Erbvertrags), ein vom Erblasser eigenhändig geschriebenes Schriftstück mit dem Datum vom 17.8.1995, das vom Erblasser und der Antragstellerin unterzeichnet worden ist sowie die Eröffnungsniederschrift des Nachlaßgerichts vom 13.5.1997.

In dem notariellen Erbvertrag vom 10.8.1986 haben der Erblasser und die Antragstellerin sich vertragsgemäß gegenseitig als Alleinerben eingesetzt. Als einseitige Verfügungen haben der Erblasser seine drei Kinder und die Antragstellerin zwei ihrer Nichten zu Schlußerben des Längerlebenden eingesetzt. Die Vertragsschließenden haben sich den Rücktritt von dem Erbvertrag unter der Voraussetzung vorbehalten, daß sie gleichzeitig in dem Rücktrittsschreiben erklären, nicht bereit zu sein, die Lebensgemeinschaft mit dem anderen fortzusetzen. Weiter haben sie vereinbart, daß der Rücktritt durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen erfolgt und diesem zu Lebzeiten zugehen muß.

Das vom Erblasser und der Antragstellerin unterzeichnete Schriftstück mit dem Datum des 17.8.1995 lautet wie folgt:

„Der Erbvertrag (...) ist infolge Änderung der darin angeführten Umstände/Fakten zwischen Herrn X. ab dem 17.08.95 und Frau Y. ab dem 17.08.95 ungültig!

Beide Partner haben jeder für sich ein handschriftliches Testament abgeschlossen und diese beiden Testamente in einem Banksafe bei der Bank Z. hinterlegt. Dies erklären beide gewesenen Vertragspartner mit Ort, Datum u. Unterschriften“

Nach dem Inhalt der Testamentsakten ist das in dem Schriftstück vom 17.8.1995 erwähnte, angeblich in einem Banksafe hinterlegte Testament des Erblassers nicht zum Nachlaßgericht gelangt und nicht auffindbar.

Die Antragstellerin hat unter Bezugnahme auf den vom Nachlaßgericht am 13.5.1997 eröffneten Erbvertrag vom 15.4.1986 beantragt, sie auf Grund Erbfolge als Eigentümerin des eingangs näher bezeichneten Grundstücks einzutragen. Nachdem der Rechtspfleger ihr durch Zwischenverfügung die Beibringung eines Erbscheins binnen vier Monaten aufgegeben und die Antragstellerin um eine rechtsmittelfähige Entscheidung gebeten hatte, hat der Rechtspfleger den Berichtigungsantrag zurückgewiesen, da trotz des Formmangels der Erklärungen der Erbvertragsschließenden vom 17.8.1995 die Wirksamkeit der Aufhebung des Erbvertrags nicht endgültig ausgeschlossen sei. Der dagegen eingelegten Erinnerung der Antragstellerin haben der Rechtspfleger und der Richter des Grundbuchgerichts nicht abgeholfen. Das Landgericht hat nach Vorlage der Sache die Beschwerde zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das Landgericht die zu ihm eingelegte Beschwerde mit Recht für zulässig erachtet, obwohl die Antragstellerin die Zwischenverfügung vom 2.10.1997 nicht angefochten hat. Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags kann auch dann mit der Begründung erhoben werden, daß der angegebene Grund unrichtig sei, wenn der Antragsteller die auf denselben Grund gestützte Zwischenverfügung nicht angefochten hatte (KEHE/Kuntze GBR 4. Aufl. § 71 Rdnr. 16; Demharter GBO 22. Aufl. § 18 Rdnr. 54; Kleist MittRhNotK 1983, 133/143).

In der Sache selbst hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand. Beide Vorentscheidungen beruhen auf einer Verletzung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO.

Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO). Beide Urkunden – der Erbvertrag vom 15.4.1986 und die Eröffnungsniederschrift vom 13.5.1997 – liegen hier vor. Alsdann kann das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz GBO). Dabei steht es nicht im Belieben des Grundbuchamts, den Erbschein zu verlangen. Das Bestehen auf der Vorlage eines Erbscheins ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts wirkliche Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (Demharter a.a.O. § 35 Rdnr. 39). Die Vorinstanzen haben nicht verkannt, daß der Inhalt des Erbvertrags vom 15.4.1986 eindeutig eine Erbeinsetzung der Antragstellerin enthält. Sie meinen jedoch, wegen des Vorhandenseins des privatschriftlichen „Aufhebungsvertrags“ vom 17.8.1995 sei nicht auszuschließen, daß eine weitere letztwillige Verfügung vorliege, durch die der Erbvertrag ungültig geworden ist. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Liegt außer einem öffentlichen Testament auch ein später errichtetes eigenhändiges Testament des Erblassers vor, dann hat das Grundbuchamt auch zu prüfen, ob das privatschriftliche Testament außer Betracht bleiben muß, weil es wegen eines Formfehlers offenbar nichtig ist (KG KGJ 37 A 245/248; KGJ 47 A 144/146; JFG 18, 332/334; BayObLG Rpfleger 1983, 18/19 [= MittBayNot 1983, 16], KEHE/Herrmann a.a.O. § 35 Rdnr. 65; Haegle/Schöner/Stöber GBR 11. Aufl. Rdnr. 794; Meyer-Stolte Rpfleger 1975, 313.314). Vorliegend ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß die vom Nachlaßgericht eröffneten Urkunden des Erblassers vom 6.3.1987 und 17.8.1995 schon wegen Formungültigkeit die in dem Erbvertrag vom 15.4.1986 verfügte Erbeinsetzung der Antragstellerin nicht berühren. Die Beseitigung der bindenden Wirkung des Erbvertrages durch einen Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) oder durch Ausübung eines im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktritts (§ 2293 BGB) erfordert die notarielle Beurkundung der entsprechenden Erklärungen (§§ 2290 Abs. 4, 2296 Abs. 2 BGB). Daran fehlt es hier. Deshalb bleibt Eintragungsgrundlage der Erbvertrag vom 15.4.1986.

Die Ansicht des Landgerichts, gleichwohl sei die Vorlage eines Erbscheins erforderlich, weil nach Lage der Umstände mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß noch eine andere Verfügung von Todes wegen vorliege, die die Erbeinsetzung der Antragstellerin durch den Erblasser im Erbvertrag vom 15.4.1986 beseitigt habe, trifft nicht zu.

Die Möglichkeit, daß ein vorgelegtes öffentliches Testament vom Erblasser durch eine spätere Verfügung von Todes wegen geändert worden ist, kann niemals von der Hand gewiesen werden. Trotzdem läßt § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Führung des Nachweises der Erbfolge durch Vorlage eines in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und des Eröffnungsprotokolls zu. Das Gesetz steht also nicht auf dem Standpunkt, daß die abstrakte Möglichkeit des Vorhandenseins einer späteren Verfügung die Beweiskraft eines öffentlichen Testaments ausschließt. Das Grundbuchamt darf deshalb die Vorlage eines Erbscheins nur dann fordern, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß eine wirksame spätere Verfügung tatsächlich vorliegt, durch die die Erbfolge geändert worden ist (KG OLGE 23, 344; OLG München JFG 22, 184; OLG Hamm JMBI NRW 1963, 180; KEHE/Herrmann a.a.O. Rdnr. 77, Meikel/Roth GBR 7. Aufl. Rdnr. 129, jeweils zu § 35; Haegle/Schöner/Stöber a.a.O. Rdnr. 788). Die Tatsache, daß der Erblasser und die Antragstellerin in dem wegen Formmangels unwirksamen „Aufhebungsvertrag“ vom 17.8.1995 erwähnt haben, jeder habe für sich durch privatschriftliches Testament, das bei einer Bank hinterlegt sei, anders testiert, gibt einen solchen Anhalt nicht. Abgesehen davon, daß ausweislich der Akten des Nachlaßgerichts ein bei einer Bank hinterlegtes Testament des Erblassers nicht zum Nachlaßgericht gelangt und nicht auffindbar ist, läßt der Inhalt des „Aufhebungsvertrags“ vom 17.8.1995 nur den Schluß darauf zu, daß der Erblasser und die Antragstellerin der irri- gen Meinung waren, durch ihre privatschriftlichen Erklärungen die Wirkungen des Erbvertrags vom 15.4.1986 beseitigen zu können.

Nach alledem bedarf es der Vorlage eines Erbscheins nicht. Wirkliche Zweifel, daß die Antragstellerin Alleinerbin geworden ist, bestehen nicht.

9. GBO § 77; FGG § 25; KostO § 8 (*Pflicht zur Begründung einer Zwischenverfügung*)

**In Grundbuchsachen ist die Zwischenverfügung, mit der eine Eintragung von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht wird, zu begründen.**

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG München II, Beschluß vom 21.1.1999 – 6 T 182/99 –, mitgeteilt von Notar Dr. Hans Wolfsteiner; München

*Aus dem Tatbestand:*

Als Vertreter der Beteiligten nach § 15 GBO stellte der Notar den Antrag, beurkundete Vorgänge im Grundbuch einzutragen. Dabei handelte es sich zum einen um eine am 1.9.1998 erklärte Auflassung, und zum anderen um die Bestellung einer Gesamtbuchgrundschuld in Höhe von 3,5 Mio. DM

Mit Zwischenverfügung verlangte das Amtsgericht für den beantragten grundbuchamtlichen Vollzug gemäß § 8 Abs. 2 KostO einen Vorschuß von insgesamt 14.865,50 DM. Der Notar bemängelte hierzu, daß die Vorschußpflicht nicht begründet worden war und verlangte entweder die Aufhebung der Zwischenverfügung oder das Nachholen einer Begründung. Der Grundbuchrechtspfleger vertrat demgegenüber die Auffassung, das Erheben eines Vorschusses liege im Ermessen des Gerichts und bedürfe keiner Begründung. Die vom Notar eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Das in 8 Abs. 3 KostO ausdrücklich eröffnete Beschwerderecht wäre ausgehöhlt, bzw. unterlaufen, wenn der anfechtbaren Entscheidung keine Begründung beigegeben werden müßte. Der Beschwerdeberechtigte könnte nämlich weder erkennen, welche Erwägungen das Gericht angestellt hat, noch, ob es sich überhaupt über die gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschußpflicht Gedanken gemacht hat. Das Beschwerdegericht könnte dies aber ebensowenig erkennen; es ist seinerseits aber nach § 77 GBO und § 25 FGG verpflichtet, seine Entscheidungen mit Gründen zu versehen. Ohne Gründe einer amtsgerichtlichen Entscheidung wäre dies die Erstbegründung, die aber nicht das Resultat einer Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung wiedergibt, sondern diese gewissermaßen originär ergänzt. Derartiges ist aber nicht im Sinne eines Instanzenzuges.

Es ist im übrigen nicht einzusehen, warum für Beschlüsse, die dem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegen, etwas anderes gelten sollte, als für Beschlüsse, die der ZPO unterliegen. Bei letzteren ist die Begründungspflicht völlig außer Streit, wenn ein Beschluß einem (auch nur unter Umständen statthaften) Rechtsmittel unterliegt (vgl. Zöller/Vollkommer, Randnr. 24 zu § 329 ZPO und die dortigen zahlreichen Nachweise).

10. GG Art. 14 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 3; BGB §§ 2232, 2233; BeurkG § 31 (*Verfassungswidrigkeit des generellen Ausschlusses schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit nach §§ 2232 f. BGB*)

**Der generelle Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.**

BVerfG, Beschluß vom 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94 –

## Aus dem Tatbestand:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Testiermöglichkeiten schreibunfähiger Stummer.

### I.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht in § 2231 zwei ordentliche Formen von Testamenten vor: das handschriftliche (holographische) und das öffentliche (notarielle) Testament. Andere Testamentsformen sind nur im Notfall als außerordentliche Testamente zulässig (§§ 2249 bis 2252 BGB).

1. Für Personen, die mangels Schulbildung oder aufgrund körperlicher Gebrechen nicht schreiben können, scheidet die Möglichkeit des handschriftlichen Testaments (§ 2247 BGB) aus. Ihnen bleibt nur die Möglichkeit der notariellen Testamenterrichtung nach den §§ 2232, 2233 BGB. Die einschlägigen Vorschriften lauten:

#### § 2232 BGB

Zur Niederschrift eines Notars wird ein Testament errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Der Erblasser kann die Schrift offen oder verschlossen übergeben; sie braucht nicht von ihm geschrieben zu sein.

#### § 2233 Abs. 2 BGB

Ist der Erblasser nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht imstande, Geschriebenes zu lesen, so kann er das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten.

Wesentliches Element des notariellen Testaments ist, also das Gespräch mit dem Notar. Der Betroffene muß dem Notar zumindest mitteilen, daß ein bestimmtes Schriftstück seinem letzten Willen entspricht. Nach gefestigter zivilgerichtlicher Rechtsprechung genügt es, wenn der Erblasser nach dem Verlesen des notariellen Protokolls verständlich „ja“ oder „nein“ sagen kann (vgl. RGZ 85, 120 [125 f.]; 161, 378 [382]; OGHZ 2, 45 [48 ff.]; 3, 383 [387 f.]; BGHZ 2, 172 [173 ff.]; 37, 79 [84] [= MittBayNot 1963, 237]).

2. Personen, die kein Wort sprechen können, haben demnach nicht die Möglichkeit, ein notarielles Testament nach § 2232 BGB zu errichten. Stumme Menschen können aber in der Regel schreiben, so daß ihnen die handschriftliche Testierung nach § 2247 BGB offensteht. Für stumme Personen sehen § 2233 Abs. 3 BGB und § 31 des Beurkundungsgesetzes vom 28.8.1969 (BGBl I S. 1513; im folgenden: BeurkG) nachstehende Variante des notariellen Testaments vor:

#### § 2233 Abs. 3 BGB

Vermag der Erblasser nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen, so kann er das Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten.

#### § 31 BeurkG

##### Übergabe einer Schrift durch Stumme

Ein Erblasser, der nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen vermag (§ 2233 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches), muß die Erklärung, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das der Niederschrift beigefügt werden soll. Das eigenhändige Niederschreiben der Erklärung soll in der Niederschrift festgestellt werden. Die Niederschrift braucht von dem behinderten Beteiligten nicht besonders genehmigt zu werden.

Stumme Menschen können folglich nur dann ein notarielles Testament errichten, wenn sie zumindest ihren Namen und die Worte „Mein letzter Wille“ schreiben können.

3. Für die relativ kleine Gruppe der Personen, die diese wenigen Worte nicht zu Papier bringen und auch nicht „ja“ oder „nein“ sagen können, sieht das Erbrecht keine Sonderregelungen der Testierung vor.

Bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde zwar die Frage erörtert, ob auch schreibunfähigen Stummen eine Testiermöglichkeit eingeräumt werden soll. Die Gesetzgebungskommissionen entschieden sich aber mehrheitlich für die in § 2243 BGB (1900) ent-

haltene Regelung, daß stumme Menschen nur in Schriftform testieren können. Schreibunfähige Stumme könnten sich nur durch Zeichen verständlich machen. Auf diese Weise lasse sich der Wille des Erblassers aber nicht mit Zuverlässigkeit ermitteln. Bei Taubstummen, die weder lesen noch schreiben könnten, sei eine Kontrolle des Dolmetschers ausgeschlossen; überdies sei nicht anzunehmen, daß solche Personen das erforderliche Verständnis von der Bedeutung der letztwilligen Verfügung hätten (Motive zu dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896, Band 5, S. 251, 276; ähnlich *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Band 5, S. 146 f.).

In der Folgezeit wurden zwar die Testamentsvorschriften mehrfach geändert und neu gefaßt. Die Vorschrift, daß stumme Personen ein Testament nur schriftlich errichten können, wurde aber stets beibehalten. Bei Schaffung des § 17 des Testamentgesetzes vom 31.7.1937 (RGBl I S. 973) wurde ausdrücklich vermerkt, es könne weiterhin in Kauf genommen werden, daß ein schreibunkundiger Stummer kein Testament errichten könne (Amtliche Begründung, in: Deutsche Justiz 1938, S. 1257). Bei den Novellierungen im Rahmen des Gesetzes zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl I S. 33) und im Rahmen des Beurkundungsgesetzes wurde das Problem nicht eigens erörtert. Bei beiden Gesetzesvorhaben war keine inhaltliche Änderung der Testamentsvorschriften in dieser Frage bezweckt (vgl. BT-Drucks I/382, S. 19; V/3282, S. 35, 43).

4. Schreibunfähige stumme Personen sind in anderen Bereichen nicht von der Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen. Soweit sie in der Lage sind, ihren Willen durch Zeichen (etwa durch Kopfnicken, Kopfschütteln, Handzeichen) zum Ausdruck zu bringen, können sie nach Maßgabe der §§ 104 ff. BGB alle nicht formbedürftigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen abgeben. Der Gesetzgeber hat ihnen auch die Möglichkeit eingeräumt, mit notarieller Hilfe formbedürftige Rechtsgeschäfte unter Lebenden abzuschließen. Die hier maßgebliche Vorschrift lautet:

#### § 24 BeurkG

Besonderheiten für Taube und Stumme, mit denen eine schriftliche Verständigung nicht möglich ist.

(1) Vermag ein Beteiligter nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu hören oder zu sprechen und sich auch nicht schriftlich zu verständigen, so soll der Notar dies in der Niederschrift feststellen. Wird in der Niederschrift eine solche Feststellung getroffen, so muß zu der Beurkundung eine Vertrauensperson zugezogen werden, die sich mit dem behinderten Beteiligten zu verständigen vermag; in der Niederschrift soll festgestellt werden, daß dies geschehen ist. Die Niederschrift soll auch von der Vertrauensperson unterschrieben werden.

(2) Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, der Vertrauensperson einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

(3) Das Erfordernis, nach § 22 einen Zeugen oder zweiten Notar zuzuziehen, bleibt unberührt.

Schreibunfähige Stumme können damit insbesondere Schenkungen unter Lebenden vornehmen, Grundstücke erwerben und veräußern sowie Eheverträge schließen.

### II.

1. Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten um die Erbschaft des am 10.9.1905 geborenen und am 22.12.1989 verstorbenen Kaufmanns S. Sieben Jahre vor seinem Tode erlitt dieser einen Schlaganfall und war seitdem gelähmt. Er konnte weder sprechen noch schreiben, wohl aber hören und sich durch Zeichen verständigen. In dieser Zeit wurde er von der Beklagten des Ausgangsverfahrens gepflegt. Sie übernahm auch die Gebrechlichkeitspflegschaft. Am 17.7.1982 gab S. eine notarielle Erklärung über seinen letzten Willen ab. Neben dem beurkundenden Notar waren ein zweiter Notar als Zeuge und ein Arzt als Vertrauensperson anwesend. Beide Notare und der behandelnde Arzt kamen zu der Überzeugung, daß S. testierfähig sei und die Beklagte zur Alleinerbin einsetzen wolle.

2. Im Ausgangsverfahren beehrte eine Tochter des Erblassers die Feststellung, daß die Beklagte nicht testamentarische Alleinerbin geworden sei. Sie berief sich darauf, daß das Testament vom 17.7.1982 formunwirksam und daß sie als nahe Verwandte gesetzliche Miterbin geworden sei. Das Landgericht gab der Klage statt (NJW-RR 1993, S. 969 f.). Die dagegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht zurück (ZEV 1995, S. 261).

(...)

Im Berufungsurteil wurde die Revision nicht zugelassen. Das Berufungsurteil wurde der Beklagten des Ausgangsverfahrens am 19.10.1994 zugestellt. Sie verstarb am 28.10.1994 und wurde von ihren Familienangehörigen, den Beschwerdeführern, als gesetzlichen Erben beerbt.

### III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde greifen die Beschwerdeführer nur die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts an und machen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geltend.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

B. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Auf die Erbrechtsgarantie kann sich neben dem Erblasser auch der begünstigte Erbe, jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an, berufen. Andernfalls würde der grundrechtliche Schutz des Erbrechts mit dem Tode des Erblassers erlöschen und damit weitgehend entwertet werden (vgl. BVerfGE 91, 346 [360]). In gleicher Weise sind auch die Erbeserben von Art. 14 Abs. 1 GG jedenfalls dann geschützt, wenn sie ein Verfahren des Erben um dessen Erbenstellung fortsetzen. Sonst wäre die Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie in einer großen Zahl von Fällen vom Zufall abhängig. Stirbt der mögliche Erbe – wie hier – nach Zugang der letztinstanzlichen Entscheidung, sind die Erbeserben somit zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde berechtigt (vgl. BVerfGE 17, 86 [91]).

C. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung bilden die von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter scheidet als Kontrollmaßstab aus, soweit es um die Entscheidung des Oberlandesgerichts geht. Denn Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist erst nach Zustellung dieser Entscheidung in Kraft getreten. Hingegen kann Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bei der Überprüfung der dem Urteil zugrundeliegenden und mittelbar angegriffenen gesetzlichen Regelung nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn sich die als verletzt gerügte Grundrechtsnorm nach der fachgerichtlichen Rechtsanwendung ändert, besteht regelmäßig ein Allgemeininteresse an der Klärung der Frage, ob das Gesetz aufgrund der Grundgesetzänderung verfassungswidrig und damit rechtsunwirksam geworden ist.

II. Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht (vgl. BVerfGE 67, 329 [340]; 91, 346 [358]).

1. Bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit, ein auf natürliche Personen zugeschnittenes Freiheitsrecht. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 89, 214 [231]; 91, 346 [358]). Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfaßt die Befugnis

des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlaßbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377 [398]).

Aus dem Charakter der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich lassen sich Folgerungen für den verfassungsrechtlichen Gehalt der Erbrechtsgarantie ziehen. Es werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Der Einzelne muß demzufolge die für die Testamentserrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen. An dieser Selbstbestimmungsfähigkeit kann es etwa bei Kindern und Jugendlichen fehlen (vgl. BVerfGE 59, 360 [382]; 72, 122 [137] für das Eltern-Kind-Verhältnis). An der für die Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG notwendigen Selbstbestimmungsfähigkeit kann es aber auch bei Erwachsenen mangeln, wenn der Erblasser aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen zu eigenverantwortlicher Testamentserrichtung nicht in der Lage ist.

2. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es dem Gesetzgeber überlassen, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen (vgl. BVerfGE 91, 346 [360]). Erst durch die gesetzliche Ausgestaltung wird das Erbrecht des Einzelnen klar umrissen und zu einem praktisch durchsetzbaren Recht. Die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestalt. Demzufolge ist es Sache des Gesetzgebers, das im Grundsatz der Testierfreiheit angelegte Selbstbestimmungsprinzip zu konkretisieren. Er muß festlegen, welche Anforderungen im einzelnen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen sind und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.

Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit muß der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit erlassen. Dabei kommt ihm ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen. Er kann Personen, denen die erbrechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit typischerweise fehlt, von der Testamentserrichtung ausschließen. Beispielsweise kann er bestimmen, ab welchem Alter Jugendliche testierfähig sind (vgl. § 2229 Abs. 1 BGB) und in welchen Fällen die geistige Testierfähigkeit fehlt (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB). Bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit kann der Gesetzgeber auch die Einhaltung bestimmter Formen letztwilliger Verfügungen zwingend vorschreiben. Dabei kann er für unterschiedliche Situationen und Personengruppen jeweils eigene Testamentsformen schaffen. Es bleibt auch seiner Wahl überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt.

3. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist allerdings, nicht unbeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der näheren Ausgestaltung des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der

verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten (vgl. BVerfGE 67, 329 [340]). Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Er muß bei der Gestaltung der Formvorschriften für Gleichbehandlung sorgen und darf insbesondere Behinderte nicht benachteiligen. Ferner darf er von Elementen des Erbrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen (vgl. BVerfGE 91, 346 [360]). Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken. Allerdings steht ihm auch bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Spielraum bei der Prüfung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu achten. Es kann erst einschreiten, wenn eine vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme „schlechthin ungeeignet“ (BVerfGE 47, 109 [117]), „eindeutig“ nicht erforderlich (BVerfGE 53, 135 [145]) oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist (vgl. BVerfGE 77, 84 [111 f.]).

III. Gemessen an diesen Grundsätzen verstößt der generelle Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit gegen Art. 14 Abs. 1 sowie gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 GG. Menschen, die in geistiger Hinsicht zu einer eigenverantwortlichen letztwilligen Verfügung in der Lage sind, dürfen nicht allein deswegen an der Testierung von Rechts wegen gehindert werden, weil sie aus körperlichen Gründen nur über eingeschränkte Verständigungsmöglichkeiten verfügen.

1. Der Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit stellt eine unverhältnismäßige Beschränkung der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Erbrechtsgarantie dar. Die Anwendung des Formzwangs dient hier dazu, schreibunfähige Stumme schlechthin von der Testamentserrichtung auszuschließen. Die schreibunfähigen Stimmen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers kein Testament errichten können, weil eine zuverlässige Verständigung mit ihnen nicht möglich sei und weil ihnen das erforderliche Verständnis für die Testamentserrichtung fehle (Motive zu dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896, Band 5, S. 251, 276; ähnlich *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Band 5, S. 146 f.). Die Anwendung der Formvorschriften auf schreibunfähige Stumme soll somit einerseits der Rechtssicherheit und andererseits dem Schutz nicht selbstbestimmungsfähiger Menschen dienen. Der Gesetzgeber verfolgt damit legitime Gemeinwohlziele.

Der Gesetzgeber konnte den Formzwang auch als ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieser Gemeinwohlziele ansehen. Hingegen konnte er nicht davon ausgehen, daß das Formfordernis bei schreibunfähigen Stimmen in jedem Fall zur Erreichung der Gemeinwohlziele erforderlich ist. Der mit dem Formzwang bewirkte Testierausschluß stellt sich vielmehr nur in den Fällen als erforderlich dar, in denen sich die vom Gesetzgeber zugrundegelegte Sachverhaltsannahme als vertretbar erweist, daß eine hinreichend gesicherte Verständigung mit schreibunfähigen Stimmen nicht möglich ist oder daß ihnen das für die Testamentserrichtung benötigte geistige Verständnis fehlt.

Das Bundesverfassungsgericht kann zwar bei der Beurteilung von Tatsachen und Prognosen nicht seine Sachverhaltsannahme an die Stelle der Tatsachensicht des Gesetzgebers setzen. Vielmehr muß es beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BVerfGE 50, 290 [332 f.]; 88, 203 [262]). Anders verhält es sich jedoch, wenn die Annahmen oder Prognosen des Gesetzgebers sich als unzutreffend herausgestellt haben. Im vorliegenden Fall ist die Annahme des Gesetzgebers, daß es allen schreibunfähigen Stimmen an der für die Testamentserrichtung erforderlichen Handlungs- und Einsichtsfähigkeit mangelt, unzutreffend. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, gibt es durchaus schreib- und sprechunfähige Personen, die über die für eine Testamentserrichtung erforderliche intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit verfügen. Der Ausschluß der Testiermöglichkeit ist demzufolge hier nicht zum Schutz vor fremdbestimmten oder unverantwortlichen Rechtsgeschäften erforderlich. Bei selbstbestimmungsfähigen Personen sind als milderes Mittel – wie sich aus § 24 BeurkG ergibt – Beurkundungsverfahren denkbar, die zu einer zuverlässigen Feststellung des letzten Willens führen. Durch die Heranziehung weiterer neutraler Personen kann in ausreichendem Maße kontrolliert werden, ob der beurkundende Notar die Testierfähigkeit des schreib- und sprechunfähigen Erblassers richtig einschätzt und seine Willenserklärungen zutreffend deutet. Eine schreib- und sprechunfähige Person kann selbst der notariellen Beurkundung bedürftige Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach Maßgabe des § 24 BeurkG uneingeschränkt vornehmen, dagegen keinerlei Verfügungen von Todes wegen treffen. Zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen bestehen aber keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, daß schreibunfähige Stumme im einen Fall am Rechtsleben im wesentlichen beteiligt und im anderen Fall nahezu ausnahmslos ausgeschlossen werden können.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß die bei einer Protokollierung nach Maßgabe des § 24 BeurkG gewonnene Rechtssicherheit für testamentarische Verfügungen nicht ausreicht. Es ist zwar zutreffend, daß im Erbrecht ein höheres Bedürfnis nach Rechtssicherheit in bezug auf die Echtheit und Authentizität einer Willenserklärung besteht als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Denn nach Eintritt des Erbfalls kann der rechtsgeschäftliche Wille des Erblassers mit seiner Hilfe nicht mehr ermittelt werden. Dem bei erbrechtlichen Verfügungen im besonderen Maße bestehenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann der Gesetzgeber aber dadurch Rechnung tragen, daß er – über die in §§ 22, 24 BeurkG vorgesehene Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars hinaus – beispielsweise an die Auswahl der heranzuziehenden neutralen Personen besondere Anforderungen stellt. Er hat etwa die Möglichkeit, als Zeugen ausnahmslos nur einen zweiten Notar zuzulassen. Ebenso kann er zur Beurteilung der Testierfähigkeit eines schreib- und sprechunfähigen Erblassers die Beiziehung eines Arztes zwingend vorschreiben. Aufgrund dieser Möglichkeiten läßt sich das Irrtums- und Kommunikationsrisiko so weit reduzieren, daß das Argument der Rechtssicherheit den völligen Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testierung nicht zu rechtfertigen vermag.

2. Die geltenden Formvorschriften für letztwillige Verfügungen verletzen auch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen

Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsfordernisse reichen. Wirken sich Regelungen, wie die testamentarischen Formvorschriften, auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig aus, prüft das Bundesverfassungsgericht im einzelnen nach, ob für die vorgenommene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 91, 346 [362 f.]; 88, 87 [96 f.]).

Nach diesen Maßstäben ist es nicht gerechtfertigt, daß ein verheirateter oder verlobter schreibunfähiger Stummer gemäß § 2276 Abs. 2 BGB im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrags letztwillige Verfügungen treffen kann, ein alleinstehender schreibunfähiger Stummer hingegen nicht. Für eine derart unterschiedliche Behandlung verheirateter und unverheirateter schreibunfähiger Stummer bestehen keine Gründe von solcher Art und solchem Gewicht, daß den einen im Rahmen von miteinander verbundenen Ehe- und Erbverträgen eine Testiermöglichkeit eröffnet wird, während die anderen davon ausgeschlossen werden. Zwar mag das inhaltliche Schwergewicht von Ehe- und Erbverträgen häufig im Bereich der eherechtlichen Regelungen liegen, so daß der größere Sachzusammenhang mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden für die Übernahme der in diesem Bereich geltenden Formerleichterungen spricht. Dieser Grund ist aber nur geeignet, eine unterschiedliche Behandlung in bezug auf das „Wie“, nicht aber auch in bezug auf das „Ob“ der Testierung zu rechtfertigen. Denn es gibt keinen einleuchtenden Grund dafür, daß ein verheirateter schreibunfähiger Stummer über den Weg des § 2276 Abs. 2 BGB testieren kann, ein Unverheirateter hingegen nicht.

3. Die erbrechtlichen Formvorschriften verletzen auch den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter wirkt nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers auf das Zivilrecht ein und zwingt zur Überprüfung privatrechtlicher Gesetze (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12). Demnach dürfen auch die im Erbrecht geltenden Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen nicht zu einer Benachteiligung Behinderter führen.

Von der Ausschlußwirkung der erbrechtlichen Formvorschriften sind zum großen Teil behinderte Menschen betroffen. Zwar können auch nicht behinderte Menschen kurzfristig infolge eines Unfalls oder einer schweren Erkrankung stumm und schreibunfähig sein. Die Sprech- und Schreibunfähigkeit ist aber häufig auch Folge einer Behinderung, also Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht (vgl. BVerfGE 96, 288 [301]). Wie der vorliegende Fall zeigt, werden insbesondere Menschen von der Testamentserrichtung ausgeschlossen, die aufgrund einer Lähmung dauerhaft körperbehindert sind.

Darin liegt eine unzulässige Benachteiligung Behinderter. Benachteiligung bedeutet nachteilige Ungleichbehandlung (vgl. BVerfGE 96, 288 [302]; BTDrucks 12/6323, S. 12). Behinderte werden zum Beispiel benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen (vgl. BVerfGE 96, 288 [302 f.]). Da die gesetzlichen Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen dazu führen, daß schreib- und sprechunfähige Behinderte in ihren Testiermöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden, liegt eine Verschlechterung der Lebenssituation Behinderter im Vergleich zur Lebenssituation Nichtbehinderter vor.

Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Zwar kann das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht ohne jede Einschränkung gelten. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerläßliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12 und zu Art. 3 Abs. 3 GG a.F. BVerfGE 85, 191 [206 f.]). Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerläßlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BTDrucks 12/8165, S. 29). Solche behinderungsbedingten Besonderheiten liegen bei der Testamentserrichtung aber nur in den Fällen vor, in denen schreib- und sprechunfähige Personen nicht die dafür erforderliche Einsichts- oder Handlungsfähigkeit besitzen. Besitzen schreib- und sprechunfähige Behinderte indes die nötige intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit, werden sie durch die gesetzlichen Formvorschriften über die Testamentserrichtung in unzulässiger Weise benachteiligt.

D. 1. Die §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG lassen sich nicht verfassungskonform interpretieren. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. BVerfGE 90, 263 [274 f.]; 95, 64 [93]; stRspr). Die Vorschriften über die Testamentserrichtung sind in der hier relevanten Frage eindeutig. Sie verlangen entweder eine mündliche Äußerung des Testierenden oder seine eigenhändige schriftliche Erklärung. Selbst wenn man das in § 31 BeurkG aufgestellte Erfordernis des eigenhändigen Schreibens entsprechend der Anregung in der Stellungnahme des Bundesgerichtshofs weiter auslegen wollte als im Rahmen des § 2247 BGB und nicht nur mit der Hand, sondern auch mit dem Mund, dem Fuß, mit Schablonen oder Maschinen geschriebene Erklärungen zulassen würde, könnte ein Testament jedenfalls nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichtet werden. Denn damit würde die vom Gesetzeswortlaut gezogene Grenze überschritten. Die zuletzt genannte Äußerungsform würde die in § 31 BeurkG enthaltenen Tatbestandsmerkmale „in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt schreiben“ eindeutig nicht mehr erfüllen.

2. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 sowie gegen Art. 14 Abs. 1 GG führt nicht zur partiellen Nichtigkeit der angegriffenen Regelungen, denn damit würde schreib- und sprechunfähigen Personen eine Testiermöglichkeit nicht eröffnet. Außerdem kann der Gesetzgeber seiner aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Pflicht, für derart behinderte Menschen Testamentsformen zur Verfügung zu stellen, auf verschiedene Weise nachkommen. Unter diesen Voraussetzungen stellt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nur fest, daß die gesetzliche Regelung verfassungswidrig und der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen (vgl. BVerfGE 22, 349 [360 ff.]; 87, 163 [177 f.]).

3. Die Formvorschriften der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG dürfen fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamentserrichtung in der Lage sind, angewendet werden, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung können schreib- und sprechunfähige Personen künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen (Testamente, Erbverträge etc.)

errichten. Ihr letzter Wille kann für eine Übergangszeit in der Weise notariell beurkundet werden, wie es bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes geregelt ist. Zu beachten sind insbesondere die §§ 22 bis 26 BeurkG. Darüber hinaus ist den Besonderheiten der Beurkundung letztwilliger Verfügungen durch Anwendung der §§ 27 bis 29, 34 und 35 BeurkG Rechnung zu tragen. Diese Vorschriften stehen einer wirksamen Testamenterrichtung schreib- und sprechunfähiger Personen durch notarielle Niederschrift nicht im Wege.

4. Die Übergangsregelung erfaßt allerdings nicht in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen bereits errichtete letztwillige Verfügungen. In diesen Fällen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit solcher Testamente zu entwickeln. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) können die von schreibunfähigen Stummen in der Vergangenheit errichteten Testamente nicht allein wegen Verletzung des gesetzlichen Formzwangs als unwirksam angesehen werden. Vielmehr müssen jedenfalls solche letztwillige Verfügungen als rechtswirksam anerkannt werden, die von schreibunfähigen Stummen in Ermangelung anderer Regelungen entsprechend den Anforderungen der §§ 22 bis 26 BeurkG errichtet wurden.

Ist der Erbfall bereits in der Vergangenheit eingetreten, müssen die Gerichte allerdings berücksichtigen, daß die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Einzelfall der Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage entgegenstehen können. Rechtskräftig abgeschlossene Verfahren bleiben grundsätzlich unberührt (vgl. § 79 BVerfGG). Ferner folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes, daß die Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage ausgeschlossen sein kann, wenn sich der testamentarische Erbe in der Vergangenheit – anders als im Ausgangsverfahren – nicht auf die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Formvorschriften berufen und der durch die Formvorschriften Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die gesetzliche Rechtslage vertraut hat. Da die Verfassungsmäßigkeit des Testierausschlusses in der Literatur im wesentlichen erst seit 1991 in Zweifel gezogen wird (vgl. *Rossak*, Kann ein schreibunfähiger Stummer ein Testament errichten? *MittBayNot* 1991, S. 193 ff.; *Ertl*, Gestaltung von Testamenten und anderen Rechtsgeschäften für den Todesfall von sprech- oder schreibbehinderten Personen, *MittBayNot* 1991, S. 196 ff.; *Schmidt*, in: *Erman*, BGB, 9. Aufl., 1993, 9 2229 Rdnr. 8; *Baumann*, Urteilsanmerkung, *FamRZ* 1994, S. 994), wird unter den genannten Voraussetzungen eine von den bisherigen gesetzlichen Formvorschriften abweichende Beurteilung eines Testaments als wirksam für die vor dem Jahre 1991 liegenden Erbfälle regelmäßig aus Vertrauensschutzgründen ausscheiden.

5. Das Urteil des Oberlandesgerichts ist aufzuheben, da die Verfassungsbeschwerde begründet ist. Das Urteil beruht im Sinne des § 95 Abs. 2 BVerfGG auf der Anwendung verfassungswidriger Gesetze. Da der Erblasser infolge eines Schlaganfalls einerseits schreib- und sprechunfähig, andererseits aber voll testierfähig war, hätte ihm durch die gesetzliche Regelung der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG nicht jede Testiermöglichkeit vorenthalten werden dürfen. Die Sache ist daher an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. Da es Aufgabe der Fachgerichte ist, die

durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke nach den vorerwähnten Maßgaben zu schließen, bedarf es keiner Aussetzung des Verfahrens bis zur gesetzlichen Neuregelung.

#### Anmerkung:

1. Ich habe in dieser Zeitschrift (*MittBayNot* 1991, 193 ff.; auch *ZEV* 1995, 263 ff.) erstmals die Diskussion darüber eröffnet, ob der Ausschluß der schreibunfähigen Stummen von jeder Testiermöglichkeit (auch faktische Testierunfähigkeit genannt) verfassungsgemäß ist. Meine Ansicht, daß dieser Ausschluß von jeder Testiermöglichkeit verfassungswidrig ist, hat Zustimmung gefunden (*Baumann* *FamRZ* 1994, 994; *Ertl* *MittBayNot* 1991, 196 ff.; *Huhn/v. Schuckmann*, *BeurkG* 3. Aufl. 1995, § 31 Rdnr. 5; *Staudinger/Baumann*, *BGB* 13. Bearb. 1996, § 2233 Rdnr. 20), aber auch Ablehnung (*OLG Hamm ZEV* 1995, 261).

Der Beschluß des BVerfG ist zu diesem Urteil des OLG Hamm ergangen, dem wiederum die Entscheidung des LG Bochum (*NJW RR* 1993, 969) zugrundelag.

2. Das BVerfG hat das Urteil des OLG Hamm aufgehoben und festgestellt, daß die §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG insoweit verfassungswidrig sind, als sie schreibunfähigen Stummen jede Möglichkeit der Testamenterrichtung verwehren.

Als Prüfungsmaßstab hat das BVerfG herangezogen die Erbrechtsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG), den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (Verbot der Benachteiligung Behinderter).

Nach bereits bekannten, insbesondere auf den grundlegenden Entscheidungen BVerfGE 67, 329 und 91, 346 basierenden Ausführungen zu Bedeutung und Schutzbereich der Erbrechtsgarantie und der aus ihr folgenden Testierfreiheit stellt das BVerfG die Befugnis des Gesetzgebers dar, Inhalt und Schranken der Erbrechtsgarantie zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).

Grenze des dem Gesetzgeber dabei von der Verfassung eingeräumten Beurteilungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums ist insbesondere der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (gegliedert in die Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne = Abwägung) (vgl. BVerfGE 67, 329, 340 f.; 91, 346, 358, 360). Das BVerfG kommt zum Ergebnis, daß der generelle Ausschluß der schreibunfähigen Stummen von jeder Testiermöglichkeit nicht dem Verhältnismäßigkeits-Element der Erforderlichkeit entspricht: wie die §§ 22 ff. BeurkG, insbesondere § 24 zeigen, kann durch das mildere Mittel der besonderen Verfahrensgestaltung den Formzwecken (die sowohl den Rechtsverkehr wie den Behinderten schützen) genügt werden.

Damit folgt das BVerfG weitgehend meiner Argumentation in *MittBayNot* 1991, 193 ff. und *ZEV* 1995, 236 ff., wobei ich die Problematik allerdings beim Verhältnismäßigkeits-Element der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne angesiedelt hatte.

3. Darüber hinausgehend bejaht das BVerfG auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und gegen den speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

Den Zugang zum Problem im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG findet das BVerfG über die sog. neue Formel (vgl. BVerfGE

88, 87, 96 f.; 91, 346, 362 f.). Danach ist der dem Gesetzgeber auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zustehende Gestaltungsspielraum umso mehr eingeschränkt (bis zu einer strikten und nachprüfbarer Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit),

- je mehr bei einer ungleichen Behandlung von Personengruppen die Gefahr einer Diskriminierung einer Minderheit droht, oder
- je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung eines Grundrechts auswirkt.

Da der generelle faktische Ausschluß der schreibunfähigen Stummen von der Testierfähigkeit beide Elemente der sog. neuen Formel erfüllt (er führt sowohl zu einer Diskriminierung einer Minderheitengruppe wie auch zu einer Ausschaltung der Ausübung des Grundrechts), müßte der Gesetzgeber sein Vorgehen durch besonders gewichtige Gründe rechtfertigen können. Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber solche Gründe nicht einmal erwogen hat, seiner formellen Begründungspflicht also nicht nachgekommen ist (vgl. BTDrucks I/382, S. 19; V/3282, S. 35, 43), hat er seinen Grundansatz im § 2276 Abs. 2 BGB selbst relativiert und damit diskreditiert.

Ohne auf die naheliegende Frage der Grundrechtskonkurrenzen einzugehen bejaht das BVerfG auch einen Verstoß gegen den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Auch wenn dieses neueste Gleichheitsgrundrecht (seit 1994) durch die vorliegende Entscheidung und die in Bezug genommene grundlegende Entscheidung BVerfGE 96, 288 ff. nicht wesentlich klarere Konturen erhalten hat, steht fest, daß der Ausschluß der Testiermöglichkeit für Mehrfachbehinderte einen Paragrafenfall für die Verletzung dieses Grundrechts darstellt.

4. Im Gegensatz zu meiner Ansicht (MittBayNot 1991, 193, 195; ZEV 1995, 236, 240), die durchaus Gefolgschaft gefunden hat (Baumann FamRZ 1994, 994; Staudinger/Baumann a.a.O. § 2233 Rdnr. 20; ebenso Canaris JZ 1987, 993, 1000 zu einem analogen Problem des § 2229 Abs. 2 BGB a.F.), verneint das BVerfG die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung, da eine solche dem eindeutigen Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers widersprechen würde (hierzu BVerfGE 71, 81, 105; 86, 288, 320).

Weiter hat das BVerfG auch nicht gemäß § 78 BVerfGG die §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG für teilweise nichtig erklärt, da die Nichtigerklärung

- dem Mehrfachbehinderten die Testiermöglichkeit nicht eröffnen könne, und
- zur Korrektur der verfassungswidrigen Bestimmungen verschiedene Gestaltungen in Betracht kommen, die dem Gesetzgeber offengehalten werden müßten.

Das BVerfG hat also nur die (teilweise) Verfassungswidrigkeit der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG festgestellt, die gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG deshalb insoweit nicht mehr angewendet werden dürfen, bis der Gesetzgeber Abhilfe schafft. Um einem unerträglichen Rechtsstillstand bis dahin vorzubeugen, hat das BVerfG selbst eine Übergangsregelung „erlassen“ (vgl. BVerfGE 73, 40; 84, 9):

a) Danach sind *in Zukunft* bis zu einer gesetzlichen Neuregelung die Testamente schreibunfähiger Stummer und sonstiger bisher von jeder Testiermöglichkeit ausgeschlossener Mehrfachbehinderten (hierzu meine Aufstellung in ZEV 1995, 236) nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften für die Beurkundung von Willenserklärungen, §§ 22 bis 26 BeurkG, zu beurkunden, aber auch die §§ 27 bis 29, 34 und 35 zu beachten (hierzu näher im nächsten Heft der ZEV unter „Praxisforum“).

b) *In der Vergangenheit* errichtete Testamente von Mehrfachbehinderten dürfen in *künftigen Erbfällen* nicht wegen sog. faktischer Testierunfähigkeit als unwirksam angesehen werden (wenn die §§ 22 bis 26 BeurkG bei der Beurkundung beachtet wurden, was ich bereits in MittBayNot 1991, 193, 195 empfohlen hatte; ebenso Baumann FamRZ 1994, 994; Staudinger/Baumann a.a.O. § 2233 Rdnr. 20).

c) Bei *in der Vergangenheit* bereits *eingetretenen Erbfällen* steht der Grundsatz des Vertrauensschutzes, der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt (vgl. BVerfG 53, 111, 128), einer „unbegrenzten“ Rückwirkung der Verfassungswidrigkeit der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG entgegen: demgemäß ist eine Berufung auf die Verfassungswidrigkeit ausgeschlossen, wenn

- sich der im „formunwirksamen“ Testament des Mehrfachbehinderten berufene Erbe nicht auf die Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschriften berufen und
- der sonst Berufene andererseits auf das Gesetz vertraut hat (sog. konkreter Vertrauensschutz).

d) Das Jahr 1991 (Erscheinen meines Aufsatzes) markiert auch hier eine Zäsur: Da zuvor die Verfassungsmäßigkeit der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG nicht in Zweifel gezogen worden war, ist insoweit aus Vertrauensschutzgründen grundsätzlich davon auszugehen, daß Testamente Mehrfachbehinderter als unwirksam zu behandeln sind, wenn der *Erbfall vor 1991 eingetreten* ist (sog. abstrakter Vertrauensschutz).

Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

11. BGB §§ 2352, 2346, 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt., 242 (Keine Rückabwicklung eines Erb- oder Zuwendungsverzichts über § 242 BGB)

**Einem Erb- oder Zuwendungsverzicht kann nach Eintritt des Erbfalls nicht mehr entgegengehalten werden, die Geschäftsgrundlage fehle oder der mit ihm bezweckte Erfolg sei nicht eingetreten (Abgrenzung zu BGHZ 134, 152).**

BGH, Urteil vom 4.11.1998 – IV ZR 327/97 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger nimmt den beklagten Notar auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung in Anspruch.

Im gemeinschaftlichen Testament seiner Eltern vom 17.10.1959 war der Kläger als Alleinerbe nach dem Längstlebenden eingesetzt worden. Seiner Schwester hatten die Eltern lediglich ein Vermächtnis in Höhe ihres Pflichtteils zugedacht. Die Kinder des Klägers waren ausdrücklich als dessen Ersatzerben berufen worden. Der Vater starb 1971. Die Mutter errichtete am 17.10.1989 zur Niederschrift des Beklagten ein Testament, in dem sie unter Widerruf aller bisherigen Verfügungen den Kläger nur zur Hälfte als Erben bestimmte; die andere Hälfte sollten die fünf Kinder der inzwischen verstorbenen Schwester des Klägers erben. Die Mutter behielt sich jede beliebige Änderung des Testaments ohne Zustimmung des Klägers oder ihrer Enkelkinder in der Niederschrift vor. An deren Ende beurkundete der Notar die Erklärung des Klägers, er befreie seine Mutter von den Bindungen des gemeinschaftlichen Testaments der Eltern, verzichte auf die ihm darin zugedachte Erbschaft und stimme den vorstehenden Verfügungen seiner Mutter in allen Teilen zu. Diesen Verzicht nahm die Mutter an. Sie starb am 20.11.1992.

Im Erbscheinsverfahren nach der Mutter vertrat das Nachlaßgericht die Ansicht, der Zuwendungsverzicht des Klägers sei wirksam, aber aufgrund des bindenden gemeinschaftlichen Testaments der Eltern

seien seine Kinder im Wege der Ersatzerbfolge Erben der Mutter geworden. Daraufhin nahm der Kläger seinen Erbscheinsantrag zurück. Er macht geltend, der Beklagte habe die Ersatzerbenklausel des gemeinschaftlichen Testaments übersehen, an der die von der Mutter gewünschte Testierfreiheit scheitere. Nachdem seine Kinder den Nachlaß, der im wesentlichen aus zwei Grundstücken besteht, verwertet und teilweise verbraucht hätten, müsse er damit rechnen, daß er jedenfalls Ansprüche gegen sie in Höhe von 100.000 DM nicht durchsetzen könne. Diesen Schaden habe der Beklagte zu ersetzen.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgte der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### Aus den Gründen:

1. (...)

2. Das Berufungsgericht hält die Verzichtserklärung des Klägers mit Recht nicht für anfechtbar wegen seines Irrtums, daß sich die Erbfolge nach der Mutter schon aufgrund seines Verzichts nunmehr aus ihrem Testament vom 17.10.1989 ergebe. Dieser Irrtum betraf nicht den vom Kläger gewollten und irrumsfrei erklärten Zuwendungsverzicht selbst, sondern lediglich eine Nebenfolge (dazu vgl. BGH, Urteil vom 15.12.1994 – IX ZR 252/93 – NJW 1995, 1484, 1485 unter II. 2. c); BGHZ 134, 152, 156).

3. Das Berufungsgericht hält den Zuwendungsverzicht des Klägers jedoch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage für unwirksam. Seiner Verzichtserklärung habe die gemeinsame Vorstellung des Klägers und seiner Mutter zugrunde gelegen, deren Testierfreiheit sei schon durch die Verzichtserklärung des Klägers wiederhergestellt worden. Da dies nicht zutraf, müsse das Rechtsgeschäft an die veränderten Verhältnisse angepaßt werden. Damit sich eine Anpassung nicht zu Lasten Dritter, nämlich der Ersatzerben, auswirke, müsse der Zuwendungsverzicht als von vornherein unwirksam angesehen werden, so daß die Kinder des Klägers nie Erben geworden seien, sondern an ihrer Stelle der Kläger allein.

a) Dem hält die Revision mit Recht entgegen, im Zusammenhang seiner Ausführungen zu § 139 BGB habe das Berufungsgericht im Gegenteil festgestellt, daß der Kläger den Verzicht auch dann aufrecht erhalten hätte, wenn ihm die bindende Wirkung der Ersatzerbenberufung im Ehegattentestament vom 17.10.1959 bekannt gewesen wäre. Daß es weiterer Zuwendungsverzichte dieser Ersatzerben bedürft hätte, um die Testierfreiheit der Mutter wiederherzustellen, berühre also die Geschäftsgrundlage des vom Kläger erklärten Zuwendungsverzichts nicht.

b) Jedenfalls kann die mit dem Erbfall eingetretene, durch den Zuwendungsverzicht des Klägers mitbestimmte Erbfolge nachträglich nicht mehr mit der Behauptung außer Kraft gesetzt werden, die Geschäftsgrundlage für den Verzicht habe gefehlt oder sei entfallen.

Eine Aufhebung des Verzichts entsprechend § 2351 BGB wäre nach dem Tod der Erblasserin nicht mehr möglich gewesen (§§ 2352 Satz 3, 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das gleiche Ziel kann nicht durch eine Rückabwicklung des Verzichtsvertrages auf der Grundlage von § 242 BGB erreicht werden, wenn das Fehlen oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage erst nach Eintritt des Erbfalls geltend gemacht werden. Dem stehen gewichtige Belange der Rechtssicherheit entgegen. Die Erbfolge muß mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen und darf grundsätzlich nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden können (BGH,

Urteil vom 7.12.1977 – IV ZR 20/76 – NJW 1978, 1159 unter 2. a) [= MittBayNot 1978, 111]; BGHZ 134, 60, 63). Insbesondere im Interesse der Nachlaßgläubiger und aller an der Erbauseinandersetzung Beteiligten bedarf es einer verlässlichen Beurteilungsgrundlage für die mit dem Erbfall ein tretende Erbfolge.

Die genannten Gesichtspunkte der Rechtssicherheit würden auch einem erst nach dem Erbfall erhobenen Begehren entgegenstehen, einen Erb- oder Zuwendungsverzicht wegen Verfehlung des mit diesem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges gemäß § 812 BGB aufzuheben (so aber *H.P. Westermann*, Störungen bei vorweggenommener Erbfolge, Festschrift Kellermann 1991, 505, 524 ff.). Ob auch eine Anfechtung eines Erb- oder Zuwendungsverzichts aus Gründen der Rechtssicherheit nach Eintritt des Erbfalls ausgeschlossen ist, wie das Berufungsgericht im Hinblick auf § 119 Abs. 1 BGB angenommen hat und wie es auch für § 123 BGB vertreten wird (OLG Koblenz NJW-RR 1993, 708, 709 unter 4. [= DNotZ 1993, 828]; Schleswig-Holsteinisches OLG ZEV 1998, 28, 30 unter 2. a) , bb); beide m.w.N.), bedarf hier nicht der Entscheidung.

Die Interessen der Rechtssicherheit stehen der Vertragsanpassung allerdings nicht entgegen, soweit es nicht um die Erbfolge selbst geht, sondern um den etwa als Rechtsgrund eines Erb- oder Zuwendungsverzichts abgeschlossenen Abfindungsvertrag (dazu BGHZ 134, 152 = ZEV 1997, 69 m.Anm. *Edenfeld* = JZ 1998, 141 m.Anm. *Kuchinke*; ferner BGHZ 113, 310, 314). Dem durch das Rechtsgeschäft mit dem Erblasser übervorteilten Vertragspartner können also zum Ausgleich seiner Vermögensnachteile Ansprüche gegen den Nachlaß zuzubilligen sein. Dem unbestrittenen Vortrag des Klägers folgend stellt das Berufungsgericht im vorliegenden Fall indessen fest, daß der Kläger für seinen Zuwendungsverzicht keinen anderen Anlaß hatte als die von seiner Mutter gewünschte Wiederherstellung ihrer Testierfreiheit. Insbesondere wurde ihm für diesen Verzicht keine Abfindung zugewandt oder versprochen. Auf seine Erbaussichten legte der Kläger demnach keinen Wert. Dann aber kommt ein materieller Ausgleich nicht in Betracht.

II. 1. Danach ist der Zuwendungsverzicht des Klägers nach wie vor wirksam, wie auch die Nachlaßgerichte im Erbscheinsverfahren angenommen haben. Mithin ist entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ein Schadensersatzanspruch des Klägers nicht etwa deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil der Zuwendungsverzicht des Klägers ohnehin für die Erbfolge unbeachtlich wäre.

Dem Anspruch des Klägers steht auch nicht entgegen, daß er das Ergebnis des Erbscheinsverfahrens nicht durch Gebrauch eines Rechtsmittels zu korrigieren versucht hat (§§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, 839 Abs. 3 BGB). Ebenso wenig ist eine anderweite Ersatzmöglichkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) gegenüber dem Rechtsanwalt gegeben, der den Kläger im Erbscheinsverfahren vertreten hat. Da der Zuwendungsverzicht auch nicht aufgrund eines Abfindungsvertrages erklärt worden ist, der einer Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugänglich wäre, kommt auch keine anderweite Ersatzmöglichkeit gegenüber dem Nachlaß in Betracht.

2. Fraglich erscheint indessen, ob der unterbliebene Hinweis des Beklagten auf die Ersatzerbenklausel überhaupt für die Erklärung des Zuwendungsverzichts ursächlich geworden ist. Das Berufungsgericht nimmt im Zusammenhang seiner Aus-

fürhungen zu § 139 BGB an, daß der Kläger den Zuwendungsverzicht auch dann erklärt hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß das Testament seiner Mutter vom 17.10.1989 wegen der bindend gewordenen Ersatzerbenberufung noch keine Wirkung entfalten konnte. Ferner stellt das Berufungsgericht bei seiner Auslegung des Zuwendungsverzichts im Hinblick auf eine rechtsgeschäftliche Bedingung fest, daß der Kläger den uneingeschränkten Verzicht erklärt hat, obwohl er wußte, daß sich die Mutter jede beliebige Änderung ihres Testaments vom 17.10.1989 auch ohne seine Zustimmung und die ihrer Enkelkinder ausdrücklich vorbehalten hatte. Der Beklagte hat schon in der Berufungserwiderung die Auffassung vertreten, der Kläger habe in jedem Falle auf die Zuwendung aus dem Ehegattentestament seiner Eltern verzichten wollen. Das wird das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache aufzuklären haben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß grundsätzlich der Geschädigte zu beweisen hat, daß ihm durch die Amtspflichtverletzung ein Schaden entstanden ist (BGH, Urteil vom 3.3.1983 – III ZR, 34/82 NJW 1983, 2241, 2242).

---

12. BGB § 119, § 1954, § 2308; FGG § 20 Abs. 2 (*Zur Anfechtbarkeit der ausdrücklichen Annahme einer mit einem Vermächtnis beschwerten Erbschaft*)

- 1. Hebt das Landgericht einen Vorbescheid des Nachlaßgerichts auf, kann gegen diese Entscheidung nur derjenige weitere Beschwerde einlegen, mit dem Ziel der Wiederherstellung des Vorbescheids einlegen, der den im Vorbescheid angeklündigten Erbschein beantragt hat oder hätte beantragen können.**
- 2. Ein pflichtteilsberechtigter Erbe kann seine ausdrückliche Annahme der mit einem Vermächtnis beschwerten Erbschaft nicht mit der Begründung anfechten, er habe angenommen, die Erfüllung des Vermächtnisses bis zur Höhe seines Pflichtteils verweigern zu können, und deshalb von einer Ausschlagung abgesehen.**

BayObLG, Beschluß vom 28.4.1998 – 1Z BR 26/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Erblasserin ist im Alter von 46 Jahren verstorben. Aus ihrer geschiedenen Ehe stammen zwei Kinder, die Tochter A (Beteiligte zu 1) und der Sohn B (Beteiligter zu 5). Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die ehelichen Kinder der Tochter. Der Nachlaß besteht im wesentlichen aus einem Hausgrundstück im Wert von ca. 1 Million DM sowie verschiedenen Guthaben und Wertpapieren im Wert von ca. 250.000 DM.

Für die Erbfolge ist ein notarielles Testament vom 11.3.1992 maßgebend. Darin hat die Erblasserin ihre beiden Kinder zu Miterben zu gleichen Teilen berufen, zu Ersatzerben jeweils deren Abkömmlinge gemäß den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Außerdem hat sie ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 5, zusätzlich zu dessen Erbeil und ohne Anrechnung hierauf das Hausgrundstück vermacht.

In der Nachlaßverhandlung am 25.3.1997 haben die Beteiligten zu 1 und 5 die Erbschaft angenommen. Am 17.6.1997 hat die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Nachlaßgericht die Annahme der Erbschaft angefochten. Sie sei davon ausgegangen, daß sie die Erfüllung des Vermächtnisses verweigern könne, soweit sie weniger als ihren Pflichtteil erhalte. Erst am 9.5.1997 habe sie durch ihren Rechtsanwalt erfahren, daß sie sich insoweit geirrt und ihren Erbeil mit allen Beschwerden angenommen habe mit der Folge, daß sie weniger erhalte als ihren Pflichtteil. Das ihr insoweit vor der Annahme offenstehende Wahlrecht (Annahme mit Beschwerden oder Ausschla-

gung, aber Pflichtteil) sei ihr nicht bewußt gewesen. Infolge der Anfechtung seien nunmehr ihre drei Kinder an ihrer Stelle zu Erben berufen. Gleichzeitig erklärte die Beteiligte zu 1, auch in Vollmacht für ihren Ehemann, für ihre Kinder die Annahme der Erbschaft und beantragte einen Erbschein, wonach die Erblasserin von dem Beteiligten zu 5 zu 1/2 von den Beteiligten zu 2 bis 4 zu je 1/6 beerbt worden sei.

Das Nachlaßgericht hat die Erteilung eines Erbscheins entsprechend diesem Antrag angekündigt. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 5 hat das Landgericht diesen Vorbescheid aufgehoben. Mit nicht unterzeichnetem Schriftsatz vom 28.1.1998 haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 in deren Namen und Auftrag weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts eingelegt. Nach einem Hinweis auf Zweifel an der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels haben sie in einem weiteren Schriftsatz vom 12.3.1998 namens und im Auftrag der Beteiligten zu 2 bis 4 weitere Beschwerde eingelegt. Erklärungen zu dem früheren Rechtsmittel wurden nicht abgegeben. Die Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 vom 28.1.1998 ist unzulässig und daher zu verwerfen. Es ist nicht in der gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 FGG gebotene Form eingelegt, da die Beschwerdeschrift nicht von einem Rechtsanwalt unterzeichnet ist. Im übrigen fehlt der Beteiligten zu 1 die Beschwerdeberechtigung (§ 29 Abs. 4 i.V.m. § 20 FGG). Das Landgericht hat den Vorbescheid des Nachlaßgerichts, in dem ein Erbschein zugunsten der Beteiligten zu 2 bis 5 angekündigt ist, aufgehoben. Gegen diese Entscheidung ist zwar die weitere Beschwerde statthaft mit dem Ziel, die Aufhebung des Vorbescheids zu beseitigen und damit die Entscheidung des Nachlaßgerichts wiederherzustellen (BayObLGZ 1996, 69/72).

Die Beteiligte zu 1 ist aber nicht beschwerdeberechtigt. Denn das Rechtsmittel steht nur denjenigen zu, die den dem Vorbescheid zugrundeliegenden Antrag gestellt haben oder hätten stellen können (§ 29 Abs. 4 i.V.m. § 20 Abs. 2 FGG; vgl. zur letztgenannten Möglichkeit BayObLG FamRZ 1992, 862/863 und *Keidel/Kahl* FGG 13. Aufl. § 20 Rdnr. 51). § 20 Abs. 2 FGG gilt auch für die Anfechtung von Zwischenentscheidungen, soweit diese einer Zurückweisung des Antrags gleichkommen (*Keidel/Kahl* Rdnr. 48, *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 7. Aufl. Rdnr. 13, jeweils zu § 20 FGG). Der Vorbescheid ist eine solche Zwischenentscheidung (vgl. BayObLGZ 1981, 69/70). Da er gleichsam an die Stelle der abschließenden Entscheidung tritt (BayObLGZ 1994, 73/76 und 1995, 79/83), kommt eine den Vorbescheid aufhebende Beschwerdeentscheidung jedenfalls dann der Zurückweisung des zugrundeliegenden Erbscheinsantrags gleich, wenn das Beschwerdegericht für das Nachlaßgericht bindend (vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 1988, 315) die dem Antrag zugrundeliegende Erbentstellung verneint. So liegt es hier. Das Landgericht hat ausgesprochen, daß die Anfechtung der Erbschaftsannahme, welche die Beteiligte zu 1 erklärt hat, nicht durchgreift und deshalb die Beteiligten zu 2 bis 4 nicht Erben sind. Gegen diese Entscheidung steht der Beteiligten zu 1 kein Beschwerderecht zu, weil sie nicht berechtigt ist, einen entsprechenden Antrag zu stellen.

2. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2 bis 4 ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Das Rechtsmittel ist statthaft (vgl. oben 1). Daß die Entscheidung den Rechtsbeschwerdeführern bisher nicht bekanntgegeben worden ist, schadet nicht. Denn sie ist ab ihrem Erlaß, d.h. ab der Hinausgabe an die Beteiligten zu 1 und 5 anfechtbar (*Keidel/Kahl* § 19 Rdnr. 51). Die Beteiligten zu 2

bis 4 sind als Antragsteller gemäß § 29 Abs. 4 i.V.m. § 20 Abs. 1 und 2 FGG beschwerdeberechtigt (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 862/863) und durch ihre Eltern wirksam vertreten (§ 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Eltern sind nicht gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Vertretung im Erbscheinsverfahren ausgeschlossen. Zwar ist die Mutter, die Beteiligte zu 1, ebenfalls am Erbscheinsverfahren beteiligt. Dieses Verfahren ist jedoch kein Rechtsstreit gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB, die Vorschrift ist auch nicht entsprechend anwendbar (BayObLGZ 1961, 277/281 f.). Ein Fall des § 181 BGB i.V.m. § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 BGB liegt nicht vor.

b) Das Landgericht hat die Erstbeschwerde für zulässig erachtet, insbesondere die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 5 bejaht, obwohl dessen Erbquote durch den Vorbescheid nicht in Frage gestellt werde. Die Beschwerde sei auch begründet, da die Beteiligte zu 1 die von ihr erklärte Annahme der Erbschaft nicht wirksam gemäß § 119 BGB angefochten habe. Soweit sie ihr Ausschlagungsrecht nicht gekannt habe, handle es sich um einen unbeachtlichen Rechtsirrtum. Soweit sie die pflichtteilsrechtlichen Folgen der Annahme verkannt habe, liege ein Motivirrtum vor, der ebenfalls nicht zur Anfechtung berechtige.

c) Die Entscheidung des Landgerichts hält jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO) stand.

aa) Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten zu 5 zu Recht für zulässig erachtet (zur Überprüfung dieser Frage im Rechtsbeschwerdeverfahren vgl. BayObLGZ 1993, 389/391 und *Keidel/Kuntze* § 27 Rdnr. 15). Dessen Beschwerdeberechtigung war schon deshalb gegeben, weil nach seiner Ansicht die falschen Miterben ausgewiesen werden sollten (vgl. BayObLG Rpflegef 1975, 26).

bb) Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind als Antragsteller und durch den Vorbescheid begünstigte (Ersatz-)Erben am vorliegenden Erbscheinsverfahren materiell beteiligt (vgl. BayObLGZ 1966, 49/65 und FamRZ 1997, 218). Gleichwohl hat sie das Landgericht jedenfalls formal nicht am Verfahren beteiligt und ihnen auch die Beschwerdeentscheidung nicht mitgeteilt. Dieser Mangel führt jedoch nicht zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung. Denn es ist davon auszugehen, daß die Beteiligten zu 2 bis 4 durch ihre Mutter, die Beteiligte zu 1, jedenfalls der Sache nach im Beschwerdeverfahren vertreten wurden. Die Mutter hatte vor dem Nachlaßgericht den Erbscheinsantrag für die Beteiligten zu 2 bis 4 gestellt und dabei zugleich in Vollmacht für ihren Ehemann als gesetzliche Vertreterin der Kinder gehandelt. (*wird ausgeführt*) Sie war von der Vertretung der Kinder nicht gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1795 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, § 181 BGB ausgeschlossen (vgl. oben a). Eine Entziehung der Vertretungsmacht gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 1796 BGB ist nicht erfolgt und war mangels Interessengegensatzes auch nicht geboten. Daher kann angenommen werden, daß die Beteiligte zu 1 ihre Kinder auch im Beschwerdeverfahren vertreten wollte, selbst wenn dies in den Verfügungen sowie in dem Beschluß des Landgerichts nicht zum Ausdruck kommt. Damit scheidet eine Anwendung des § 551 Nr. 5 ZPO (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1997, 218) ebenso aus wie eine Aufhebung der Beschwerdeentscheidung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Auf eine solche Verletzung haben sich die Beteiligten zu 2 bis 4 im Rechtsbeschwerdeverfahren auch nicht berufen (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 685/686).

cc) In der Sache hat das Landgericht zutreffend angenommen, daß die Beteiligte zu 1 die Annahme der Erbschaft nicht wirksam angefochten hat. Die Beteiligte zu 1 ist daher auf der Grundlage der durch das Landgericht getroffenen, für den Senat bindenden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 561 Abs. 2 ZPO) Feststellungen selbst Erbin geworden. Der Vorbescheid zugunsten einer Erbenstellung der Beteiligten zu 2 bis 4 konnte keinen Bestand haben.

(1) Die Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums richtet sich nach § 119 BGB (BayObLG NJW 1995, 904/906, m.w.N.). Für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung enthalten die §§ 1954, 1955, 1957 BGB Sonderregeln, die jedoch die Anfechtungsgründe nicht erweitern (*Palandt/Edenhofer* BGB 57. Aufl. § 1954 Rdnr. 1). Die Ausübung des Anfechtungsrechts und die Auswahl unter den Anfechtungsgründen obliegt dem Anfechtungsberechtigten. Die Ermittlungspflicht der Tatsacheninstanzen beschränkt sich im Erbscheinsverfahren auf die Prüfung der geltend gemachten Gründe (vgl. BayObLG FamRZ 1994, 848/849 m.w.N.).

(2) Die Beteiligte zu 1 ist testamentarisch zur Erbin zu 1/2 eingesetzt. Der Nachlaß ist mit einem Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) zugunsten ihres Bruders, des Beteiligten zu 5, belastet. Der Wert dieses Vermächtnisses beläuft sich auf mehr als 3/4 des Gesamtnachlaßwertes. Als Abkömmling, dem ein Pflichtteil in Höhe von 1/4 des Nachlaßwertes zusteht (§ 2303 Abs. 1 i.V.m. § 1924 Abs. 1 und 4 BGB), hätte die Beteiligte zu 1 daher die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen können (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB).

(3) Die Beteiligte zu 1 hat ihre Anfechtung damit begründet, daß sie bei Annahme der Erbschaft irrig (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2318 Rdnr. 5) davon ausgegangen sei, sie könne die Erfüllung des Vorausvermächtnisses zugunsten des Beteiligten zu 5 verweigern, soweit sie durch dessen Erfüllung weniger als ihren Pflichtteil erhalte. Jedenfalls habe sie nicht erfaßt, daß sie die Erbschaft mit allen Beschwerden einschließlich des Vermächtnisses angenommen habe und sei davon ausgegangen, daß sie auch bei Annahme der Erbschaft nicht weniger erhalten werde als ihren Pflichtteil. Die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen und dafür den Pflichtteil zu erlangen, sei ihr nicht bewußt gewesen.

(4) Diese Gründe berechtigen nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht zur Anfechtung einer wie hier ausdrücklich erklärten Annahme.

(a) Ein Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alternative 2 BGB) scheidet aus. Die Beteiligte zu 1 hat die Erbschaft ausdrücklich und bewußt angenommen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß sie etwas anderes als die Annahme der Erbschaft erklären wollte (vgl. BayObLGZ 1987, 356/358).

(b) Auch ein Irrtum über den Inhalt der Annahmeerklärung (§ 119 Abs. 1 Alternative 1 BGB) liegt nicht vor. Die von der Beteiligten zu 1 vorgebrachten Fehlvorstellungen beziehen sich darauf, daß die von ihr abgegebene Erklärung andere Rechtsfolgen hervorgebracht hat als von ihr beabsichtigt. Ein solcher Irrtum über Rechtsfolgen kann zwar grundsätzlich einen Inhaltsirrtum darstellen. Voraussetzung ist jedoch, daß die angefochtene Willenserklärung nicht die erstrebten, sondern davon wesentlich verschiedene Rechtsfolgen erzeugt; dagegen genügt es nicht, wenn sie außer der erstrebten Wirkung zusätzlich weitere, nicht erkannte und nicht gewollte Nebenwirkungen hat (*Palandt/Heinrichs* § 119 Rdnr. 15 m.w.N.; OLG Hamm Rpfleger 1981, 402/403). Die von der Erblasserin unmittelbar angestrebte Rechtsfolge lag darin, die Stellung als Erbin ihrer Mutter anzunehmen. Die Fehlvorstel-

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

lungen beziehen sich nicht darauf, daß die Beteiligte zu 1 diese unmittelbar beabsichtigte Wirkung ihrer Erklärung falsch eingeschätzt hat, sondern nur auf die mittelbaren Rechtsfolgen dieser Erklärung (Möglichkeit der Verweigerung der Vermächtniserfüllung bis zur Pflichtteilsgrenze; Verlust des Wahlrechts gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es handelt sich dabei um einen bloßen Motivirrtum über Nebenwirkungen, der unbeachtlich ist (vgl. BayObLGZ 1987, 356/359 und NJW-RR 1995, 904/906). Die in der Rechtsbeschwerde erwähnte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Rpfleger 1981, 402) betrifft einen anders gelagerten Sachverhalt.

(c) Auch ein dem Inhaltsirrtum gleichgestellter Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB) ist nicht gegeben. Die Beteiligte zu 1 hat sich nicht über Eigenschaften des Nachlasses geirrt. In der Nachlaßverhandlung, in der sie die Annahmeerklärung abgegeben hat, war der Umfang des Nachlasses erörtert worden. Auch über den Wert des Vorausvermächtnisses war sie unterrichtet, nachdem zu diesem Zeitpunkt bereits ein Nachlaßverzeichnis vorlag. Ihre Fehlvorstellungen bezogen sich nicht auf Inhalt, Umfang und Zusammensetzung des Nachlasses selbst und damit nicht auf dessen Eigenschaften, sondern auf die rechtlichen Möglichkeiten, die ihr zur Verfügung standen, den Wert ihres Pflichtteilsanspruchs für sich zu erhalten. Darin liegt kein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses (BayObLG NJW-RR 1995, 904/906 m.w.N.), selbst wenn die Beteiligte zu 1 den Wert des gesamten Nachlasses oder einzelner Nachlaßteile falsch eingeschätzt haben sollte (MünchKomm/Leipold BGB 3. Aufl. § 1954 Rdnr. 7 und BGB-RGRK/Johannsen 12. Aufl. § 1954 Rdnr. 3). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob die Beteiligte zu 1 allgemein damit gerechnet hat, der neben dem Grundstück vorhandene Nachlaß werde ausreichen, ihre Pflichtteilsansprüche zu sichern.

(4) Soweit sich aus dem Vermerk des Rechtspflegers, den dieser nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung am 2.2.1998 niedergelegt hat, neue tatsächliche Umstände über den Ablauf der Nachlaßverhandlung ergeben, kann der Senat diese im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigen. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß sich durch eine Anhörung des Rechtspflegers wesentliche über die zur Nachlaßverhandlung gefertigte Niederschrift hinausgehende Erkenntnisse für die Beurteilung der Erbenstellung der Beteiligten zu 1 gewinnen ließen. Das Landgericht hat daher seine Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts (§ 2358 Abs. 2 BGB, § 12 FGG) nicht verletzt. Lediglich vorsorglich weist der Senat für das weitere Verfahren auf folgendes hin:

Die Darlegungen des Rechtspflegers bestätigen im wesentlichen nur, daß die Beteiligte zu 1 bei Abgabe der Annahmeerklärung keinem Irrtum unterlag. Es wird jedoch zu prüfen sein, ob die Beteiligte zu 1 ihre Erklärung etwa unter der Bedingung abgegeben hat, ihr werde bei der Erbaueinandersetzung jedenfalls ihr Pflichtteil belassen werden. In diesem Fall wäre die Erklärung im Hinblick auf § 1947 BGB unwirksam. Läßt sich ein solcher Inhalt der Erklärung aber nicht feststellen, könnte sich eine Übereinkunft zwischen den Beteiligten zu 1 und 5 über den Pflichtteilsanspruch der Beteiligten zu 1, wie sie in der Nachlaßverhandlung möglicherweise zustande gekommen ist, als vertragliche Verpflichtung des Beteiligten zu 5 zu einem entsprechenden Verhalten in der Erbaueinandersetzung darstellen. Dies wäre allerdings für die Erbenstellung und damit für das Erbscheinsverfahren ohne Belang.

13. BGB § 705 (*Kompetenz des Gesellschafters für Grundlagenentscheidungen nach Bestellung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteil*)

**Die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, wird ihm durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Gesellschaftsanteil grundsätzlich nicht genommen.**

BGH, Urteil vom 9.11.1998 – II ZR 213/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

### *Aus den Tatbestand:*

Die Beklagte und ihre Schwester M. K. waren in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümerinnen des Wohn- und Gewerbeanwesens Ko.straße 46 in Kr. Am 10.8.1990 gründeten sie unter der Bezeichnung „Grundstücksgemeinschaft K.“ eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck es ist, das Grundstück zu verwalten und zu vermieten. Die Geschäftsführung wurde der Beklagten übertragen. § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages enthält einen Katalog von Maßnahmen und Geschäften, für welche die Beklagte nur gemeinsam mit ihrer Schwester geschäftsführungsbefugt war.

M. K. verstarb am 25.6.1994. Sie wurde aufgrund ihres Testaments von den Söhnen ihrer Schwester, Kl. R. und H. R. (dem Kläger), beerbt. Diese bewilligten gemäß dem testamentarischen Vermächtnis von M. K. zu Gunsten der Beklagten einen Nießbrauch auf Lebenszeit, der auch den von ihnen geerbten Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts umfaßte und am 4.4.1995 in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte als geschäftsführende Gesellschafterin berechtigt ist, den Rechnungsabschluß für das Jahr 1994 allein festzustellen, und ob die in § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages enthaltenen gemeinsamen Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafter durch die Bestellung des Nießbrauchs auf die Beklagte übergegangen sind. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Zustimmung der Mitgesellschafter Kl. R. und H. R. handelnd in ungeteilter Erbengemeinschaft, zu dem Rechnungsabschluß der Grundstücksgemeinschaft K. zum 31.12.1994 einzuholen. Ferner hat er beantragt festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Einwilligung der Mitgesellschafter Kl. R. und H. R., handelnd in ungeteilter Erbengemeinschaft, zu allen Maßnahmen und Rechtsgeschäften einzuholen, wie sie in § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages der Grundstücksgemeinschaft K. vom 10.8.1990 aufgeführt sind. Das Landgericht hat festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet sei, die Zustimmung der Mitgesellschafter – jeweils handelnd in ungeteilter Erbengemeinschaft – zu dem Rechnungsabschluß der Grundstücksgemeinschaft K. zum 31.12.1994 und deren Einwilligung zu allen Maßnahmen und Rechtsgeschäften einzuholen, wie sie in § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 10.8.1990 aufgeführt sind. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### *Aus den Gründen:*

I. Die Brüder Kl. und H. R. sind durch die testamentarische Erbfolge nicht Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in ungeteilter Erbengemeinschaft, sondern jeder für sich geworden. Die einem verstorbenen Mitglied einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kraft seines Testaments in seine Gesellschafterstellung folgenden Erben bilden insoweit keine ungeteilte Erbengemeinschaft, sondern sind Einzelnachfolger des Erblassers (vgl. BGHZ 22, 186, 191 ff.; 68, 225, 237; 91, 132, 135; 98, 48, 50 f. [= MittBayNot 1986, 190]; 108, 187, 192 f. [= MittBayNot 1989, 323]; BGH, Beschl. v. 10.1.1996 – IV ZB 21/94, NJW 1996, 1284, 1285 = WM 1996, 681, 683).

II. Der Kläger hat – entgegen den Darlegungen der Revisions-erwiderung – ein rechtliches Interesse an den von ihm be-gehrten Feststellungen (§ 256 Abs. 1 ZPO).

Ein Nießbrauch an dem Anteil einer Personengesellschaft ist rechtlich möglich (BGHZ 58, 316 ff.; vgl. auch BFH, Urt. v. 1.3.1994 – VIII R 35/92, NJW 1995, 1818, 1819 m.w.N.). Die mit ihm verbundene dingliche Berechtigung kommt im Falle des Anteilsnießbrauchs darin zum Ausdruck, daß dem Nießbraucher die Rechte aus dem Nießbrauch nicht nur gegen den Besteller, sondern auch gegen die Mitgesellschafter des Bestellers zustehen (vgl. *Staub/Ulmer*, HGB, 4. Aufl., § 105 Rdnr. 114). Umgekehrt kann der einzelne Gesellschafter seine Gesellschafterrechte gegen den Nießbraucher geltend machen, ohne daß es dazu der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedürfte. Besteht zwischen einem Gesellschafter und dem Nießbraucher, der im Einzelfall gleichzeitig auch Mitgesellschafter sein kann, Streit über den Inhalt und Umfang der Rechte des Nießbrauchers, hat daher jeder von beiden ein rechtliches Interesse daran, diese Frage in einem Feststellungsprozeß zu klären.

III. Ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft liegt nicht vor. Es handelt sich nicht – wie das Berufungsgericht annimmt – um einen Prozeß, der nur zwischen allen Gesellschaftern geführt werden könnte.

1. Dem Feststellungsbegehren des Klägers liegt die Rechtsmeinung zugrunde, die Gesellschafter hätten einen Anspruch darauf, daß die Beklagte ihre Zustimmung zu den Rechnungsabschlüssen der Gesellschaft und zu Rechtsgeschäften im Sinne des § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages einholt. Dieser Streit berührt das Gesellschaftsverhältnis unmittelbar. Derartige Prozesse sind nicht zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, sondern zwischen diesen auszutragen (vgl. Sen.Urt. v. 6.11.1989 – II ZR 302/88, WM 1990, 309 m.w.N.). Dabei sind mehrere auf der Kläger- oder der Beklagten- seite beteiligte Gesellschafter keine notwendigen Streitgenossen (vgl. BGHZ 30, 195 197 f.).

2. Hieran ändert sich nichts, soweit es um die Zustimmung zu dem Rechnungsabschluß geht. Zwar ist für diesen Feststellungsbeschluß Einstimmigkeit erforderlich, wenn – wie hier – der Gesellschaftsvertrag keine Mehrheitsklausel für Grundlagengeschäfte enthält (vgl. Sen.Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/941 WM 1996, 772, 776 f. [= MittBayNot 1996, 320 (nur Leitsatz)]). Besteht Streit zwischen den Gesellschaftern, so hat der Senat erwogen, ob auf der Aktiv- und Passivseite eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, diese Frage aber letztlich offengelassen (Sen.Urt. v. 10.10.1983 – II ZR 181/82, WM 1983, 1279 f.). Sie bedarf weiterhin keiner abschließenden Entscheidung. Jeder Gesellschafter kann die Zustimmung zu dem Rechnungsabschluß für sich und unabhängig von dem Verhalten der anderen Gesellschafter erklären. Dementsprechend kann die Beklagte die Zustimmung des Klägers getrennt von der seines Bruders einholen; der Kläger hat umgekehrt einen ihm allein zustehenden Anspruch gegen die Beklagte.

IV. Die Klage erweist sich auch im übrigen als begründet.

1. Der Nießbraucher erhält ein dingliches Nutzungsrecht, wird aber nicht Gesellschafter. Ist er selber Mitglied der Personengesellschaft, so wird seine Gesellschafterstellung durch die Rechte und Pflichten aus dem ihm eingeräumten Nießbrauch angereichert. Inhalt seines Nutzungsrechts sind vor allem die Früchte der Mitgliedschaft (§ 100 BGB). Inwieweit dem Nießbraucher auch Verwaltungsrechte zustehen können (vgl. dazu näher *Schön*, ZHR 158, 229, 260 ff.), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn jeden-

falls die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, wird ihm durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Anteil grundsätzlich nicht genommen (vgl. *Münch.Komm.-Ulmer*, BGB, 3. Aufl., § 705 Rdnr. 83; *Westermann*, Hb. der Personengesellschaften I 681 m.w.N.). Der Kläger hat deshalb einen Anspruch darauf, daß die Beklagte seine Zustimmung zum Jahresabschluß 1994 und zu allen Maßnahmen und Rechtsgeschäften im Sinne des § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 10.8.1990 einholt.

a) Der Anspruch des Gesellschafters auf Mitwirkung beim Rechnungsabschluß gehört zu den Verwaltungsrechten, welche die Substanz der Mitgliedschaft berühren (vgl. *Ulmer* a.a.O. § 721 Rdnr. 4 m.w.N.). Die Feststellung des Jahresabschlusses ist Sache der Gesellschafter, was § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 10.8.1990 ausdrücklich bekräftigt. Dieser Anspruch wird von einem Nießbrauch grundsätzlich nicht erfaßt.

b) Anders als die Feststellung des Jahresabschlusses sind die in § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages aufgeführten Rechtsgeschäfte, für welche eine gemeinsame Geschäftsführungsbefugnis der Gründergesellschaften vorgesehen ist, zwar ihrer Natur nach keine Grundlagengeschäfte, sondern Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung. Die Gründergesellschaften haben sie jedoch wegen ihrer besonderen Bedeutung und potentiellen Gefährlichkeit für die wirtschaftliche Substanz der Beteiligungen in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich aus den laufenden, von der Geschäftsführerin allein zu erledigenden Angelegenheiten herausgelöst und den gemeinsam zu entscheidenden Grundlagengeschäften zugeordnet. Auch sie werden deshalb von einem Nießbrauch am Gesellschaftsanteil nicht erfaßt (vgl. dazu auch *Ulmer* a.a.O. § 709 Rdnr. 11).

2. Ob derartige Gesellschafterrechte durch ausdrückliche Anordnung auf den Nießbraucher übertragen werden könnten, kann dahingestellt bleiben. Eine solche ausdrückliche Anordnung ist im vorliegenden Fall nicht feststellbar. Mit der testamentarischen Verfügung „Meiner Schwester Ma. vermache ich die lebenslängliche Nutznießung an meinem Nachlaß“, hat M. K. den Nießbrauch in dem Umfang eingeräumt, den das Gesetz vorsieht. Darüber hinausgehende Rechte haben der Kläger und sein Bruder nicht auf die Beklagte übertragen; sie waren dazu auch nicht verpflichtet.

---

14. HGB §§ 18, 37 (*Unzulässiges Führen des Namenszusatzes „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ durch eine BGB-Gesellschaft*)

**1. Gegen eine BGB-Gesellschaft von Freiberuflern (hier Sozietät aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern) darf das Registergericht einschreiten, wenn der Name der Sozietät, insbesondere sein Rechtsformzusatz, geeignet ist, über die Rechtsform der Gesellschaft irrezuführen.**

**2. Eine Sozietät aus Freiberuflern darf in ihre Namensbezeichnung nicht die Zusätze „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ oder „GbRmbH“ aufnehmen.**

BayObLG, Beschluß vom 24.9.1998 – 3Z 58/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

Das Amtsgericht – Rechtspfleger – hat am 28.3.1996 gegen eine Sozietät von Steuerberatern, Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, die sich in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen haben, folgende Androhungsvorfügung erlassen:

„Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird aufgefordert, innerhalb einer Frist von 3 Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Verfügung die Firmierung „A Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ zu unterlassen oder die Unterlassung mittels Einspruch gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Andernfalls wird ein Zwangsgeld in Höhe von 3.000 DM festgesetzt (§§ 37, 14 HGB, §§ 132 FGG ff.).“

Gegen diese am 1.4.1996 zugestellte Verfügung haben die Gesellschafter am 4.6.1996 Einspruch eingelegt. Mit Beschluß vom 6.8.1996 hat das Amtsgericht – Rechtspfleger – den Einspruch als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die Gesellschaft „sofortige Beschwerde“ eingelegt, die der Amtsrichter als sofortige Erinnerung behandelt und dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt hat. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschwerde hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Da es um unzulässigen Firmengebrauch bzw. Namensgebrauch einer Sozietät aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern geht, erscheint es geboten, die jeweils zuständige Berufskammer von Anfang an am Verfahren nach § 37 HGB, § 140 FGG zu beteiligen (vgl. § 126 FGG und für Rechtsanwälte § 59g BRAO n.F. sowie §§ 4, 6 Partnerschaftsregisterverordnung – PRV – vom 16.6.1995 – BGBl. I 808).

b) Umstritten ist, ob ein Einschreiten des Registergerichts nach § 37 HGB auch bei einer täuschenden Namensbezeichnung eines Zusammenschlusses von Freiberuflern (Sozietät) zulässig ist. *Canaris* (Handelsrecht 22. Aufl. § 11 III 1 S. 183) vertritt z.B. die Auffassung, daß zumindest ein gewerbliches Unternehmen gegeben sein muß (vgl. auch *Röhrich/von Westfalen/Ammon*, künftig *RöWest/Ammon* § 37 Rdnr. 13). Das Handelsrechtsreformgesetz (BGBl. I 1998, 1474) grenzt in seinem neuen Gewerbebegriff zwar weiterhin die Freiberufler aus Traditionsgründen aus (vgl. *Ammon* DStR 1998, 1474/1475 m.w.N.); das Firmen- und Namensrecht gewinnt aber auch für Freiberufler-Sozietäten immer mehr an Bedeutung. Die Anwalts-GmbH ist bereits de lege lata zulässig (vgl. BayObLG NJW 1995, 199; Begründung des Regierungsentwurfes zur Änderung der BRAO u.a., BT-Drucks. 13/9820 S. 11). Sie ist nunmehr auch gesetzlich normiert (vgl. Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 BGBl. I, 2600, das insoweit am 1.2.1999 in Kraft tritt). Nach § 59c BRAO n.F. können Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden. Die Firmenbezeichnung ist in § 59k BRAO n.F. geregelt. Schließen sich Freiberufler in einer Partnerschaft zusammen, findet nach § 2 Abs. 2 PartGG auf ihren Namen § 37 HGB entsprechende Anwendung. Der Senat vertritt die Auffassung, daß § 37 HGB nicht nur auf Nichtkaufleute, die ein gewerbliches Unternehmen betreiben, anzuwenden ist, sondern auch für Sozietäten von Freiberuflern gilt, deren Name in keinem Register eingetragen, bzw. dort nicht eintragungsfähig ist. Das bedeutet, daß das Registergericht auch gegen Freiberufler-Sozietäten vorgehen kann, sofern firmen- oder namensrechtliche Vorschriften verletzt sind; denn auch wenn dieser Personenkreis keine Firma im Rechts-

sinne führt, kann dies nicht den Zweck haben, ihn vom Gebot der Firmen- oder Namenswahrheit freizustellen (vgl. *MünchKommHGB/Bokelmann* § 4 Rdnr. 9 u. 11, *RöWest/Röhrich* § 4 Rdnr. 26, je m.w.N.).

c) Allerdings greift § 37 HGB nicht schon dann ein, wenn eine Sozietätsbezeichnung „firmenähnlich“ ist. Voraussetzung ist vielmehr, daß darüber hinaus auch firmenrechtliche Vorschriften verletzt sind. Das ist hier zu bejahen.

(1) Die Namensbezeichnungen „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ und „GbRmbH“ sind geeignet, über gesellschaftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen; die Täuschungseignung ist auch ersichtlich (vgl. § 18 Abs. 2 HGB). Es kommt nicht darauf an, ob eine solche Haftungsbeschränkung nach Anwaltsrecht zulässig ist (vgl. § 51a Abs. 1 Nr. 1 BRAO) und ob sie durch einen solchen Hinweis in der Namensbezeichnung wirksam mit dem Mandanten vereinbart werden kann (dazu BGH NJW 1992, 3037/3039 u. 1998, 1864/1866 m.w.N.; ferner *MünchKommBGB/Ulmer* 3. Aufl. § 714 Rdnr. 39). Hier ist entscheidend, ob die gewählte Rechtsformbezeichnung geeignet ist, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse irrezuführen.

(2) Der Irreführungsbegriff des § 18 Abs. 2 HGB erfaßt, wie schon bisher, den Firmenkern, die Firmenbestandteile und die Firma in ihrer Gesamtheit; vor allem aber darf ein Rechtsformzusatz nicht über die tatsächlich gewählte Rechtsform täuschen (so schon zur bisherigen Gesetzesfassung *Staub/Hüffer* HGB 4. Aufl. § 18 Rdnr. 24; *Heymann/Emmerich* HGB 2. Aufl. § 18 Rdnr. 26; *RöWest/Ammon* § 18 Rdnr. 34). Das neue Firmenrecht, das den Unternehmen eine weitgehend freie Wahl ihrer Firma gewährt, verlangt die Ausrichtung der Firma an drei wesentlichen Funktionen, nämlich der Unterscheidungskraft und der damit einhergehenden Kennzeichnungswirkung, der Ersichtlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses und der Offenlegung der Haftungsverhältnisse. Deshalb ist nunmehr in jede Firma ein Rechtsformzusatz aufzunehmen und auf allen Geschäftsbriefen zu verlautbaren (vgl. §§ 19, 37a HGB; *Ammon* DStR 1998, 1474/1478 f.). Die damit einhergehende und zu Recht verstärkte Betonung des Rechtsformzusatzes bedeutet aber, daß gerade insoweit eine Irreführung nicht hinnehmbar ist. Die Rechtsanwaltsgesellschaft muß nach § 59k BRAO n.F., § 4 Abs. 2 GmbHG n.F. zwingend die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten, wobei in erster Linie an „Rechtsanwaltsgesellschaft mbH“ zu denken ist. Eine Verwechslungsgefahr mit einer GmbH kann nicht vernachlässigt werden, da die Haftungsverhältnisse insoweit für die angesprochenen Verkehrskreise (Mandanten) wesentlich sind. Die BGB-Gesellschaft unterliegt nicht den im GmbHG normierten Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, bei ihr muß kein Gesellschaftskapital vorhanden sein; die Mindestversicherungssumme beträgt nach § 51 Abs. 4 BRAO für jeden Versicherungsfall 500.000 DM, während sie bei der Rechtsanwalts-GmbH mindestens 5.000.000 DM für jeden Versicherungsfall betragen muß (§ 59j BRAO n.F.). Es besteht daher die ersichtliche Gefahr, daß bei einer Bezeichnung wie „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ oder „GbRmbH“ der Eindruck entsteht, es handle sich um einen gesetzlich normierten Gesellschaftstypus, bei dem die Haftungsbeschränkung eine gesetzliche Folge der gewählten Gesellschaftsform ist. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ oder „mbH“ ist als Rechtsformzusatz den nach dem GmbHG errichteten Gesellschaften vorbehalten. Anderen Ge-

sellschaften ist die Führung eines solchen Zusatzes untersagt, sie haben eine etwaige Haftungsbeschränkung in anderer Form kundzutun (vgl. dazu *Heermann* BB 1994, 2421/2430 m.w.N.; *Hachenburg/Heinrich* GmbHG 8. Aufl. § 4 Rdnr. 55 ff.; *Heckelmann* in Festschrift Quack 1991 S. 243/252; *Gummert* in Hdbch. des Gesellschaftsrechts Bd. 1 § 12 Rdnr. 48, 49; dazu auch Thüringer OLG, Urteil vom 28.4.1998 – 3 U 580/97 S. 12 f.; ferner LG München I DB 1998, 1322 zu § 3 UWG; a.A. z.B. *Hadding* in Festschrift Rittner 1991, S. 133/141, der allerdings nicht auf den firmenrechtlichen Aspekt eingeht; zur Haftungsbeschränkung bei der BGB-Gesellschaft allgemein: *Gummert* ZIP 1993, 1063). Davon geht auch das Landgericht im Ergebnis zutreffend aus.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zu dieser Thematik auch den Beschluß des OLG München vom 28.8.1998 – 29 W 2437/98, MittBayNot 1999, S. 86 f.

---

15. §§ 135, 161 Abs. 2 HGB; 53 Abs. 3 GmbHG analog (*Zur Zulässigkeit von Regelungen in einem KG-Vertrag über das Ausscheiden eines Gesellschafters wegen Pfändung seines Gesellschaftsanteils und über den Stimmrechtsausschluß der Komplementär-GmbH*)

1. Die Klausel in einem KG-Gesellschaftsvertrag, daß ein Gesellschafter dann gegen Zahlung einer Abfindung aus der Gesellschaft ausscheidet, wenn sein „Gesellschaftsanteil“ von einem Gläubiger gepfändet und die Vollstreckungsmaßnahme nicht innerhalb von 6 Monaten aufgehoben wird, ist grundsätzlich auch für den Fall zulässig und wirksam, daß ein Mitgesellschafter wegen einer gesellschaftsfremden Forderung die Pfändung bewirkt hat.
2. Das Stimmrecht der einzigen, am Kapital der GmbH & Co. KG nicht beteiligten Komplementärin – GmbH – kann insoweit wirksam ausgeschlossen werden, als nicht in den entsprechend anwendbaren Regelungsgehalt des § 53 Abs. 3 GmbHG eingegriffen wird (im Anschluß an BGH NJW 1993, 2100 ff.).
3. Ein solcher Eingriff liegt bei der Aufnahme eines weiteren, nicht am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligten Komplementärs nicht vor.

OLG München, Urteil vom 16.1.1998 – 23 U 2991/97 –

---

16. GmbHG §§ 10 Abs. 1 und 2, 54 Abs. 2 Satz 1 (*Anmeldung einer Satzungsänderung bei einer GmbH*)

Bei der Anmeldung der Satzungsänderung einer GmbH müssen eintragungspflichtige Änderungen konkret angegeben werden, wobei eine schlagwortartige Hervorhebung genügt. Dies gilt auch für den Fall, daß eine Satzung in wesentlichen Punkten geändert worden ist. Ob bei einer völligen Umgestaltung der Satzung die bloße Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden genügt, kann offen bleiben.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14.10.1998 – 3 Wx 399/98 –

### Aus dem Tatbestand:

Der Verfahrensbevollmächtigte der betroffenen Gesellschaft hat mit Schreiben vom 15.5.1998 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß die Geschäftsführer der Gesellschaft ausgewechselt worden sind, das Stammkapital erhöht und die Satzung der Gesellschaft insgesamt geändert und neu gefaßt worden ist.

Das Amtsgericht hat mit Zwischenverfügung beanstandet, aus der Anmeldung sei nicht ersichtlich, „welche Dinge im Sinne von § 10 GmbHG geändert worden“ seien. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

### Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, daß bei der nach § 54 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorzunehmenden Änderung der Anmeldung einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung nicht genügt, wenn die Abänderung die Firma, den Sitz, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals, die Personen des Geschäftsführers, deren Vertretungsbefugnis sowie die Zeitdauer der Gesellschaft betreffen (§ 54 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 GmbHG); vielmehr sind eintragungspflichtige Änderungen in der Anmeldeerklärung konkret anzugeben, wobei eine schlagwortartige Hervorhebung genügt (vgl., BGH NJW 1987, 3191 [= MittBayNot 1987, 259]). Dieser Ansicht hat sich der Senat bereits im Beschluß vom 17.7.1992 angeschlossen (vgl. GmbHR 1993, 169). Dem Registerrichter soll hierdurch die Prüfung der Frage erleichtert werden, ob und gegebenenfalls welche eintragungspflichtigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages geändert worden sind (vgl. BGH a.a.O.; Senat a.a.O.). Zwar hatte der Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung lediglich über die Anmeldung der Abänderung einzelner Vertragsbestimmungen zu befinden gehabt, nicht aber über die Anmeldung im Falle einer völligen Umgestaltung der Satzung. Die völlige Umgestaltung könnte nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs vergleichbar sein mit dem Fall einer Erstanmeldung, bei der auf eine Kennzeichnungspflicht verzichtet wird, weil ohnehin die gesamte Satzung zu überprüfen ist und deswegen bei der Frage, welche Satzungsbestimmungen ihrem Inhalt nach einzutragen sind, keine Irrtümer auftreten können (a.a.O., 3192). Die Frage, ob in einem solchen Fall ausnahmsweise von der schlagwortartigen Kennzeichnung abgesehen werden darf, kann indes offen bleiben, da im vorliegenden Fall keine solche völlige Umgestaltung der Satzung gegeben ist. Vielmehr hat die Gesellschaft sowohl ihren Namen als auch den Sitz beibehalten (§ 1 des Gesellschaftsvertrages); zwar ist diese Bestimmung der Satzung umformuliert worden, jedoch ohne sie ihrem Inhalt nach zu verändern. Sind aber lediglich einzelne Bestimmungen der Satzung verändert worden, ist es dem Registerrichter nicht zuzumuten, durch einen Vergleich der alten und der neuen Satzung selbst festzustellen, welche eintragungspflichtigen Regelungen der Satzung geändert worden sind. Dem beurkundenden Notar ist es demgegenüber ohne weiteres möglich, die geänderten Satzungsbestimmungen in der Anmeldeerklärung schlagwortartig zu bezeichnen. Aus diesem Grunde vermag sich der Senat auch nicht der in der Literatur gelegentlich vertretenen Ansicht anzuschließen, eine Bezugnahme auf die eingereichte Urkunde reiche aus (vgl. *Roth* GmbHG, 3. Aufl., § 54 Rdnr. 7; *Baumbach/Hueck/Zöllner* GmbHG 1996, § 54 Rdnr. 6). Die Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 22.5.1986 DNotZ 1987, 251 f.) ist nach dem oben genannten Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 16.2.1987 als überholt anzusehen.

17. § 139 HGB (*Auslegung einer qualifizierten Nachfolgeklause*)

**Eine Nachfolgeklause im Gesellschaftsvertrag kann nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte dahin ausgelegt werden, sie erfasse auch den Fall des Todes eines Gesellschafters, der an der Gesellschaft ohne Kapital beteiligt ist.**

OLG Hamm, Beschluß vom 1.12.1998 – 15 W 404/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

*Aus dem Tatbestand:*

Im Handelsregister des Amtsgerichts H. die Firma Karl GmbH & Co. KG mit Sitz in G. eingetragen. Nach § 15 des notariellen Gesellschaftsvertrages vom 8.6.1970 kamen die damaligen Gesellschafter für den Fall des Todes eines Gesellschafters vertraglich wie folgt überein:

„Durch den Tod eines Gesellschafters ... wird die Gesellschaft nicht aufgelöst ...

Stirbt ein Gesellschafter, so wird die Gesellschaft mit den Erben oder Vermächtnisnehmern des verstorbenen Gesellschafters, sofern es sich um Gesellschafter oder um leibliche Abkömmlinge von Gesellschaftern handelt und soweit sie zur Nachfolge in den Gesellschaftsanteil berechtigt sind, fortgesetzt.

Sind die für die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Erben oder Vermächtnisnehmer geforderten Voraussetzungen nicht gegeben, so scheidet der betreffende Erbe aus der Gesellschaft aus ...“

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Gesellschaftsvertrages waren persönlich haftende Gesellschafter Frau X. (mit einem Anteil von 105.000,00 DM = 15%) und die Karl GmbH (mit einem Anteil von 7.000,00 DM = 1%), Kommanditisten waren Herr Karl mit einem Anteil von 420.000,00 DM = 60% und Frau Y. mit einem Anteil von 168.000,00 DM = 24%.

Mit notariellem Vertrag vom 16.2.1984 übertrug die persönlich haftende Gesellschafterin Frau X. ihr Komplementärkapital unter Umwandlung in einen Kommanditistenanteil auf den Gesellschafter Karl. Die Vertragsschließenden kamen überein, daß Frau X. nicht aus der Gesellschaft ausscheidet, sondern weiter persönlich haftende Gesellschafterin ohne Kapitalanteil bleibt.

Am 1.10.1995 verstarb Frau X. Sie ist von ihrem Sohn, dem Gesellschafter Karl allein beerbt worden.

Die Beteiligten sind der Auffassung, nach dem Tod der Frau X. sei nur noch die Karl GmbH persönlich haftende Gesellschafterin. Unter dem 1.4.1996 meldeten sie daher u. a. an, im Handelsregister einzugetragen, daß einzige Komplementärin der Gesellschaft die Karl GmbH sei.

Das Amtsgericht lehnte die Eintragung mit Zwischenverfügungen ab, die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landgericht – Kammer für Handelssachen – zurück. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1) Das Landgericht, das mit einer zulässigen Erstbeschwerde gegen eine Zwischenverfügung befaßt war (vgl. dazu *Keidel/Kahl*, 13. Auflage § 19 FGG Rdnr. 9), hat ausgeführt: Mit dem Tod der Gesellschafterin X. sei ihr Alleinerbe, der Kommanditist Karl aufgrund der Nachfolgeklause im dem Gesellschaftsvertrag vom 8.6.1970 in ihre gesellschaftsrechtliche Stellung eingerückt. Dem stehe nicht entgegen, daß die verstorbene Gesellschafterin ihr Komplementärkapital unter Umwandlung in einen Kommanditistenanteil auf den Kommanditisten Karl übertragen habe. Denn die Vertragsparteien seien zulässig übereingekommen, daß die Gesellschafterin weiter Komplementärin ohne Kapitalanteil bleibe, ohne eine Regelung zu treffen, nach der die Gesellschafterstellung mit

dem Tod der Erblasserin ohne weiteres ende. Auch die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklause sei nicht so gestaltet worden, daß die Gesellschafterstellung eines beitragslosen Gesellschafters mit dessen Tod ende. Dem ungewollt in eine persönliche Haftung einrückenden Kommanditisten eröffne die analog anwendbare Regelung der §§ 161 Abs. 2, 139 Abs. 2 und 3 HGB die Möglichkeit, seine Haftung erneut zu beschränken, indem er hinsichtlich des ererbten Gesellschaftsanteils innerhalb der Dreimonatsfrist des § 139 Abs. 3 HGB seinen Austritt erkläre.

2) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, weil das Landgericht bei der Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklause nicht der Frage nachgegangen ist, ob sich diese auch auf den beitragslosen Gesellschafter erstrecken sollte. Der Senat ist wegen dieses Rechtsfehlers nicht an die Feststellungen des Landgerichts zum Inhalt der Klause gebunden und kann, weil weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, selbst in der Sache entscheiden (vgl. *Keidel/Kuntze*, a.a.O. § 27 Rdnr. 48 und 65).

Im Ausgangspunkt ist nicht zweifelhaft, daß § 15 des Gesellschaftsvertrages vom 8.6.1970 eine Fortsetzungsklause i.S.d. § 138 HGB und eine – qualifizierte – Nachfolgeklause i.S.d. § 139 Abs. 1 HGB enthält. Zweifelhafte ist vorliegend der Inhalt der Nachfolgeklause, weil diese keine ausdrückliche Bestimmung dazu enthält, ob sie auch dann gelten sollte, wenn der verstorbene Gesellschafter ohne Kapitaleinlage an der Gesellschaft beteiligt war, sich dessen Funktion also in der Rolle des unbeschränkt haftenden Gesellschafters (Organbefugnisse, Haftung; vgl. hierzu *Schlegelberger/Schmidt*, 5. Auflage, § 139 Rdnr. 63) erschöpfte. Die Klause ist daher auslegungsbedürftig.

Nach Auffassung des Senats ist die Nachfolgeklause einschränkend dahin auszulegen, daß durch sie nur der Gesellschaftsanteil vererblich gemacht werden sollte, der mit einer kapitalmäßigen Beteiligung verbunden war. Hierfür spricht zunächst, daß, was sich aus dem notariellen Gesellschaftsvertrag ergibt, im Zeitpunkt seines Abschlusses die Gesellschaft nur Gesellschafter hatte, die Kapitalanteile innehatten. Den Fall eines Gesellschafters ohne Kapitaleinlage hatten die Vertragsparteien daher offensichtlich nicht in ihre Überlegungen einbezogen; andernfalls hätte es nahe gelegen, dies klarzustellen. Einen Anhalt in diese Richtung findet sich auch in der Formulierung in § 15 „Nachfolge in den Gesellschaftsanteil.“ Auch ihre Interessenlage konnte nicht darauf gerichtet sein, die Nachfolgeklause auch dann gelten zu lassen, wenn der verstorbene Gesellschafter nicht mehr mit einer Kapitaleinlage an der Gesellschaft beteiligt war. Der Beteiligte zu 2) war Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages und bei dessen Abschluß Kommanditist.

Es war daher bereits damals abzusehen, daß er seine Mutter, die persönlich haftende Gesellschafterin war, einmal beerben würde. Dies hätte ihm unter den damaligen Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, nach § 139 Abs. 1 HGB vorzugehen; andernfalls wäre er Komplementär geworden und das Kommanditistenverhältnis entfallen, weil niemand in derselben Gesellschaft zugleich persönlich haftender Gesellschafter und Kommanditist sein kann (allgemeine Meinung; BGH BB 1963, 1076; KG JW 1936, 2933; Senat NJW 1982, 835 [= MittBayNot 1981, 257]; OLG Schleswig OLGZ 1991, 447; *Baumbach/Hopt*, 29. Auflage, § 139 Rdnr. 37 und § 124 Rdnr. 16; *Schlegelberger/Schmidt*, 5. Auflage, § 105 Rdnr. 25). Diese Wahlmöglichkeit hätte er aber nicht, wenn man unterstellt, daß die Nachfolgeklause auch den Fall des beitragslosen Gesellschafters erfaßt. Denn in diesem Fall kommt

§ 139 Abs. 1 HGB mangels ererbter Einlage nicht in Betracht (Ulmer in Großkommentar, 3. Auflage, § 139 HGB Anm. 101). Dies zeigt, daß bei verständiger Würdigung die Nachfolgeklausel nur dann dahin ausgelegt werden könnte, sie erfasse auch den Fall des Todes eines Gesellschafters ohne Kapitaleinlage, wenn hierfür besondere Anhaltspunkte gegeben sind. Solche liegen hier nicht vor.

Die Beteiligten weigern sich daher zu Recht, das Ausscheiden des Beteiligten zu 2) als Kommanditist und dessen Eintritt als Komplementär zur Eintragung anzumelden. Denn aufgrund der Fortsetzungsklausel wird die Gesellschaft nur mit der Beteiligten zu 1) als alleinige Komplementärin und den Beteiligten zu 2) und 3) als Kommanditisten fortgeführt (§ 138 Abs. 1 HGB).

---

18. HGB § 25 Abs. 1 und 2 (Eintragung eines Haftungsausschlusses im Handelsregister)

- 1. Der Annahme einer Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB steht nicht entgegen, daß die Firma der das Unternehmen übertragenden Gesellschaft fortbesteht.**
- 2. Eine Firmenfortführung kann auch dann zu bejahen sein, wenn neben der Weiterführung des Vor- und Familiennamens des bisherigen Geschäftsinhabers eine Veränderung der Bezeichnung des Geschäftszweigs vorgenommen wird, deren erkennbare Bedeutung sich auf eine der tatsächlichen Geschäftstätigkeit entsprechende Konkretisierung beschränkt.**
- 3. Die Eintragung eines Haftungsausschlusses gem. § 25 Abs. 2 HGB kann auch dann noch erfolgen, wenn nach unverzüglicher Anmeldung die Eintragung zunächst zu Unrecht abgelehnt worden ist und im Beschwerdewege fünf Monate nach der Anmeldung vorgenommen wird.**

OLG Hamm, Beschluß vom 17.9.1998 – 15 W 297/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG § 53 BNotO § 15 (Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Notar nach Vollzugsreife von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt absehen darf)

**Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt u. a. absehen, wenn es in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß beim Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde. Eine etwaige Anfechtung des Vertrages bleibt in der Regel den Parteien überlassen. Die Wirksamkeit einer solchen Anfechtung hat der Notar grundsätzlich nicht zu überprüfen. Bloße Zweifel an der Wirksamkeit eines Vertrages berechtigen den Notar nicht, entgegen den Weisungen der Vertragsparteien von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt abzusehen.**

BayObLG, Beschluß vom 27.5.1998 – 3Z BR 28/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellem Vertrag vom 22.9.1992 kauften die Beteiligten zu 1 und 2 den Miteigentumsanteil von 286/1000 an dem Grundstück ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 3 bezeichneten Wohnung samt Keller, nebst dem Sondernutzungsrecht an einem näher bezeichneten Pkw-Abstellplatz. In dieser Urkunde wurde wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums auf die Teilungserklärung Bezug genommen, mit welcher der Verkäufer gemäß § 8 WEG Wohnungseigentum begründet hatte.

Am 21.9.1994 verstarb der Verkäufer; jetziger Erbe ist dessen Bruder, der Beteiligte zu 3. Hinsichtlich des Nachlasses ist seit 8.3.1995 der Konkurs eröffnet; Konkursverwalter ist der Beteiligte zu 4.

Am 29.12.1994 wurde ein weiterer Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 verkauft, der mit Urkunde vom selben Tag das Wohnungseigentum weiter aufteilte und verkaufte, und zwar einen Anteil

von 206/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1,

von 40/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 (Dachgeschoß),

und von 40/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 6 (Dachgeschoß).

Mit Beschluß des Grundbuchamtes – Rechtspfleger – wurde der Antrag auf Vollzug dieser Urkunde u. a. mit der Begründung zurückgewiesen, daß vieles für die Ansicht spreche, das Dachgeschoß sei nicht Sondereigentum, sondern Gemeinschaftseigentum geworden. Gegen diese Entscheidung ist Beschwerde eingelegt.

Sämtliche hier aufgeführten Urkunden wurden durch den Notar B richtet; dessen Nachfolger im Amt ist Notar A.

2. Der Notar hat hinsichtlich der Urkunde vom 22.9.1992 am 17.1.1997 zwar Vollzugsreife erklärt, sich aber entgegen dem Antrag der Käufer geweigert, die in der Urkunde enthaltenen Auflassungserklärungen dem Grundbuchamt zum Vollzug einzureichen. Der Konkursverwalter hat für die Verkäuferseite gegen den Vollzug der Urkunde keine Einwendungen erhoben. Der Notar hat seine Weigerung damit begründet, daß hinsichtlich der Auslegung der Teilungserklärung Zweifel bestünden, ob der Dachspeicher (Dachgeschoß) nach der Teilungserklärung Gemeinschaftseigentum geblieben sei oder zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 1 gehöre.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Käufer gegen die Weigerung des Notars, die Urkunde dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen, als unbegründet zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Käufers hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob der Notar seine Urkundstätigkeit, wozu auch das anschließende Vollzugsverfahren gehört, pflichtwidrig verweigert. Das ist hier zu bejahen.

Die in der Kaufvertragsurkunde vom 22.9.1992 enthaltenen Auflassungserklärungen sind Willenserklärungen im Sinne von § 53 BeurkG. Der Notar darf von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt nur absehen, wenn dies Käufer und Verkäufer verlangen. Ist Vollzugsreife gegeben, darf der Notar die Einreichung nicht schon dann unterlassen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag widerruft oder sonst Weisung zur Nichteinreichung gibt. Nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen kann der Notar berechtigt sein, auf einseitige Weisung nur eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt kann angenommen werden, wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des Kaufvertrages

oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt, und der andere Beteiligte dagegen keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann. Eine Weigerung des Notars kann ferner berechtigt sein, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde; ferner, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit feststehen würde, daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, so daß es an der Vollzugsreife fehlen würde (vgl. BayObLGZ 1998, 6 = FGPrax 1998, 78/79 m.w.N. [= MittBayNot 1998, 200]).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen reichen die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts nicht aus, einen ausreichenden Grund für die Amtsverweigerung des Notars zu bejahen. Insbesondere genügt nicht schon, wie das Landgericht meint, eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“, die zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs führen könnte. Insoweit beruft sich das Landgericht zu Unrecht auf das OLG Hamm. In dessen Entscheidung (OLGZ 1994, 495/497) ist ausgeführt, der Notar dürfe seine Urkundstätigkeit nur dann verweigern, wenn es in hohem Maße wahrscheinlich sei, daß der beurkundete Vertrag unwirksam sei und durch seinen Vollzug das Grundbuch unrichtig werden würde (ebenso OLG Frankfurt DNotZ 1998, 197/199 m.w.N.). Es reicht aber nicht aus, wenn der beurkundende Notar lediglich Zweifel hat, wie eine Teilungserklärung, auf die in der Urkunde Bezug genommen wird, auszulegen ist. Der Notar ist auch nicht deshalb berechtigt, die Einreichung der Urkunde zum Vollzug beim Grundbuchamt zu verweigern, weil eine später von ihm errichtete Urkunde hinsichtlich ihres Inhalts zur früheren Urkunde in Widerspruch stehen könnte.

Beruft sich eine Vertragspartei auf die Unwirksamkeit eines notariellen Vertrages, hat sie eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozeßwege geltend zu machen und zur Verhinderung des Vollzuges der Urkunde gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung ein Erwerbsverbot zu erreichen (vgl. OLG Köln OLGZ 1990, 379/401). Selbst in einem solchen Falle ist es grundsätzlich nicht Sache des Notars, die Wirksamkeit der Anfechtung eines von ihm beurkundeten Vertrages zu überprüfen. Im vorliegenden Fall beruft sich keine der Vertragsparteien bzw. deren Rechtsnachfolger auf die Unwirksamkeit des Vertrages. Bloße Zweifel an der Wirksamkeit eines Vertrages, die sich auf eine möglicherweise mehrdeutige Teilungserklärung gründen, berechtigten den Notar nicht, die Vorlage der Urkunde beim Grundbuchamt zum Vollzug entgegen dem Willen der Vertragsparteien zu verweigern.

3. Demnach ist die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben und der Notar anzuweisen, die Urkunde dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen.

---

20. BNotO §§ 15 Abs. 1, 24 Abs. 1; GrEStG §§ 13, 22 (*Keine Anweisung an den Notar, die eingeholte Unbedenklichkeitsbescheinigung herauszugeben*)

**1. Haben die Vertragsparteien eines Grundstückskaufvertrages den Notar beauftragt, die Vollzugsreife durch Einholen der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG herbeizuführen, so darf der Notar diese nur zum Vollzug der Eigentumsumschreibung verwenden.**

**2. Der Notar kann auf einseitigen Antrag eines Vertragsbeteiligten nicht gem. § 15 Abs. 1 BNotO angewiesen werden, die Bescheinigung herauszugeben.**

OLG Hamm, Beschluß vom 18.6.1998 – 15 W 136/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

*Aus dem Tatbestand:*

Gemäß notarieller Verhandlung vom 18.10.1994 beurkundete der Notar einen Kauf- und Bauwerksvertrag über eine Eigentumswohnung nebst Auflassung zwischen der Firma A. GmbH als Verkäuferin und dem Beteiligten als Käufer.

In § 14 des Vertrages beauftragten die Vertragschließenden unter Verzicht auf eigene Antragsrechte den Notar mit dem Vollzug des Vertrages einschließlich der Einholung der erforderlichen Genehmigungen. Den Antrag auf Eigentumsumschreibung sollte der Notar erst stellen, wenn der Beteiligte als Käufer seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt hatte.

Mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 29.12.1997 forderte der Beteiligte den Notar auf, ihm die zu der notariellen Verhandlung vom 18.10.1994 vom Finanzamt eingeholte Unbedenklichkeitsbescheinigung über die Zahlung der Grunderwerbssteuer auszuhändigen. Zur Begründung führte der Beteiligte, der im Besitz einer beglaubigten Abschrift der notariellen Verhandlung vom 18.10.1994 ist, aus, er habe der Verkäuferin den Kaufpreis nach Abzug von 6.000,00 DM wegen Verzuges bei Fertigstellung der Eigentumswohnung gezahlt. Er vertrat die Ansicht, unbeschadet des im Kaufvertrag enthaltenen Verzichtes auf ein eigenes Antragsrecht könne er den Umschreibungsantrag selbst stellen.

Der Notar verweigerte die Herausgabe der Unbedenklichkeitsbescheinigung unter Hinweis auf die von dem Beteiligten selbst vortragenen Differenzen zwischen den Vertragsparteien.

Im vorliegenden Verfahren hat der Beteiligte beantragt, den Notar zur Herausgabe der Unbedenklichkeitsbescheinigung anzuweisen. Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

Das Landgericht ist zutreffend von einer nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO zulässigen Erstbeschwerde des Beteiligten ausgegangen. Die Beschwerde nach dieser Vorschrift findet auch dann statt, wenn die Amtsweigerung des Notars eine von ihm übernommene Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO betrifft (vgl. BGH NJW 1980, 1106 = DNotZ 1980, 496; Senat OLGZ 1984, 387). Das ist hier der Fall, denn der Notar hatte es im Rahmen des ihm erteilten Vollzugauftrages übernommen, u.a. die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes gem. § 22 GrEStG einzuholen, deren Vorlage bei Geschäften, die, wie hier, ihrer Art nach der Steuerpflicht nach dem Grunderwerbsteuergesetz unterliegen, Voraussetzung der Grundbucheintragung ist (vgl. BayObLGZ, 1975, 90, 92 [= MittBayNot 1975, 197]). Zwar stand die Übernahme dieser Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO im Ermessen des Notars. Wenn der Notar jedoch eine solche Tätigkeit einmal übernommen hat, obliegt ihm auch die Amtspflicht, die übernommene Tätigkeit ordnungsgemäß abzuwickeln, wozu er ggf. angewiesen werden kann (vgl. Senat a.a.O.).

Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand.

Die Amtspflichten eines Notars bei der Durchführung eines ihm von den Beteiligten erteilten Treuhandauftrages beschränkten sich auf die Befolgung der ihm erteilten Weisungen. Der Notar ist nicht berechtigt, die Voraussetzungen, an die seine Amtshandlung geknüpft ist, zu verändern. Dies gilt

auch dann, wenn nach Erteilung des Treuhandauftrages eine Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Es ist vielmehr Sache der Beteiligten, dem Notar eine übereinstimmende anderweitige Weisung zu erteilen. Dies ist Folge der strikten Bindung des Notars an den Wortlaut des ihm von den Vertragsparteien erteilten Betreuungsauftrages. Ohne diese Bindung müßte der Notar seine neutrale Stellung aufgeben und würde Gefahr laufen, sich Schadensersatzansprüchen des jeweils benachteiligten Beteiligten auszusetzen. Die Bindungswirkung des Betreuungsauftrags verbietet es ihm, im Rahmen seiner notariellen Tätigkeit bei einem Interessenwiderstreit mehrerer Beteiligter eine der gegensätzlichen Positionen zu vertreten. Die Unparteilichkeit der Amtsführung des Notars (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) schließt es deshalb aus, daß er bei der Ausführung des Treuhandgeschäftes eine sachliche Entscheidung darüber treffen kann, ob einem Beteiligten des Treuhandgeschäftes ein schuldrechtlicher Anspruch auf Veränderung bindender Weisungen zusteht (vgl. Senat JMBINRW 1996, 197 sowie DNotZ 1996, 384). Von diesen Grundsätzen ist auch das Landgericht zutreffend ausgegangen.

Zutreffend ist die Annahme des Landgerichts, daß der an den Notar gerichtete Auftrag beider Vertragsbeteiligten, die Vollzugsreife des Vertrages vom 18.10.1994 auch durch Einholen der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG herbeizuführen, nicht allein im Namen des Beteiligten, sondern zugleich im Auftrag der Verkäuferin erfolgte. Steuerschuldner für die Grunderwerbsteuer sind gem. § 13 Nr. 1 GrEStG die an einem Erwerbsgeschäft beteiligten Vertragsparteien also sowohl der Käufer als auch der Verkäufer. § 22 GrEStG schreibt nicht ausdrücklich vor, wem die Unbedenklichkeitsbescheinigung im Einzelfall zu erteilen ist. Es entspricht jedoch allgemeiner Ansicht, daß Empfangsberechtigter derjenige ist, der ein rechtliches Interesse an der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung hat (vgl. *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, 13. Auflage, § 22 Rdnr. 42; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 1995, § 22 Rdnr. 21). Dazu gehören in jedem Fall die am Erwerbsvorgang beteiligten Steuerschuldner. Die Aushändigung hat an den Notar zu erfolgen, wenn er mit der weiteren Abwicklung des Erwerbsvorganges beauftragt ist (vgl. die vorgenannten). Der gem. § 18 GrEStG anzeigepflichtige Notar hat somit die Unbedenklichkeitsbescheinigung als mit der Abwicklung des Kaufvertrages vom 18.10.1994 Beauftragter für beide Vertragsbeteiligten in Empfang genommen und darf sie daher entsprechend der ihm erteilten Weisung der Beteiligten nur zum Vollzug des Vertrages, insbesondere der Eigentumsumschreibung verwenden. Würde der Notar der einseitigen Weisung des Beteiligten folgen, könnte er die förmliche Voraussetzung der Eintragung nicht mehr herbeiführen, denn bis zur Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 Abs. 1 GrEStG besteht eine „Grundbuchsperr“ (vgl. *Boruttau/Viskorf*, a.a.O.).

Allein aus diesem Grunde ist der Notar im Interesse der Sicherstellung der gegenseitigen Erfüllung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag vom 18.10.1994 gehalten, die Unbedenklichkeitsbescheinigung nur zum Vollzug der Eigentumsumschreibung zu verwenden, solange ihm beide Vertragsbeteiligten nicht eine übereinstimmende abweichende Weisung erteilen.

## Kostenrecht

21. KostO § 26; EG-Gesellschaftsteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) Art. 3; KVStG – 1972 – § 5 Abs. 2 Nr. 3 (*Geschäftswert bei Handelsregistereintragung des Ausscheidens eines Kommanditisten einer GmbH & Co. KG*)

1. **Nach Art. 3 der EG-Gesellschaftsteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) i.V.m. § 5 Abs. 2 Nr. 3 KVStG gilt die deutsche GmbH & Co. KG als Kapitalgesellschaft im Sinne der Richtlinie.**
2. **§ 26 KostO verstößt gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, soweit sich durch die Anwendung dieser Bestimmung Gebühren für Handelsregistereintragungen errechnen, die den tatsächlichen Aufwand übersteigen. Die Bestimmung ist nur noch in richtlinienkonformer Auslegung anzuwenden.**

BayObLG, Beschluß vom 2.12.1998, 3Z BR 244/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

22. KostO § 26; EG-Gesellschaftsteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Art. VII, XXV (*Gebühren bei Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer nach dem Recht der USA bestehenden Aktiengesellschaft*)

1. **Die Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer nach dem Recht der USA bestehenden Aktiengesellschaft, die in den USA ihren Sitz hat, ist registerrechtlich und auch kostenrechtlich wie die Eintragung einer Hauptniederlassung zu behandeln. Der Freundschaftsvertrag zwischen Deutschland und den USA zwingt nicht zur Anwendung der Wertbegünstigungsvorschrift des § 26 Abs. 6 KostO.**
2. **Für die Eintragung dürfen allerdings nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Gesellschaftsteuerrichtlinie vom 17.7.1969, der auch hier Anwendung findet, nur Gebühren in Ansatz gebracht werden, die dem tatsächlichen Sach- und Personalaufwand entsprechen. Dieser kann aber wegen der umfassenden Prüfungspflicht deutlich höher sein als bei der Eintragung von inländischen Zweigniederlassungen einer Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland.**

BayObLG, Beschluß vom 9.12.1998 – 3Z BR 245/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse:

Die Prüfungsabteilung weist darauf hin, daß die Entscheidungen des BayObLG vom 25.11.1998, 3Z BR 164/98, bereits veröffentlicht in *MittBayNot* 1999, S. 90 ff. mit Anm. *Engel* und die hier im Leitsatz abgedruckten Entscheidungen, soweit sie die Gebührenberechnung nach § 26 KostO betreffen, nicht die Berechnung der Notargebühren betreffen. Der EuGH hat mit Urteil vom 2.12.1997, auf welches sich das BayObLG in allen drei Entscheidungen bezieht, nur zu den Eintragungs-

gebühren der Registergerichte entschieden. Die Gebühren für die *Anmeldungen* zum Handelsregister und ähnlichen Registern sind nach wie vor nach den Grundsätzen der §§ 26, 26 a, 28 und 29 KostO zu berechnen. Zu beachten ist – wie bisher – die Höchstwertvorschrift nach § 39 Abs. 4 KostO.

23. KostO § 19 Abs. 4, § 39 Abs. 2 (*Geschäftswert bei Hofübergabeverträgen*)

- 1. Obgleich ratio legis und Entstehungsgeschichte des § 19 Abs. 4 KostO dafür sprechen, daß der Gesetzgeber diese Norm auch auf die Bewertung der notariellen Beurkundung eines Hofübergabevertrags erstrecken und damit die Anwendung von § 39 Abs. 2 KostO ausschließlich wollte, hat dieser Wille im Gesetz keinen Ausdruck gefunden.**
- 2. Der Geschäftswert bei der Beurkundung von Hofübergabeverträgen ergibt sich deshalb gemäß § 39 Abs. 2 KostO nur dann aus dem Hofwert nach § 19 Abs. 4 KostO, wenn dieser höher ist als die Gegenleistung, sofern Gegenleistungen zu erbringen sind, die den Hofwert nach § 19 Abs. 4 KostO überschreiten, aus § 39 Abs. 2 KostO.**

BayObLG, Beschluß vom 9.12.1998 – 3Z BR 167/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 28.5.1997 einen Übergabevertrag, mit dem ein landwirtschaftliches Anwesen an den Beteiligten übergeben wurde. Der Übernehmer verpflichtete sich im Rahmen der Gegenleistungen, dem Übergeber und dessen Ehefrau verschiedene Leibgedingsleistungen zu gewähren, durch Grundschulden gesicherte Darlehensverbindlichkeiten zu übernehmen und seinen beiden Geschwistern auf deren Verlangen Bauplätze unentgeltlich zu überlassen bzw. bei Nichtinanspruchnahme je einen Geldbetrag hinauszuzahlen. Der Übernehmer verzichtete – ebenso wie seine Geschwister und die Ehefrau des Übergebers gegenständlich beschränkt – auf sein Pflichtteilsrecht am Nachlaß des Übergebers.

Der letzte Einheitswert für den landwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle, der von dem Beteiligten fortgeführt wird, beträgt nach Mitteilung des Notars 9 700 DM.

2. Mit Kostenberechnung forderte der Notar von dem Beteiligten, ausgehend von einem Geschäftswert von 378 600 DM (Wert der Gegenleistungen des Beteiligten von 363 000 DM zuzüglich 9 600 DM Wert der vereinbarten Wertsicherungsklausel), für die Beurkundung Gebühren, Auslagen und Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 2 182,70 DM.

Gegen die Kostenberechnung erhob der Beteiligte Einwendungen. Er ist der Auffassung, ihm komme das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO hinsichtlich der Beurkundung des Übergabevertrags zugute, so daß als Geschäftswert der vierfache Einheitswert (38 800 DM) zugrunde zu legen sei.

Der Notar hält an seiner Kostenberechnung fest. Auch bei der Beurkundung der Übergabe eines landwirtschaftlichen Anwesens sei die Bewertungsregelung des § 39 Abs. 2 KostO für Austauschverträge anzuwenden, so daß der Wert von Leistung und Gegenleistung zu vergleichen und der höhere Wert, hier der Gegenleistung, maßgebend sei.

Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Beteiligten blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

Der Notar hat den von ihm beurkundeten Hofübergabevertrag zu Recht nach den Regeln des Austauschvertrages (§ 39 Abs. 2 KostO) bewertet.

a) Es spricht viel dafür, daß der Gesetzgeber das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO auch auf die Bewertung der notariellen Beurkundung von Hofübergabeverträgen erstrecken wollte. Nach der Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrats (BT-Drucks. 11/2343 S. 6 f.) ist gesetzgeberisches Ziel dieser Regelung, durch die vorgesehene gebührenrechtliche Erleichterung die frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe zu dienen. Tatsächlich bedeuten die Notargebühren, deren Verringerung durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung in der Begründung des Bundesratsentwurfes unter dem Aspekt der Verfassungsmäßigkeit in eindeutiger Weise angesprochen wird, für den übernehmenden Landwirt aber die eigentliche Kostenbelastung. Der Senat hat deshalb in BayObLGZ 1990, 111/113 [= MittBayNot 1990, 325] ausgeführt, daß es nach der ratio legis i.V.m. der Entstehungsgeschichte der Norm in Betracht kommen könne, § 19 Abs. 4 KostO als Sonderregelung auch für einschlägige Austauschverträge (§ 39 Abs. 2 KostO) heranzuziehen (a.A. hinsichtlich der Entstehungsgeschichte der Norm – allerdings ohne überzeugende Begründung – OLG Karlsruhe JurBüro 1991, 1360; OLG Düsseldorf DNotZ 1993, 763/764; *Reimann* DNotZ 1990, 670/671). Dem Beschwerdeführer ist auch zuzugeben, daß der eigentliche Gesetzeszweck im Fall der Nichtanwendung des § 19 Abs. 4 KostO auf die notarielle Beurkundung von Hofübergabeverträgen kaum zu erreichen ist (so auch OLG Oldenburg JurBüro 1993, 545).

b) Dennoch kann der Senat, der die Frage nach dem Verhältnis von § 19 Abs. 4 KostO zu § 39 Abs. 2 KostO in BayObLGZ 1990, 111/113 [= MittBayNot 1990, 325] ausdrücklich offengelassen hat, der weiteren Beschwerde nicht stattgeben. Es kommt nämlich bei der Auslegung eines Gesetzes nicht auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers an; maßgebend ist der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers (BVerfGE 10, 234/244; 62, 1/45; BGHZ 49, 221/223; *Palandt/Heinrichs* BGB 57. Aufl. Einl. Rdnr. 34). Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (OLG Karlsruhe JurBüro 1991, 1360; OLG Oldenburg JurBüro 1993, 545; OLG Düsseldorf DNotZ 1993, 763 = JurBüro 1994, 172; *Reimann* MittBayNot 1989, 117/122; *Göttlich/Mümmeler* KostO 13. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 499; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Aufl. Rdnr. 88, *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 55 f, je zu § 19; a.A. *Kreuzer* AgrarR 1991, 145) ist festzustellen, daß Wortlaut und Systematik des Gesetzes eine Auslegung dahin, daß das in § 39 Abs. 2 KostO normierte Prinzip durch § 9 Abs. 4 KostO für dessen Geltungsbereich beseitigt worden sei, nicht zulassen. § 39 Abs. 2 KostO ist gegenüber § 19 Abs. 4 KostO lex specialis. Nachdem – im Gegensatz zu § 20 und § 25 KostO – der Wert der die Überlassung eines landwirtschaftlichen Betriebes betreffenden Austauschverträge in den allgemeinen Wertvorschriften nicht ausdrücklich geregelt worden ist, hätte ein Geltungsausschluß des § 39 Abs. 2 KostO entweder in § 19 Abs. 4 oder in § 39 Abs. 2 KostO selbst vorgenommen werden müssen. Auch wenn die gesetzliche Regelung zweckwidrig erscheinen mag, ist sie durch richterliche Entscheidung nicht zu korrigieren (OLG Oldenburg a.a.O.).

c) Nach der Gesetzeslage ist somit der Geschäftswert nach § 39 Abs. 2 KostO zu bestimmen. Der Übergabevertrag ist nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum

ein Austauschvertrag i.S. des § 39 Abs. 2 KostO, wobei auch die Abfindung der übrigen Kinder des Hofübergebers und die Übernahme vorhandener Verbindlichkeiten unter die Gegenleistungen des Übernehmers fallen (vgl. *Rohs/Wedewer* § 39 Rdnr. 11 und 11 a). Der vom Notar unter Heranziehung des § 24 Abs. 3 KostO berechnete Wert der Gegenleistungen, der von keiner Seite bestritten wird, ist mit 372 600 DM eindeutig höher als der nach § 19 Abs. 4 KostO zu bewertende Grundbesitz (vierfacher Einheitswert in Höhe von 38 800 DM) und damit der maßgebende Wert der Beurkundung des Hofübergabevertrags.

2. Da der Wertberechnungsfehler des Notars auch keinen Gebührensprung bewirkt, ist die weitere Beschwerde des Beteiligten unbegründet.

24. KostO §§ 40, 41, 45 (*Geschäftswert bei Registervollmachten*)

**Der Geschäftswert für die Beurkundung von Registervollmachten eines Kommanditisten bestimmt sich nach dem Wert der Kommanditeinlage.**

**(Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, Beschluß vom 15.10.1969, veröffentlicht in *Rpflerger 1970, 73* und *DNotZ 1970, 440* [= *MittBayNot 1970, 32*])**

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 29.10.1998 – 10 W 111/98 –, mitgeteilt von *Rolf Krücker*, Richter am OLG Düsseldorf

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kostengläubiger hat eine Unterschrift des Kostenschuldners unter einer Urkunde beglaubigt, durch welche dieser Vollmacht zur Eintragung seines Eintritts als Kommanditist in eine bestehende GmbH & Co.KG in das Handelsregister sowie weitere Vollmacht zur Vornahme aller sonstigen gesetzlich vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister einschließlich seines eventuellen Ausscheidens aus dieser Gesellschaft erteilte. Der angefochtenen Rechnung des Kostengläubigers über insgesamt 289,80 DM, die nach Maßgabe der §§ 45, 136 KostO erstellt ist, liegt ein Geschäftswert von 600.000 DM zugrunde, während der Wert der Kommanditanlage des Kostenschuldners 30.000 DM beträgt.

Durch die angefochtene Entscheidung hat das Landgericht die Kostenrechnung teilweise abgeändert und die Gebührenschild des Kostenschuldners unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 30.000 DM insgesamt auf 36,80 DM festgesetzt. Dagegen wandte sich der Kostengläubiger mit der zugelassenen weiteren Beschwerde, die im Ergebnis erfolglos blieb.

*Aus den Gründen:*

Zwar kann sich der Kostengläubiger zur Rechtfertigung seines Geschäftswertansatzes auf eine Entscheidung des erkennenden Senats aus dem Jahre 1969 berufen, die zu § 41 Abs. 3 KostO in der bis zum 27.6.1997 geltenden Fassung ergangen ist. Danach bestimmte sich bei der von einem Mitberechtigten ausgestellten Vollmacht der Wert nach dem Anteil des Mitberechtigten. Der Senat hat seinerzeit die Geschäftswertbeschränkung nach dieser Vorschrift bei einer Vollmachterteilung der hier in Rede stehenden Art nicht für einschlägig gehalten. Vielmehr sollte sich der Geschäftswert nicht nach der Kommanditisten-Einlage des Vollmachtgebers bestimmen, sondern nach dem vollen Wert (konkret der Summe aller Kommanditeinlagen), wenn ein Kommanditist Vollmacht zur Vornahme aller die Kommanditgesellschaft betreffenden

Anmeldungen zum Handelsregister erteilt (Beschluß vom 15.10.1969, Az. 10 W 103/69, veröffentlicht in *Rpflerger 1970, 73* und *DNotz 1970, 440* [= *MittBayNot 1970, 32*]). An dieser Auffassung hält der Senat jedoch nach der Änderung des § 41 Abs. 3 KostO und des vorausgehenden § 40 KostO durch Artikel 33 Abs. 6 Nr. 3 des Justizmitteilungsgesetzes und Gesetzes zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze (JuMiG) vom 26.6.1997 nicht mehr fest. Er vertritt nunmehr in Übereinstimmung mit der diesbezüglich bereits zur Veröffentlichung gelangten Rechtsprechung und mit einem Teil des Schrifttums die Ansicht, daß der Geschäftswert für die Beurkundung von Registervollmachten eines Kommanditisten sich aufgrund der neuen Rechtslage nach dem Wert der Kommanditeinlage richtet. Im einzelnen ist dazu folgendes auszuführen:

a) Die Vorschriften des § 41 Abs. 1 und Abs. 2 KostO sind unverändert geblieben. Bei einer Registervollmacht handelt es sich nicht um eine Vollmacht zum Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäftes im Sinne des § 41 Abs. 1 KostO. Vielmehr ist eine allgemeine Vollmacht gemäß § 41 Abs. 2 KostO verfahrensgegenständlich, denn der Bevollmächtigte soll die Befugnis erhalten, fortgesetzt und bei einer Vielzahl von gesetzlich vorgesehenen Handelsregisteranmeldungen im Namen des Kostenschuldners tätig zu werden (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kommentar zur Kostenordnung, 13. Aufl., § 41, Rdnr. 3; *Göttlich/Mümmeler*, Kommentar zur Kostenordnung, 12. Aufl., Stichwort „Vollmacht“). Der Wert ist nach freiem Ermessen unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs der erteilten Vollmacht und des Vermögens des Vollmachtgebers zu bestimmen (§ 41 Abs. 2 KostO).

b) Nach Maßgabe des § 41 Abs. 3 KostO alter Fassung bestimmte sich bei der von einem Mitberechtigten ausgestellten Vollmacht der Wert nach dem Anteil des Mitberechtigten. Mit der nach der alten Rechtslage ganz herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur hat der Senat die Reduzierung des Geschäftswertes auf den Wert der Kommanditanlage mit der Begründung abgelehnt, es liege kein Fall einer Mitberechtigung im Sinne des § 41 Abs. 3 KostO alter Fassung vor. Denn die Anmeldung zum Handelsregister sei kein Gegenstand, an dem ein realer oder ideeller Anteil eines Gesellschafters bestehen könne, vielmehr sei jeder Gesellschafter gesetzlich zur Anmeldung gemäß §§ 108 Abs. 1, 161 Abs. 2 BGB verpflichtet (Senat a.a.O.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* a.a.O., § 41, Rdnr. 3 mit Hinweis auf *BayObLG DNotZ 1972, 244*, *OLG Stuttgart, JurBüro 1981, 912* und weiteren Rechtsprechungsnachweisen; *Göttlich/Mümmeler* a.a.O., Anm. 23, Seite 1254).

c) Diese Begründung läßt sich indes aufgrund der seit dem 27.6.1997 geltenden Fassung des § 41 Abs. 3 KostO („§ 40 gilt entsprechend“) nicht mehr aufrechterhalten. Vielmehr bemißt sich der Geschäftswert für die Beurkundung von Registervollmachten eines Kommanditisten nach der Neufassung der §§ 40, 41 KostO nach dem Wert der Kommanditeinlage (*LG Heilbronn Rpflerger 1998, 218*; *Hornung, Rpflerger 1997, 516, 519*). Diese Geschäftswertfestsetzung ist auch für die hier in Rede stehende Beglaubigung maßgeblich. Denn nach § 45 Abs. 1 Satz 2 KostO ist für die Beglaubigung von Unterschriften der Wert ebenso zu bestimmen, wie wenn die Erklärung, unter der die Unterschrift beglaubigt wird, beurkundet würde.

aa) § 40 Abs. 1 KostO neuer Fassung hat den allgemeinen kostenrechtlichen Grundsatz zum Gegenstand, demzufolge der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung mit dem Wert

der Erklärung identisch ist, zu der die Zustimmung erteilt wird. § 40 Abs. 2 KostO neuer Fassung weitet die Ausnahmetatbestände zum vorangegangenen Absatz im Vergleich zur alten Rechtslage deutlich aus. Nunmehr findet eine Reduzierung des Geschäftswertes nicht nur dann statt, wenn die Vollmacht „von einem Mitberechtigten“ ausgestellt wird – so § 41 Abs. 3 KostO alter Fassung – sondern schon dann, wenn die Zustimmungserklärung bzw. Vollmacht „aufgrund einer gegenwärtigen oder künftigen Mitberechtigung“ erfolgt. Genau diese Voraussetzung trifft auf den vorliegenden Fall zu, in welchem es um die Vollmacht eines Kommanditisten zu Handelsregisteranmeldungen geht. Grundlage dieser Erklärung ist nichts anderes als die Mitberechtigung, also die Beteiligung an der Gesellschaft (LG Heilbronn a.a.O.; *Hornung* a.a.O.). Für Gesamthandsverhältnisse findet sich eine Konkretisierung der anteiligen Bemessung des Geschäftswertes in § 40 Abs. 2 Satz 3 KostO neuer Fassung dahingehend, daß der Anteil entsprechend der Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen zu bemessen ist.

bb) Neben der offenen Handelsgesellschaft stellt auch die Kommanditgesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft dar (*Palandt-Heinrichs*, Kommentar zum BGB, 56. Aufl., vor § 21 Rdnr. 2). Da der Wert der Kommanditanlage des Kostenschuldners nicht über den Betrag von 30.000 DM hinausgeht, hat das Landgericht zutreffend die Höhe der nach § 45 Abs. 1 KostO zu erhebenden Viertelgebühr mit 30 DM bestimmt, so daß sich zuzüglich Schreibgebühr und Umsatzsteuer im Ergebnis der Gebührenanspruch des Kostengläubigers auf 36,80 DM stellt.

cc) Soweit in der Literatur noch die Ansicht vertreten wird, die neu gefaßte Bestimmung des § 41 Abs. 3 KostO („§ 40 gilt entsprechend“) finde für die Beurkundung von Registervollmachten keine Anwendung, denn anzumelden sei nicht „wegen“ der gesamthänderischen Beteiligung an der Gesellschaft, sondern nach Maßgabe der gesetzlichen Verpflichtung jedes Gesellschafters, jede die KG betreffende Anmeldung zu bewirken (*Rohs/Wedewer*, Kommentar zur Kostenordnung, § 40, Rdnr. 9 sowie § 41 Rdnr. 16; *Lappe* NJW 1998, 1116) vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Nach der neuen Rechtslage und der mit der Gesetzesänderung verbundenen Zielsetzung ist die einschränkende Auslegung des § 41 Abs. 3 KostO alter Fassung gegenstandslos geworden. Vielmehr ist nunmehr der Weg der entsprechenden Anwendung des § 40 KostO eröffnet. Demnach ist gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 KostO eine nur anteilige Geschäftswertbestimmung vorgesehen, die nicht mit dem Wert der Gesamtbeteiligung oder des Gesamthandsvermögens gleichzusetzen ist. Gegen eine solche Handhabung spricht insbesondere die amtliche Begründung zu der Neufassung der Vorschriften der §§ 40, 41 Kostenordnung (Bericht der Abgeordneten *Eylmann, Hartenbach, Häfner* und *van Essen* vom 22.4.1997, BT-Drucksache 13/7489, Seite 59 abgedruckt bei *Rohs/Wedewer* a.a.O., § 40, Rdnr. 1). Darin ist „zu Nr. 3 (§ 40 KostO)“ ausgeführt, daß die nach dem alten Wortlaut dieser Vorschrift gebotene Wertbestimmung nach dem vollen Wert des Rechtsverhältnisses nicht sachgerecht erscheine, weil die nur anteilige Beteiligung eines Gesellschafters bei der Wertermittlung nicht zum Ausdruck komme. Aufgrund dieser Zweckbestimmung wird das Anliegen des Gesetzgebers deutlich, den Wert einer Zustimmungserklärung bzw. einer Vollmacht des Mitberechtigten nicht über den Umfang seines Anteils an dem Gesellschaftsvermögen hinaus anwachsen zu lassen. Die Verbindung mit der hier einschlägigen Vorschrift des § 41 Abs. 3 KostO neuer Fassung ergibt sich ebenfalls aus der amtlichen

Begründung. Denn es heißt dort: „Die Erweiterung des § 40 KostO bedingt eine Folgeänderung von § 41 Abs. 3 KostO“. (BT-Drucksache a.a.O.; abgedruckt bei *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 41 Fußnote 1).

d) Der Kostengläubiger dringt nicht mit seinem Einwand durch, nach der neuen Rechtsauffassung sei es für jeden Kommanditisten sinnvoll, zunächst nur mit einer Einlage in Höhe von 500 DM bis 1.000 DM in die Gesellschaft einzutreten, um dann nach der notariellen Beglaubigung der Vollmacht seine Kommanditeinlage auf mehrere Millionen DM zu erhöhen. Zwar erscheint eine solche zum Zwecke der Kostenersparnis gewählte Handhabung nicht von vornherein ausgeschlossen. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß nach § 45 Abs. 1 Satz 1 KostO die für die Beglaubigung von Unterschriften zu erhebende Viertelgebühr den Höchstbetrag von 250 DM nicht überschreiten darf, so daß die durch den Kostengläubiger aufgezeigte manipulative Möglichkeit der Erzielung eines Gebührenvorteils ohnehin nur einen sehr engen Kostenrahmen betrifft. Darüber hinaus wäre für die durch ihn beschriebenen Fallsituation zu prüfen, ob nicht ein Gesellschaftsvertrag, der nur zum Zwecke der Ersparnis notarieller Gebühren einem Kommanditisten die Aufnahme mit einer zunächst bewußt niedrig angegebenen Einlage ermöglichen soll, als ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist mit der Folge der Gegenstandslosigkeit des nur pro forma angegebenen niedrigeren Einlagebetrages als Geschäftswert.

#### Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse:

Zur Bewertung einer Registervollmacht eines Kommanditisten liegt eine weitere Entscheidung vor. Das OLG Karlsruhe (Beschluß vom 19.11.1998, 11 Wx 88/98) hat wie das OLG Düsseldorf entschieden, daß der Geschäftswert nur nach der einfachen Kommanditeinlage des Vollmachtgebers zu bemessen ist.

Die Prüfungsabteilung der Notarkasse schließt sich den Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Karlsruhe an. Die Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, künftig nur noch die *einfache Einlage des Vollmachtgebers* (Kommanditist) als Geschäftswert anzunehmen. Die im Streifzug durch die KostO, 4. Auflage Rdnr. 950, dargelegte Auffassung zur Bewertung einer Kommanditistenvollmacht wird aufgegeben.

---

25. KostO § 144 Abs. 1 S. 1 (*Bewirtschaftung von Staats- oder Gemeindefeld kein wirtschaftliches Unternehmen i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 1 KostO*)

#### Die Bewirtschaftung des Staats- und Gemeindefeldes ist in Nordrhein-Westfalen kein wirtschaftliches Unternehmen des Landes bzw. der Gemeinde im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO

OLG Hamm, Beschluß vom 21.9.1998 – 15 W 245/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 3) hat am 15.12.1997 einen Vertrag beurkundet, durch den die Beteiligten zu 1) und 2) Waldflächen in den Gemarkungen D. und N. getauscht und aufgelassen haben. Die Urkundsbe-

teiligten haben in § 5 des Vertrages die von der Beteiligten zu 2) übertragenen Grundstücksflächen mit 2.216.146,83 DM bewertet und im Hinblick auf den niedrigeren Wert der von dem beteiligten Land übertragenen Grundstücksflächen eine von ihm zu erbringende Zahlung von 987.572,05 DM vereinbart.

Der Beteiligte zu 3) hat die Kosten für die Beurkundung des Vertrages einschließlich Auslagen und Mehrwertsteuer mit einem Gesamtbetrag von 9.017,15 DM angesetzt, für die er entsprechend einer in dem Vertrag getroffenen Vereinbarung das zu 1) beteiligte Land mit einem Anteil von 64,33% zum Betrag von 5.800,73 DM und die Beteiligte zu 2) mit einem Anteil von 35,67% mit einem Betrag von 3.216,42 DM als Kostenschuldner herangezogen hat. In der notariellen Kostenberechnung hat der Beteiligte zu 3) gleichzeitig die Gewährung einer Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 1 S. 1 KostO abgelehnt.

Gegenüber dieser Kostenberechnung hat zunächst das zu 1) beteiligte Land dem Notar gegenüber Beanstandungen erhoben, die auf die Gewährung einer Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO in Höhe von 60% abzielen. Der Beteiligte zu 3) hat diese Beanstandungen gem. § 156 Abs. 1 S. 3 KostO dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt. Dem nunmehr als Beschwerde geltenden Rechtsmittel hat sich die Beteiligte zu 2) angeschlossen.

Das Landgericht hat die Kostenberechnung des Beteiligten zu 3) abgeändert und anderweitig auf einen Gesamtbetrag von 4.681,65 DM festgesetzt, den es entsprechend dem oben genannten Schlüssel auf die Beteiligten zu 1) und 2) mit 3.011,71 DM bzw. 1.669,94 DM verteilt hat. Dabei hat das Landgericht für die Beurkundungsgebühr eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO einschließlich der Begrenzung der Ermäßigung nach S. 2 derselben Vorschrift berücksichtigt. Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, daß sowohl dem zu 1) beteiligten Land als auch der Beteiligten zu 2) eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO zusteht. Im Ausgangspunkt ist unzweifelhaft, daß sowohl das zu 1) beteiligte Land als auch die Beteiligte zu 2) zu den § 144 Abs. 1 S. 1 KostO begünstigten Kostenschuldnern gehören. Die Gebührenermäßigung greift nicht ein, wenn die Angelegenheit ein wirtschaftliches Unternehmen der Beteiligten zu 1) und 2) betrifft. Hier sind als Staats- bzw. Gemeinewald bewirtschaftete Grundstücksflächen vertauscht worden. Der Senat folgt der Auffassung des Landgerichts, daß es sich bei der Bewirtschaftung des Staats- bzw. Gemeinewaldes nicht um wirtschaftliche Unternehmen handelt. Dafür sind im einzelnen die folgenden Erwägungen maßgebend:

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO wird allgemein in Anlehnung an die entsprechende Begriffsbildung des Kommunalrechts ausgelegt (BayObLGZ 1992, 324, 326; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 144 Rdnr. 4; *Korintenberg-Lappe-Bengel-Reimann*, 13. Aufl., § 144 Rdnr. 13; *Otto* JurBüro 1989, 889, 896; *Mümmeler* JurBüro 1990, 694, 696). Nach § 107 Abs. 1 S. 3 GO NW ist als wirtschaftliche Betätigung der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem privaten Anbieter mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. In Anknüpfung daran nimmt § 107 Abs. 2 S. 1 GO NW bestimmte Arten von Einrichtungen, bei denen die gemeinnützige Zielsetzung im Vordergrund steht, vom Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens aus. Neben denjenigen Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (Nr. 1), gehören dazu auch öffentliche Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind (Nr. 2), insbesondere nach Maßgabe der folgenden Aufzählung u.a. Einrichtungen auf dem Gebiet

Sport oder Erholung, zu denen – ausdrücklich genannt – auch Waldanlagen gehören. Nach § 107 Abs. 2 S. 2 GO NW sind auch diese Einrichtungen, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten und können entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden. Daraus folgt, daß eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Betriebsführung auch solcher Einrichtungen vom Gesetzgeber gewollt ist und ihrer Qualifizierung als nicht wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nicht entgegensteht. Auf die Art der haushaltsrechtlichen Behandlung dieser Einrichtungen als Eigenbetrieb oder als Teil des Verwaltungsvermögens kommt es nicht an. Die gesetzliche Vorschrift des § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GO NW nimmt eine typisierende Einordnung vor. Aus ihr folgt, daß der Gemeinewald generell als Einrichtung der Daseinsvorsorge nicht als wirtschaftliche Betätigung gilt, ohne daß es auf die konkrete Lage und Nutzungsart der jeweiligen Waldfläche ankommt. Der Erholungszweck wird durch das Betretungsrecht für jedermann (§§ 14 BWaldG, 2 LFoG) gesichert. Für die Beteiligte zu 2) folgt daraus, daß die Bewirtschaftung des Gemeinewaldes nicht als wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 144 Abs. 2 S. 1 KostO zu qualifizieren ist.

Für das zu 1) beteiligte Land gilt im Ergebnis nichts anderes. Allerdings hat der Senat in anderem Zusammenhang, nämlich hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung des Bundes (betr. die Telekom nach dem Postverfassungsg vom 8.6.1989), ausgeführt, insoweit sei Zurückhaltung bei der Übernahme kommunalrechtlicher Regelungen geboten (FGPrax 1995, 79 [= MittBayNot 1995, 328]). In dem vorliegenden Zusammenhang bestehen jedoch keine Bedenken, der Regelung in § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GO NW eine Leitbildfunktion auch im Hinblick auf die Bewirtschaftung des Staatswaldes durch das Land zuzumessen. Denn die Bewirtschaftung des Gemeinewaldes folgt nach der Verweisungsregelung in § 32 LFoG denselben Regeln, die nach § 31 LFoG für die Bewirtschaftung des Staatswaldes gelten. Die neuzeitlichen forstwirtschaftlichen Grundsätze, an denen die Bewirtschaftung des Staatswaldes zu orientieren ist, haben nach § 31 Abs. 1 LFoG insbesondere das Ziel, die Ertragskraft des Waldes zu erhalten und die Nachhaltigkeit der Holznutzung zu wahren, den Wald vor Schäden zu bewahren und die Walderzeugnisse nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwerten. Daneben sind nach § 31 Abs. 2 LFoG die Wohlfahrtswirkungen des Waldes zu sichern und ist in besonderem Maße die Erholung der Bevölkerung zu ermöglichen, wobei in besonderen Fällen auch von dem Ziel der Erhaltung der Ertragskraft des Waldes abgewichen werden kann. Die Wohlfahrtswirkungen des Waldes sind in § 10 Abs. 3 LFoG beschrieben, in dem auf die Bedeutung des Waldes für die Umwelt, insbesondere für das Klima, die Reinhaltung der Luft, den Wasserhaushalt, die Bodenfruchtbarkeit, das Landschaftsbild und die Erholung der Bevölkerung hingewiesen wird. Die Gesamtschau der Regelung in § 31 Abs. 1 und 2 LFoG ergibt, daß die verschiedenen Ziele der Bewirtschaftung des Staatswaldes, also die Holzherzeugung nach wirtschaftlichen Grundsätzen einerseits und die Wohlfahrtswirkungen des Waldes andererseits, gleichrangig nebeneinander stehen. Dies kommt deutlich auch in der Vorschrift über Bewirtschaftungsgrundsätze und mittelfristige Betriebsplanungen im Staats- und Gemeinewald (Runderlaß vom 22.12.1997 mit späteren Änderungen [SMBl. NW 79030]) deutlich zum Ausdruck. Dort heißt es zu Ziffer 1.1., die Sicherung des Naturhaushaltes, die Erschließung des Waldes, die Erholung der Bevölkerung und die nachhaltige Holzherzeugung bei gleichzeitiger Erhaltung oder Steigerung der Leistungsfähigkeit der Waldstandorte seien im Zweifelsfall

gleichrangig zu bewerten. Die Festlegung einer Rangfolge ergebe sich aus den Grundsätzen und den allgemeinen Zielen der Raumordnung und Landesplanung, des Landesentwicklungsprogramms, aus den regionalen Zielen der Gebietsentwicklungspläne sowie aus den Grundsätzen und Vorgaben der forstlichen Rahmenplanung. Diese Regelung ergibt in ihrer Gesamtheit, daß die wirtschaftliche Holznutzung eingebettet ist in das übergeordnete, gemeinwohlorientierte Ziel, den Wald als Teil des Naturhaushaltes zu erhalten. Die Bewirtschaftung des Staats- und Gemeindewaldes erfolgt danach nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung. Die Orientierung der Forstwirtschaft an wirtschaftlichen Gesichtspunkten steht unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den Wohlfahrtswirkungen des Waldes. Insofern ist die Regelung mit derjenigen in § 107 Abs. 2 S. 2 GO NW inhaltlich deckungsgleich. Der Umstand, daß auch der private Waldbesitzer nach den Vorschriften des Bundeswaldgesetzes und des Landesforstgesetzes einer weitgehenden Sozialbindung im Hinblick auf die Wohlfahrtswirkungen des Waldes unterliegt, steht dieser Bewertung nicht nur nicht entgegen, sondern bestätigt diese zusätzlich.

Für die Gewährung der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 KostO ist nur von Bedeutung, daß es sich bei der Einrichtung, auf die sich die Beurkundung bezieht, ihrer Art nach nicht um ein wirtschaftliches Unternehmen handelt. Hingegen kommt es nicht darauf an, welchen Zweck die Urkundsbeteiligten mit dem abgeschlossenen Tauschvertrag konkret verfolgt haben. § 144 Abs. 1 S. 3 KostO schließt die Gebührenermäßigung nur aus, wenn eine auch nur teilweise Weiterveräußerung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts an einen nicht begünstigten Dritten beabsichtigt ist. Dafür ist hier auch nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 3) nichts ersichtlich.

Den verfassungsrechtlichen Bedenken, die der Beteiligte zu 3) gegen die durch das Gesetz zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger bundesrechtlicher Vorschriften vom 15.6.1989 (BGBl. I S. 1082) eingeführte jetzige Regelung des § 144 Abs. 1 KostO vorgetragen hat, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem zu § 144 Abs. 3 KostO a.F. ergangenen Beschluß vom 1.3.1978 (BVerfGE 47, 285 = NJW 1978, 1475) eine fehlende konkrete Abwägung in der Richtung beanstandet, inwieweit es den Notaren im Interesse des Gemeinwohls zumutbar ist, Amtshandlungen zu ermäßigten Gebühren vorzunehmen. Diese Abwägung hat der Gesetzgeber nunmehr mit der am 1.7.1989 in Kraft getretenen Neuregelung des § 144 Abs. 1 KostO vorgenommen. Der Senat nimmt insoweit auf die Ausführungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucksache 11/4394 S. 10 f.) Bezug. Soweit der Beteiligte zu 3) die Höhe der hier zum Zuge kommenden Gebührenermäßigung von 50% beanstandet, wird übersehen, daß der Gesetzgeber dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für die Notare durch eine Ermäßigungsstaffel Rechnung getragen hat, die bei niedrigeren Geschäftswerten eine Ermäßigung teilweise ganz ausschließt, teilweise auf deutlich geringere Ermäßigungssätze (beginnend mit 30% bei einem Geschäftswert zwischen 50.000,- DM bis 200.000,- DM) begrenzt. Der Senat hat deshalb keine Bedenken, daß sich die getroffene Gesamtregelung in verfassungsrechtlich unbedenklichen Grenzen hält.

26. BauGB 1986 § 19 Abs. 1; BauGB 1998 § 233 Abs. 1 Satz 1 (*Unanwendbarkeit von § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB auf am 1.1.1998 abhängige Teilungsgenehmigungsanträge*)

**Die Übergangsbestimmung des § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB 1998 gilt nicht für am 1.1.1998 noch abhängige Anträge auf Teilungsgenehmigung.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayVGH, Beschluß vom 4.2.1999 – 1 B 98.1800 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Grziwotz*, Regen

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger beantragte am 8.7.1996 die Genehmigung zur Teilung eines Grundstücks. Die Gemeinde versagte zu dem Antrag ihr Einvernehmen. Mit Bescheid vom 2.10.1996 lehnte das Landratsamt den Antrag mit der Begründung ab, mit der Teilung werde eine planungsrechtlich unzulässige Bebauung im Außenbereich (§ 35 Abs. 2 BauGB) vorbereitet. Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Kläger am 15.5.1997 Klage.

Mit Gerichtsbescheid vom 4.5.1998 wies das Verwaltungsgericht die Klage als unzulässig ab. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, denn der Antrag auf Erteilung der begehrten Teilungsgenehmigung hat sich mit dem Wegfall der Genehmigungspflicht zum 1.1.1998 erledigt. Die Übergangsbestimmung des § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB 1998 gilt nicht für am 1.1.1998 noch abhängige Anträge auf Teilungsgenehmigung,

Maßgebend für die Verpflichtungsklage auf Erteilung der Teilungsgenehmigung ist die gegenwärtige Sach- und Rechtslage.

Der Antrag auf Teilungsgenehmigung vom 8.7.1996 hat sich mit Ablauf des 31.12.1997 erledigt. Durch das am 1.1.1998 in Kraft getretene Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 ist das bundesrechtlich geregelte Rechtsinstitut der Teilungsgenehmigung gemäß §§ 19 bis 21 BauGB a.F. abgeschafft worden. Damit sind die bundesrechtliche Genehmigungspflicht (§ 19 Abs. 1 BauGB a.F.), die Zuständigkeit der Baugenehmigungsbehörde (§ 19 Abs. 3 Satz 1 BauGB a.F.), die Versagungsgründe des § 20 BauGB a.F. und die Genehmigungswirkungen des § 21 BauGB a.F. weggefallen; auch das Erfordernis, ein Genehmigungsverfahren durchzuführen, ist entfallen. An die Stelle der bisherigen Teilungsgenehmigung ist die bundesrechtliche Ermächtigung für die Gemeinden getreten, für Grundstücksteilungen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans durch Satzung nach Maßgabe der näheren Bestimmungen in §§ 19 und 20 BauGB n.F. eine kommunale Genehmigungspflicht einzuführen.

Anträge auf Teilungsgenehmigung, über die bis zum 31.12.1997 noch nicht abschließend entschieden worden ist, sind mit dem Wegfall der Genehmigungspflicht unstatthaft geworden; eine Sachentscheidung darf nicht mehr ergehen (vgl. *Söfker* in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand: März 1998, § 19 Rdnr. 65). Anhängige Verpflichtungsklagen auf Erteilung der Teilungsgenehmigung können keinen Erfolg mehr haben. Die Hauptsache hat sich durch die Gesetzesänderung erledigt (so die wohl übereinstimmende Meinung der mit Bausachen befaßten Senate des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs, vgl. B.v. 23.2.1998 14 B 97.221).

Entgegen einer verbreiteten Meinung (OVG Münster vom 13.2.1998, MittBayNot 1998, 287 f. = NotBZ, 1998, 156 = Jurisdokument Nr. MWRE29008601; VG München vom 2.3.1998 Az. M 8 K 96.112; *Schlichter/Stich*, Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, § 19 Rdnr. 7; *Schmaltz* in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl., § 233 Rdnr. 1 b) findet die Überleitungsbestimmung des § 233 Abs. 1 BauGB n.F. auf am 1.1.1998 anhängige Verfahren wegen Teilungsgenehmigung keine Anwendung.

Nach § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB n.F. werden Verfahren nach dem Baugesetzbuch, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung förmlich eingeleitet worden sind, nach den bisher geltenden Rechtsvorschriften abgeschlossen, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist. Diese Vorschrift ist eine Ausnahmeregelung zu dem Grundsatz, daß Neuregelungen ab ihrem Inkrafttreten anzuwenden sind. § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB n.F. gilt für Verfahren mit mehreren Verfahrensschritten, wie Bauleitplanungsverfahren oder städtebauliche Satzungsverfahren (vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/6392 S. 74 f.; *Löhr* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 6. Aufl., § 233 Rdnr. 2), bei denen Vorschriften für einzelne Verfahrensschritte geändert worden sind. Bestätigt wird dies durch die Rückausnahme des Satzes 2, die für Fälle, in denen mit gesetzlich vorgeschriebenen einzelnen Schritten des Verfahrens noch nicht begonnen worden ist, vorsieht, daß diese auch nach den neuen Vorschriften durchgeführt werden können. § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB 1998 gilt hingegen nicht für Fälle, in denen das Erfordernis, überhaupt ein Verfahren durchzuführen, weggefallen ist. So ist es aber bei der bisherigen Teilungsgenehmigung, denn mit dem Wegfall der Genehmigungspflicht ist auch das Erfordernis entfallen, ein Genehmigungsverfahren durchzuführen. Der Bundesgesetzgeber sieht insoweit kein Bedürfnis mehr für eine präventive Kontrolle.

§ 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB n.F. ist aber auch deshalb nicht anzuwenden, weil es sich bei dem mit dem Antrag auf Teilungsgenehmigung eingeleiteten Verfahren nicht um ein „förmlich eingeleitetes Verfahren“ handelt. Unter einem förmlich eingeleiteten Verfahren ist ein Verfahren zu verstehen, für dessen Einleitung besondere Förmlichkeiten einzuhalten sind, wie dies etwa mit dem Erlaß eines Planaufstellungsbeschlusses und seiner ortsüblichen Bekanntmachung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB) bei Verfahren zur Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen der Fall ist. Dagegen fallen auf Antrag einzuleitende Verfahren (Art. 22 Satz 2 Nr. 1 BayVwVfG) nicht unter die förmlich eingeleiteten Verfahren im Sinne des § 233 Abs. 1 BauGB n.F.; das Verfahren wegen Erteilung einer Teilungsgenehmigung ist ein bloßes Antragsverfahren (*Decker*, BauR 1998, 419/423).

Auch der Zweck der Neuregelung spricht dafür, anhängige Verfahren wegen Teilungsgenehmigung nicht fortzuführen. Der Gesetzgeber hat das bundesrechtliche Rechtsinstitut der Teilungsgenehmigung nach §§ 19 bis 21 BauGB a. F. zum 1.1.1998 abgeschafft, weil es sich in der bisherigen Form nicht bewährt hat (vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/6392 S. 35 f. und S. 53 f.). Daraus folgt der Wille des Gesetzgebers, daß nach der Abschaffung des Rechtsinstituts zu anhängigen Teilungsanträgen keine Teilungsgenehmigungen und auch keine Antragsablehnungen aus Sachgründen mehr ergehen sollen.

Schließlich sprechen auch Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dagegen, anhängige Verfahren wegen Teilungsgenehmigung nach altem Recht fortzuführen. Vor dem 1.1.1998 bestandskräftig erteilte Teilungsgenehmigungen

behaltend die Bindungswirkung des § 21 BauGB a.F. bei. Nach dem 31.12.1997 darf zu anhängigen Anträgen auf Teilungsgenehmigung keine Sachentscheidung mehr ergehen; gleichwohl erlassene Sachentscheidungen sind rechtswidrig und gehen wegen des Wegfalls der bundesrechtlichen Genehmigungspflicht und wegen des Wegfalls der Bindungswirkung der Teilungsgenehmigung inhaltlich ins Leere. Seither sind für Sachentscheidungen zur – kommunalen – Teilungsgenehmigung (Negativattest, Versagung oder Erteilung der Genehmigung, Fiktionszeugnis) ausschließlich die Gemeinden zuständig.

Eine Fortführung des Verfahrens gemäß § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB n.F. kommt daher nicht in Betracht.

Die Darlegungen des Klägers, mit denen er eine Fortführung des Genehmigungsverfahrens nach altem Recht erreichen will, vermögen die vorstehenden Erwägungen nicht zu entkräften. Es steht in der Rechtsmacht des Gesetzgebers, ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie dies § 19 Abs. 1 Satz 1 BauGB 1986 darstellt, zu einem bestimmten Zeitpunkt abzuschaffen. Es steht auch in der Rechtsmacht des Gesetzgebers, zu regeln, daß anhängige Verfahren wegen des Wegfalls der Genehmigungspflicht nicht fortgeführt werden sollen. Die haftungsrechtlichen Überlegungen des Klägers vermögen hieran nichts zu ändern. Im übrigen trifft die Auffassung des Klägers, er sei bei der Verpflichtungsklage wegen einer abgelehnten Teilungsgenehmigung prozessual besser gestellt als bei der Verpflichtungsklage wegen eines abgelehnten Vorbescheids, nicht zu. In beiden Fällen sind nämlich zwischenzeitlich erlassene Veränderungssperren und Bebauungspläne zu berücksichtigen, weil es in beiden Fällen auf die gegenwärtige Sach- und Rechtslage ankommt (vgl. BVerwG vom 2.10.1998 – 4 B 72.98; *Eyermann/Jörg Schmidt*, VwGO, 10. A., § 113 Rdnr. 53; *Kopp/Schenke*, VwGO, 11. A., § 113 Rdnr. 227).

---

27. BauGB §§ 24, 28; BayGO Art. 37 (*Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts durch den Oberbürgermeister*)

**Hat der Oberbürgermeister im Wege einer dringlichen Anordnung gemäß Art. 37 Abs. 3 BayGO wirksam ein gemeindliches Vorkaufsrecht nach dem BauGB für seine Gemeinde ausgeübt, bedarf es für die Auflassung keines gesonderten Beschlusses des Stadtrates.**

LG München I, Beschluß vom 30.11.1998 – 1 T 18868/98 –, mitgeteilt von *Dr. Andrea Schmidt*, Richterin am LG München I

*Aus dem Tatbestand:*

Mit dringlicher Anordnung vom 19.1.1998 übte der Oberbürgermeister der Stadt X. das Vorkaufsrecht gemäß §§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 28 Abs. 2 BauGB für das verfahrensgegenständliche Grundstück zum Kaufpreis vom 4,2 Mio. DM aus.

Im Rahmen der Bekanntgabe dieser dringlichen Anordnung am 28.1.1998 hat der Stadtrat keine eigene Entscheidungszuständigkeit reklamiert.

In der notariellen Urkunde vom 16.3.1998 wurde die Auflassung erklärt und die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch beantragt.

Mit Zwischenverfügung machte die Grundbuch-Rechtspflegerin den Vollzug der Auflassung von der Vorlage der Genehmigung durch die Vollversammlung des Stadtrates abhängig.

Zur Begründung wird ausgeführt: Die dringliche Anordnung des Oberbürgermeisters nach Art. 37 Abs. 3 BayGO vom 19.1.1998 erfasse nur die Ausübung des Vorkaufsrechtes der Stadt X. Sie erstrecke sich nicht auf das hiervon zu trennende dingliche Rechtsgeschäft der Auflassung des Grundstückes. Diesbezüglich fehle es auch bereits an der entsprechenden Dringlichkeit, die Art. 37 Abs. 3 BayGO für eine wirksame Vertretung durch den Bürgermeister voraussetze.

Hiergegen legte die Beteiligte Erinnerung ein.

Rechtspflegerin und Richter haben der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Die Beschwerde hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Die angefochtene Zwischenverfügung ist aufzuheben. Die Vorlage des Gemeinderatsbeschlusses zum Vollzug der Auflassung ist nicht erforderlich.

a) Gegenstand des Erinnerungs- und des Beschwerdeverfahrens ist nur das in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (*Demharter*, a.a.O. § 71 Rdnr. 35 m.w.N.). Es ist deshalb nur darüber zu entscheiden, ob die beantragte Eintragung von der Vorlage eines Beschlusses des Stadtrates abhängig gemacht werden darf.

b) Die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß §§ 24, 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB ist zwar, im Hinblick auf die Höhe des Kaufpreises kein Geschäft der laufenden Verwaltung (vgl. *Schrödter*, BauGB 6. Aufl. § 28 Rdnr. 10 und *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 4116).

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts bedarf es aber zur Auflassung des Grundstückes keiner Beschlußfassung des Stadtrates. Denn bei der Erklärung der Auflassung am 16.3.1998 handelte der Oberbürgermeister lediglich gemäß Art. 36 Satz 1 BayGO in Vollzug der bereits ergangenen dringlichen Anordnung vom 19.1.1998, mit der das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt worden ist.

Gemäß Art. 37 Abs. 3 Satz 1 BayGO war der Oberbürgermeister befugt, anstelle des Gemeinderates, im Wege einer dringlichen Anordnung das Vorkaufsrecht bezüglich des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes auszuüben. Gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB beträgt die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechtes zwei Monate. Diese Frist hat als Ausschlußfrist rechtsvernichtende Wirkung (*Schrödter* a.a.O. § 28 Rdnr. 8). Aus der von der Beteiligten übergebenen Ausfertigung der dringlichen Anordnung vom 19.1.1998 ergibt sich, daß die Behandlung in Form einer dringlichen Anordnung erforderlich war, um eine fristgerechte Zustellung des Ausübungsbescheides sicherstellen zu können. Es bestehen keine Anhaltspunkte, an der Zulässigkeit dieser dringlichen Anordnung zu zweifeln. Zumal auch der Stadtrat die Bekanntgabe der dringlichen Anordnung am 28.1.1998 widerspruchlos zur Kenntnis genommen hat.

Bei Maßnahmen nach Art. 37 Abs. 3 BayGO handelt der 1. Bürgermeister ersatzweise statt des Gemeinderats (*Widmann/Grasser*, BayGO, Art. 37 Rdnr. 10). Seine Anordnung ersetzt damit die Willensbildung des Gemeinderates.

Wenn aber die Vollversammlung des Stadtrates die Ausübung des Vorkaufsrechtes beschlossen hätte, hätte es zur Auflassung des Grundstückes keiner weiteren Beschlußfassung des Stadtrates bedurft. Zur Auflassung wäre der erste Bürgermeister gemäß Art. 36 Satz 1 BayGO befugt gewesen (vgl. BayObLGZ 1974, 81/85 und BayObLG BayVB1 1989, 412).

Da die dringliche Anordnung einem Gemeinderatsbeschuß gleichsteht, bedurfte es somit für die vom Oberbürgermeister erklärte Auflassung keines Genehmigungsbeschlusses des Stadtrates.

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist deshalb aufzuheben.

#### 28. BGB § 436; (*Erschließungskosten im Bauträgervertrag*)

**Hat sich ein Bauträger zur Übernahme „sämtlicher Erschließungskosten i.S. des § 127 BBauG“ verpflichtet, muß er auch dann Erschließungskosten in Höhe von 105,- DM/m<sup>2</sup> tragen, wenn die voraussichtlich entstehenden Kosten im Vertrag mit dem Erwerber mit 40,- DM/m<sup>2</sup> veranschlagt sind und die höhere Belastung erst nach zehn Jahren feststeht.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Gießen, Urteil vom 18.2.1998 – 1 S 413/97 –

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger nehmen die Beklagte, eine Bauträgergesellschaft, auf Erstattung von Erschließungsbeiträgen (5.693,83 DM) in Anspruch. Durch notariellen Vertrag vom 18.12.1984 erwarben die Kläger von der Beklagten eine Eigentumswohnung auf dem Eckgrundstück C. Str./L. Str. in P. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die Wohnanlage erst im Rohbau errichtet. Als Preis wurde ein Betrag von 208.700,- DM vereinbart. In § 9 des Vertrages heißt es:

„Erschließungskosten

Die Verkäuferin (Beklagte) trägt sämtliche Erschließungskosten im Sinne des § 127 BBauG. Dies sind insbesondere die Straßenausbaukosten und die sog. Anliegerbeiträge für öffentliche Versorgungs- und Entsorgungsleitungen.

Die Verkäuferin hat bisher an die Gemeinde P. pro qm DM 12,50 bezahlt, nach Angaben der Gemeinde entstehen voraussichtlich weitere DM 27,50 pro qm.

Der Käufer (Kläger) wurde darauf hingewiesen, daß er trotz der Regelung in diesem Vertrag nach Eigentumsumschreibung für dann fällig werdende Anliegerkostenforderungen der Gemeinde gegenüber haftet. Die Verkäuferin wird deshalb auf Wunsch vor Zahlung der letzten Kaufpreistratte aus diesem Vertrag für die voraussichtlich noch entstehenden Anliegerkosten eine Bankbürgschaft zu Gunsten des Käufers erbringen.“

Durch Bescheid der Stadt P. vom 26.10.1994 wurden die Kläger nach endgültiger Herstellung der Erschließungsanlage zur Zahlung restlicher 1.769,94 DM für den Ausbau der L. Str. herangezogen. Weiterhin hatten die Kläger gemäß Bescheid vom 30.7.1996 eine zweite Vorausleistung i. H. von 3.923,89 DM für den Fertigbau der C. Str. zu erbringen, den die Stadt P. durch Beschluß vom 15.4.1996 nach Art und Umfang festgelegt und zwischenzeitlich in Angriff genommen hatte.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beklagte ist den Klägern gegenüber verpflichtet, die Erschließungskosten zu tragen. Ergeht gegen den Erwerber einer Immobilie ein Bescheid über Erschließungskosten, obwohl diese Kosten vom Bauträger zu tragen sind, steht dem Erwerber ein Freistellungsanspruch oder – im Falle bereits erfolgter Zahlung – ein Rückgriffsanspruch gegen den Bauträger zu (vgl. *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl., Rdnr. 318 m.w.N.).

Entgegen der Auffassung der Beklagten gehen die streitigen Erschließungskosten aufgrund der Regelung in § 9 des Vertrages vom 18.12.1984 zu ihren Lasten, auch wenn sie erst mehr als 10 Jahre nach Vertragsschluß entstanden sind. Dafür spricht schon der Wortlaut der Bestimmung. Mit der Wendung, die Beklagte trage „sämtliche“ Erschließungskosten i. S. von § 127 BBauG, ist sprachlich eine sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch der Höhe nach unbeschränkte Übernahme-pflicht zum Ausdruck gebracht. Auch der Wortlaut des zweiten Absatzes der Vertragsbestimmung gibt die von der Beklagten angenommene Obergrenze ihrer Leistungspflicht nicht her. Das Wort „voraussichtlich“ macht vielmehr gerade deutlich, daß sich die Höhe der noch entstehenden Erschließungskosten und damit der Umfang der zuvor bestimmten Leistungspflicht nicht sicher abschätzen läßt. Eine Höchstgrenze, ein der Beklagten ungünstigstensfalls zur Last fallender Maximalbetrag, kann dem Vertrag rein sprachlich nicht entnommen werden.

Die Wendung „voraussichtlich weitere DM 27,50 pro qm“ macht dann aber doch deutlich, von welcher Größenordnung noch offener Erschließungskosten die Parteien ausgegangen sind. Auch wenn damit sprachlich keine Einschränkung der Verpflichtung zur Übernahme „sämtlicher Erschließungskosten“ ausgedrückt ist, kann die Auslegung des Vertrages nicht beim bloßen Wortlaut stehen bleiben. Das Verständnis eines Vertrages ist nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks auszurichten, vielmehr ist die Vereinbarung so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§§ 133, 157 BGB). Dabei kommen dem mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zweck und der bei Vertragsschluß beiderseits bestehenden Interessenlage besondere Bedeutung zu (*Palandt-Heinrichs*, BGB, 55. Aufl., § 133 Rdnr. 18). Vorliegend bestätigt die teleologische Auslegung jedoch den Vertragswortlaut.

In einem Bauträgervertrag, wie ihn die Vereinbarung vom 18.12.1984 darstellt, verpflichtet sich der Bauträger zur Übereignung eines Grundstücks bzw. eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, und zur bezugsfertigen Herstellung eines Bauwerks auf dem Grundstück gemäß der vom Bauträger bereits entwickelten Planung und Baubeschreibung. Die Gegenleistung des Erwerbers besteht in der als Festpreis vereinbarten Vergütung (*Brych/Pause*, Rdnr. 50 f.), durch die sämtliche für die schlüsselfertige Immobilie erforderlichen Leistungen im Sinne eines Gesamtpreises pauschal abgegolten sind (*Brych/Pause*, Rdnr. 305 f.). In Bezug auf die Vergütung des Bauträgers stellen sich Erschließungskosten nun zwar, insofern als Besonderheit dar, als zum einen das Grundstück für diese Kosten auch noch nach Eigentumsübergang auf den Erwerber haftet, also dieser und nicht der Bauträger Adressat der Heranziehungsbescheide ist, und zum anderen der Bauträger nach 436 BGB hinsichtlich öffentlicher Abgaben auch nicht für die Lastenfreiheit einzustehen hätte. Dies alles ändert aber nichts an dem Umstand, daß der im Bauträgervertrag vereinbarte Festpreis einen Gesamtpreis darstellt, der in Abweichung von 436 BGB auch die Erschließungskosten umfaßt. Eine solche Preisgestaltung hinsichtlich der Erschließung ist die Regel beim Bauträgerkauf (*Brych/Pause*, Rdnr. 315), weshalb alle durch die Errichtung des Bauwerks veranlaßten Erschließungskosten vom Bauträger zu übernehmen sind, solange eine gegenteilige Bestimmung im Bauträgervertrag fehlt (*Brych/Pause*, Rdnr. 315). Eine wie im vorliegenden Fall in den Vertragstext selbst aufgenommene Regelung der Kostentragung für Straßenbau- und sonstige

Erschließungsarbeiten zu Lasten des Bauträgers dient vor diesem Hintergrund der Klarstellung, daß der Erwerber nicht mit ihm zur Zeit des Vertragsschlusses unbekanntem Erschließungskosten belastet wird, die ihren Entstehungsgrund in der vorgesehenen Bebauung haben (OLG Köln, BB 1978, 1641; zustimmend *Brych/Pause*, Rdnr. 315; *Reithmann/Meichssner/von Heymann – Reithmann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., B Rdnr. 71). Durch die Festlegung eines Gesamtpreises im Bauträgervertrag soll der Erwerber genau wissen, welche Kosten auf ihn zukommen, damit er die Durchführbarkeit der in aller Regel notwendigen Finanzierung überschauen kann. Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, die Ungewißheit hinsichtlich der Erschließungskosten dem Erwerber anzulasten. Zwar kann auch der Bauträger nicht bis ins einzelne überschauen, wann die Gemeinde anläßlich der Bebauung Erschließungsmaßnahmen durchführt, welchen Umfang die Arbeiten haben werden, wie lange sie dauern, wie teuer sie kommen und wann abgerechnet wird. Er ist aber weit eher als der Erwerber in der Lage, die voraussichtlichen Belastungen anhand von Erfahrungswerten abzuschätzen. Diesen Faktor kann der Bauträger dann in die Kalkulation aufnehmen und seine Leistung, die Übereignung einer schlüsselfertig erstellten Wohnung, zu einem Preis anbieten, der während der üblichen Kreditlaufzeiten Bestand hat und sich nicht durch unvorhergesehene Folgekosten erhöht. Der Bauträger hat deshalb nicht nur für die bei Vertragsschluß bekannten Erschließungskosten aufzukommen, sondern für alle, deren Entstehen durch die Errichtung des Bauwerks veranlaßt werden, ohne Rücksicht darauf, wann sie beschlossen, ausgeführt und abgerechnet werden.

Der Vertragszweck und die bei Vertragsschluß beiderseits bestehende Interessenlage weisen das Risiko des nachträglichen Anfalls unvorhergesehener Erschließungskosten also der Beklagten zu, weshalb die Vereinbarung vom 18.12.1984 entsprechend auszulegen ist. Es geht bei den Kosten für die Fertigstellung der beiden Straßen entlang des Eckgrundstücks auch nicht um völlig ungewöhnliche, außerhalb jeder Lebenserfahrung liegende Belastungen, die von der vertraglichen Risikozuweisung nicht mehr gedeckt sind. Für eine solche Annahme fehlt jeder Anhaltspunkt. Ausweislich der beiden Bescheide der Stadt P. handelt es sich vielmehr um die endgültige Herstellung bzw. eine Vorstufe der endgültigen Herstellung, mit der von Anfang an zu rechnen war. Die Beklagte durfte nicht davon ausgehen, daß es die Stadt P. bei den Baustraßen – im Sinne einer „einfachen Straße“ zur „Herstellung des Zugangs zum Grundstück“ – belassen würde. Auf den Zeitpunkt der gemeindlichen Beschlußfassung über Art und Umfang, des Ausbaus als solchen kommt es nicht an. Zu berücksichtigen wären allenfalls kostenerhöhende Änderungen der Ausbauplanung. Die Beklagte hat aber nicht vorgetragen, daß es vor dem Beschluß der Stadt P. über Art und Umfang des Ausbaus der C. Str. vom 4.10.1996 einen anderen Beschluß über die Ausführung der Erschließung auf dieser Ausbaustufe gab. Zeitlich liegen die Kosten ebenfalls nicht außerhalb des zu berücksichtigenden Rahmens. Gerade ein Bauträger muß um die Langwierigkeit von Erschließungsmaßnahmen und die langen Zeitspannen bis zur Abrechnung durch die Gemeinde wissen. Zehn bzw. zwölf Jahre, wie im vorliegenden Fall, liegen zudem deutlich innerhalb des Zeitraums, für den der Erwerber im Hinblick auf die regelmäßig notwendige Finanzierung der Immobilie entsprechend dem Zweck des Bauträgervertrages von nachträglichen, durch die Errichtung des Bauwerks veranlaßten Kosten freigestellt sein soll. Auch der Höhe nach hält sich die Risikozuweisung an die Beklagte im Rahmen. Jedenfalls war schon bei Vertragsschluß

absehbar, daß die Erschließungsmaßnahmen insgesamt einen höheren Betrag als nur 40,- DM/qm ausmachen werden.

Nachdem der Bauträgervertrag das Risiko höherer Erschließungskosten der Beklagten zuweist, ist weder Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung, noch können die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Anwendung kommen.

Die Klageforderung ist auch nicht verjährt. Der Rückgriffsanspruch wegen dem Bauträger zur Last fallender Erschließungskosten verjährt gem. § 195 BGB erst nach 30 Jahren (*Brych/Pause*, Rdnr. 318 [Fn. 27]). Soweit sich die Beklagte auf Verwirkung beruft, liegen ihre Überlegungen neben der Sache.

#### **Anmerkung:**

Der vom Landgericht Gießen entschiedene Fall gibt Anlaß, sich über die sachgerechte Abgrenzung von Erschließungskosten Gedanken zu machen. Da die gesetzlichen Regelungen (§§ 446, 436, 103 BGB) für Erschließungskosten nur selten befriedigende Lösungen bieten, betont die Rechtsprechung, der Notar müsse bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags von sich aus die Problematik der Erschließungskosten ansprechen, die nötigen Belehrungen erteilen und bei Bedarf entsprechende Regelungen vorschlagen (BGH DNotZ 1995, 403 = MittBayNot 1994, 460).

Eine für alle Fälle und Interessenlagen passende Gestaltung gibt es nicht. Je nach Situation des Grundstücks und dem Willen der Vertragsteile ist zu differenzieren.

1. Für „normale“ Kaufverträge über Bauplätze und Hausgrundstücke werden in der Praxis vor allem zwei Modelle diskutiert, zum einen die sog. *Ausbauzustandslösung*, nach der der tatsächliche Erschließungszustand zum Stichtag maßgebend ist, zum anderen die sog. *Bescheidslösung*, die auf die Zustellung von Bescheiden zum Stichtag abstellt.

a) Die (eher käuferfreundliche) Ausbauzustandslösung wird nicht selten als gerechtere Lösung angesehen (BGH DNotZ 1995, 403, 405). Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus, die gesetzliche Regelung entspreche in aller Regel nicht dem wahren Willen der Beteiligten, wenn die zugrundeliegenden Erschließungsmaßnahmen bereits vor Vertragsschluß ausgeführt waren. Durchschnittliche, in Grundstücksgeschäften nicht besonders erfahrene Vertragsparteien gingen in der Regel davon aus, daß der vereinbarte Kaufpreis das abschließende Entgelt für das Grundstück, wie es steht und liegt, darstellt. Sie seien mithin der Meinung, daß bei Kaufabschluß vorhandene Erschließungsanlagen mit dem Kaufpreis abgegolten sind und nicht mehr nach Jahr und Tag dem Käufer hierfür noch oft nicht unbeträchtliche Kosten auferlegt werden können. Im Hinblick auf die oft lange Zeit zwischen Herstellung der Erschließungsanlagen und ihrer Abrechnung erkennt der BGH zwar an, daß vielfach weder Verkäufer noch Käufer damit rechnen, daß die lange zurückliegenden Erschließungsmaßnahmen noch nicht abgerechnet sind. Jedoch mache dies es für den Käufer besonders schwer erträglich, daß er die lange vor seinem Eigentumserwerb durchgeführten Maßnahmen nachträglich noch bezahlen soll.

b) Der entscheidende Einwand gegen diese Lösung ist ihre Streitanzfälligkeit. Erschließungskosten werden nicht nach Zeitabschnitten und nicht zu einem bestimmten Stichtag berechnet. Der tatsächliche Ausbauzustand ist im nachhinein kaum feststellbar, ebensowenig lassen sich im nachhinein die

dem Ausbauzustand entsprechenden tatsächlich angefallenen Kosten ermitteln. Daher wird man gerade in kritischen Fällen auf die Abgrenzung nach der Ausbauzustandslösung tunlichst verzichten. Weiter besteht, wenn die Kostenübernahme vom Verkäufer bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt wurde, für den Käufer auch der Nachteil, daß sich die zu zahlende Grunderwerbsteuer entsprechend erhöht. Darüber hinaus droht ihm die Gefahr, für diese Kosten der Gemeinde gegenüber als Eigentümer zu haften, während sein Rückgriffsanspruch gegen den Verkäufer möglicherweise wertlos ist, weil dieser vielleicht nicht mehr aufzufinden oder zwischenzeitig vermögenslos geworden ist. Solche Risiken und Nachteile vermeidet die Bescheidslösung.

c) Nach den den vorstehenden Gestaltungen zugrunde liegenden Erwägungen kann der *Stichtag*, auf den es bei der Abgrenzung sowohl nach der Ausbauzustandslösung als auch nach der Bescheidslösung ankommt, eigentlich immer nur der Tag der Beurkundung (bei der Bescheidslösung vielleicht noch der vorangegangene oder der nachfolgende Tag, bei der Ausbauzustandslösung vielleicht noch der Tag einer Besichtigung des Vertragsobjekts) sein. Kaum sachgerecht erscheint demgegenüber, wenn auf andere Termine, insbesondere den (abweichenden) Tag des Besitzübergangs, abgestellt wird. Für dessen Festlegung spielen ganz andere Überlegungen eine Rolle, z.B. steuerliche Motive, die Abgrenzung von laufenden Kosten und – vor allem bei Mietobjekten – der Aspekt, daß der Übergang von Nutzen und Lasten mit der Zahlung des Kaufpreises korrespondieren sollte.

2. Beim Kauf vom Bauträger müssen andere Überlegungen im Vordergrund stehen. Dort wird in der Regel eine schlüsselfertige Immobilie zu einem Festpreis verkauft. Der Begriff „*schlüsselfertig*“ weist darauf hin, daß uneingeschränkte Bezugsfertigkeit geschuldet ist, so daß der Erwerber nach Durchführung der Bauleistungen unmittelbar mit der Möblierung und dem Bezug beginnen kann, ohne zuvor noch weitere Baumaßnahmen zu unternehmen (Vgl. BGH BauR 1984, 61, 63).

a) Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird, kann der Käufer daher erwarten, daß der Bauträger alle unmittelbar mit der Bauwerkserrichtung in Zusammenhang stehenden Arbeiten, auch soweit sie den sog. Erschließungskosten zuzuordnen sind, zu leisten und die damit verbundenen Kosten zu tragen hat, also z.B. für die erforderlichen Anschlüsse an Gas, Strom, Wasser oder für die angrenzende Straße. Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf (BauR 1994, 803) die Klausel, der Bauträger übernehme auch die „Erschließungskosten für die vollständige erstmalige Erschließung“ so ausgelegt, daß damit auch die Kosten eines privaten Stichweges umfaßt sind, der dazu dient, von der öffentlichen Straße zum Baugrundstück zu gelangen.

b) Hinsichtlich mit der Bauwerkserrichtung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Kosten, z.B. für eine gemeindliche Kläranlage oder ein Wasserrückhaltebecken, lassen sich aus dem Gesichtspunkt der schlüsselfertigen Bauwerkserrichtung zu einem Festpreis keine unmittelbaren Folgerungen ableiten. Hinsichtlich solcher Kosten sind unterschiedliche Abgrenzungskriterien denkbar. Abgestellt werden kann z.B. auf die entsprechende Beschlußfassung der Gemeinde (etwa zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der bezugsfertigen Herstellung, der Besitzübergabe oder der vollständigen Fertigstellung) oder, weil die Beschlußfassung bloß innergemeindlicher Akt ist, auf die Zustellung von Bescheiden zu diesen Zeitpunkten; dabei ist auch zu regeln, ob derjenige, der danach angeforderte Vorauszahlungen zu leisten

hat, auch für eine spätere Schlußrechnung aufzukommen hat. Es kann auch auf einen bestimmten Planungsstand (z.B. zum Beurkundungstermin) oder auf konkrete Erschließungsmaßnahmen abgestellt werden. Die entsprechenden Einrichtungen und Anlagen, für die die Kosten den Bauträger treffen, wie öffentliche Straßen, Wege und Plätze, Grünanlagen, Anlagen zur Ableitung von Abwasser sowie zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser, wären dann im Vertrag aufzuzählen.

c) Bei der Gestaltung der vertraglichen Regelung muß m.E. auch dem Aspekt besondere Bedeutung zukommen, daß der Käufer nur Zahlungen auf den Kaufpreis, sofern keine Abwicklung nach § 7 MaBV erfolgt, nach Maßgabe des Baufortschritts schuldet. Hieraus ergibt sich die für den Bauträger erkennbare und akzeptierte Interessenlage, daß der Käufer jedenfalls bis zur Besitzübergabe (als Zeitpunkt des „wirtschaftlichen Eigentumsübergangs“) nicht über den Festpreis hinaus und außerhalb des Ratenplans mit (oft nicht unerheblichen) Erschließungskosten belastet wird, und zwar auch nicht an die Gemeinde (um den Bauträger von einer Inanspruchnahme wegen Erschließungskosten freizustellen).

Dem steht freilich das Interesse des Bauträgers gegenüber, die ihn treffenden Kosten möglichst genau kalkulieren zu können, was durch weit gefaßte Erschließungskostenregelungen erschwert würde. Dieser Nachteil ist allerdings durch eine entsprechende Kalkulation meist kompensierbar, wobei auch zu berücksichtigen ist, daß der Bauträger mit dem Grundstück, den kommunalen Planungen und der Erschließungskostenproblematik in der Regel weit besser vertraut sein wird als der Käufer. Insofern gilt für den Bauträgervertrag erst recht das, was der Bundesgerichtshof in seiner oben zitierten Entscheidung (DNotZ 1995, 405) ausgeführt hat.

Dies spricht m.E. dafür, daß grundsätzlich neben allen mit der Bauwerkerrichtung unmittelbar in Zusammenhang stehenden auch alle weiteren bis zum Besitzübergang in Rechnung gestellten Kosten für Erschließungsmaßnahmen den Bauträger treffen sollten. Da der Zeitpunkt der Zustellung des Beitragsbescheids oder einer Schlußabrechnung nicht absehbar ist, wird der Bauträger dann mit der Übernahme aller Erschließungskosten kalkulieren müssen, über die bis zum Zeitpunkt des Besitzübergangs Beschluß gefaßt ist bzw. für die bis dahin Vorauszahlungsbescheide erlassen wurden. Dann erscheint eine Regelung sachgerecht, die alle diese Kosten erfaßt und es nicht bei dem eher zufälligen Termin der Zustellung eines Bescheids beläßt.

Diesen Erwägungen folgte auch der vom Landgericht Gießen zu beurteilende Vertrag. Angesichts der die Gestaltung tragenden Erwägungen kann es dann aber auch nicht darauf ankommen, daß die tatsächlichen Erschließungskosten deutlich über der früheren Kalkulation des Bauträgers lagen und erst zehn Jahre nach Abschluß des Kaufvertrages abgerechnet wurden. Das Gericht hat den Bauträger zu recht verurteilt, diese Kosten zu zahlen.

3. Eine Vereinbarung, nach der der Käufer Kosten für Erschließungsmaßnahmen übernimmt, die nach der hier vertretenen Auffassung der Bauträger tragen sollte, erscheint nicht von vornherein unangemessen. Eine weit gefaßte Verpflichtung des Bauträgers zur Übernahme von Erschließungskosten erhöht sein Kalkulationsrisiko. Dies muß zu einer entsprechenden – risikobedingt im Ergebnis vielleicht zu hohen – Kaufpreisbemessung führen. Die vertragliche Vereinbarung schützt den Käufer im Falle der Insolvenz des Bauträgers nicht vor einer Inanspruchnahme durch die Gemeinde. Zudem

kann die Herausnahme von Erschließungskosten aus dem Kaufpreis, weil sich die insoweit maßgeblichen Bemessungsgrundlagen verringern, auch zu einer Entlastung des Käufers von Notar- und Grundbuchkosten sowie von Grunderwerbsteuer führen.

In Betracht gezogen werden kann z.B. eine Regelung, nach der der Bauträger nur die bis zum Vertragsschluß abgerechneten, der Käufer alle später in Rechnung gestellten Erschließungskosten zu zahlen hat. Im Prinzip ist selbst die Übernahme solcher Erschließungskosten, die mit der Bauwerkerrichtung selbst in unmittelbarem Zusammenhang stehen, denkbar. Der Erwerber steht dabei im Ergebnis nicht schlechter als bei der Errichtung eines Gebäudes auf eigenem Grundstück, z.B. durch einen Generalunternehmer. Allerdings bedarf es insofern insbesondere beim Verkauf schlüsselfertiger Objekte zu einem dann *eingeschränkten Festpreis* wegen möglicherweise abweichender Erwartungen des Erwerbers (§ 3 AGBG) sowie wegen § 3 und § 9 AGBG eindeutiger und klarer vertraglicher Bestimmungen. Durch die Verpflichtung zur Übernahme von Erschließungskosten darf der Käufer insbesondere nicht überrumpelt werden.

Notar Dr. Gregor Basty, Weilheim

## Steuerrecht

29. EStG § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 16 (*Steuerliche Anerkennung der Rückwirkung einer Auseinandersetzungsvereinbarung*)

- 1. Eine einfache Nachfolgeklausel in Verbindung mit einer Teilungsanordnung wirkt nicht wie eine qualifizierte Nachfolgeklausel. Die Frage bedarf keiner erneuten Klärung durch den BFH.**
- 2. Es bedarf jedoch der höchstrichterlichen Klärung, unter welchen Umständen es steuerlich anzuerkennen ist, wenn in einer Auseinandersetzungsvereinbarung bestimmt wird, daß die Gewinne des einem der Erben in Erfüllung einer Teilungsanordnung zugewiesenen Gewerbebetriebs diesem vom Zeitpunkt des Erbfalls an zustehen sollen.**

BFH, Beschluß vom 4.11.1998 – IV B 136/98 –

*Aus dem Tatbestand:*

Der am 19.3.1987 verstorbene Ehemann der Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) war einer der beiden Kommanditisten einer GmbH & Co. KG (KG). Einziger Mitkommanditist war sein Bruder. Der Gesellschaftsvertrag der KG enthielt eine sog. einfache Nachfolgeklausel. Beim Tode des Ehemannes der Klägerin wurde er aufgrund eines gemeinschaftlichen Testaments zu gleichen Teilen von seiner Ehefrau und seinem Bruder beerbt. Dieses Testament enthielt zugleich eine Teilungsanordnung, derzufolge der Bruder u.a. den Kommanditanteil des Erblassers an der KG (wie auch den entsprechenden Geschäftsanteil an der GmbH) erhalten sollte. Außerdem sollte er das Geschäftsgrundstück erhalten, an dem der Klägerin allerdings das Nießbrauchsrecht zustehen sollte. Das Nießbrauchsrecht sollte u.a. mit der Auflage eingeräumt werden, daß die Klägerin die mit der Gesellschaft abgeschlossenen Miet- und Pachtverträge fortsetze und nicht wieder heiratete. Der übrige Nachlaß sollte der Klägerin zufallen.

Unter dem Datum vom 19.6.1989 schlossen die Klägerin und ihr Schwager unter Mitwirkung des Testamentsvollstreckers einen Erbauseinandersetzungsvertrag. In diesem Vertrag übertrug die Klägerin

– in Erfüllung der testamentarischen Teilungsanordnung – die Erbsprüche an den GmbH- und KG-Anteilen des Erblassers an ihren Schwager. Das variable Kapitalkonto des Erblassers sollte mit Wirkung auf den Todestag übergehen. Die Klägerin verzichtete gegenüber der GmbH und der KG auf die ihr zustehende Witwenversorgung. Darüber hinaus verzichtete sie auf das ihr lt. Testament einzuräumende Nießbrauchsrecht. Für die Aufgabe dieser Rechte sollte sie von ihrem Schwager den Betrag von 2,5 Mio. DM erhalten, auf den allerdings alle Zahlungen angerechnet werden sollten, die die Klägerin bisher von ihrem Schwager oder der KG erhalten hatte.

Der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) vertrat nach einer Betriebsprüfung die Auffassung, daß die Klägerin für die Zeit vom 19.3.1987 (Erbfall) bis zum 19.6.1989 (Auseinandersetzungsvertrag) Mitunternehmerin gewesen sei, so daß ihr die anteiligen Gewinne zugerechnet werden müßten.

Die Gewinnfeststellungsbescheide für die Jahre 1987 und 1988 wurden bestandskräftig. Eine Klage auf Änderung dieser Bescheide nach den Vorschriften der §§ 172 ff. der Abgabenordnung (AO 1977) blieb erfolglos. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat der Senat mit Beschluß vom heutigen Tag (IV B 146/97) als unbegründet zurückgewiesen.

Auch die Klage wegen des Streitjahres 1989, mit der die Klägerin geltend machte, zu keiner Zeit Mitunternehmerin der KG gewesen zu sein, hatte keinen Erfolg. Die Revision gegen sein Urteil ließ das Finanzgericht (FG) nicht zu. Die hergegen gerichtete Beschwerde der Klägerin hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Es ist zwar – entgegen dem Vorbringen der Klägerin – nicht klärungsbedürftig, ob eine einfache Nachfolgeklausel in Verbindung mit einer Teilungsanordnung wie eine qualifizierte Nachfolgeklausel wirkt. Wohl aber bedarf es der Klärung durch den Bundesfinanzhof (BFH), ob es steuerlich anzuerkennen ist, wenn in einer Auseinandersetzungsvereinbarung bestimmt wird, daß die Gewinne des einem der Erben in Erfüllung einer Teilungsanordnung zugewiesenen Gewerbebetriebs diesem vom Zeitpunkt des Erbfalls an zustehen sollen, auch wenn die Auseinandersetzung später als sechs Monate nach dem Erbfall stattfindet, die Verzögerung jedoch darauf beruht, daß zwischen den Erben Meinungsverschiedenheiten über die Auseinandersetzung bestanden.

a) Der BFH hat im Anschluß an die herrschende Meinung und die Verwaltungsauffassung mehrfach entschieden, daß auch bei Bestehen einer Teilungsanordnung (§ 2048 des Bürgerlichen Gesetzbuches – BGB –) der weichende Erbe bis zur Erbauseinandersetzung an allen Nachlaßgegenständen gesamthänderisch beteiligt ist (BFH-Urteile vom 13.12.1990 IV R 107/89, BFHE 163, 186, BStBl II 1992, 510, und vom 15.3.1994 IX R 84/89, BFH/NV 1994, 847; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen – BMF – vom 11.1.1993, BStBl I 1993, 62, Tz. 76; *Groh*, Der Betrieb – DB – 1992, 1312; *Schmidt*, Einkommensteuergesetz, § 16 Rdnr. 611; *Littmann/Hörger*, Einkommensteuergesetz, § 16 Rdnr. 553, jeweils m.w.N.). Das gilt prinzipiell auch für den zum Nachlaß gehörenden Anteil an einer KG, sofern der Gesellschaftsvertrag keine qualifizierte Nachfolgeklausel enthält. Die Besonderheit eines solchen Falles liegt lediglich darin, daß eine Mitbengemeinschaft nicht Mitglied einerwerbenden Personengesellschaft sein kann; deshalb geht die Beteiligung im Weg der Einzelnachfolge auf die Erben über (Senatsurteil in BFHE 163, 186, BStBl II 1992, 510). Der BFH ist demnach der von *Flume* (DB 1990, 2390, 2391) und *Knobbe-Keuk* (Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., S. 816f.) vertretenen Ansicht nicht gefolgt, derzufolge der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Erbe schon vom Zeitpunkt des Erbfalls

wirtschaftlicher Inhaber der Beteiligung des Erblassers ist (*Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 817 Fn. 207; *Groh*, DB 1991, 724, 726).

b) Geht man mit der BFH-Rechtsprechung davon aus, daß die Ergebnisse eines im Nachlaß befindlichen Unternehmens nicht eo ipso vom Zeitpunkt des Erbfalls an dem durch eine Teilungsanordnung vorgesehenen Übernehmer-Erben zuzurechnen sind, so liegt es doch nahe, daß die steuerliche Behandlung sich an den zivilrechtlichen Vorgaben des jeweiligen Einzelfalls orientiert. Die Erbauseinandersetzung, durch die die Teilungsanordnung umgesetzt wird, kann in unterschiedlicher Form erfolgen, etwa durch den Testamentsvollstrecker, durch ein gerichtliches Vermittlungsverfahren, durch gerichtliches Urteil oder durch einen Auseinandersetzungsvertrag (vgl. im einzelnen *Ermann/Schlüter*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 2042 Rdnr. 7). Es spricht einiges dafür, daß dem durch die Teilungsanordnung begünstigten Erben die Früchte des ihm zugedachten Nachlaßgegenstandes von dem Zeitpunkt ab zustehen, von dem ab er die Durchführung der Teilungsanordnung verlangen kann (*Soergel/Wolf*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., § 2048 Rdnr. 13; *Dütz* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – MünchKomm –, 3. Aufl., § 2048 Rdnr. 20). Das wäre nach § 2042 BGB im Regelfall der Zeitpunkt des Erbfalls („jederzeit“ – vgl. *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, § 44 III. 4. d; *Dütz* in MünchKomm, § 2042 Rdnr. 8). Dieses Ergebnis ließe sich auf eine entsprechende Anwendung der §§ 2184, 2176 BGB stützen (so z.B. *Kregel* in Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, § 2048 Rdnr. 1 a.E.; *Flume*, DB 1990, 2390, 2391).

Es stellt sich demnach die Frage nach der steuerlichen Anerkennung derartiger zivilrechtlicher Rückwirkungen. In seinem Beschluß vom 5.7.1990 GrS 2/89 (BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 [= MittBayNot 1990, 368]) hat der Große Senat des BFH ausgeführt, daß sich die steuerliche Anerkennung einer rückwirkenden Auseinandersetzungsvereinbarung nach der auch sonst zur Rückwirkung von Vereinbarungen vertretenen Auffassung des BFH richtet. Er hat dabei auf die Entscheidungen vom 18.9.1984 VIII R 119/81 (BFHE 142, 130, BStBl II 1985, 55) und vom 23.4.1975 I R 234/74 (BFHE 115, 488, BStBl II 1975, 603) verwiesen. In der Entscheidung in BFHE 142, 130, BStBl II 1985, 55 wird hervorgehoben, daß eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot zugelassen wird, wenn sich die Rückwirkung nur über eine kurze Zeit erstreckt, insbesondere dann, wenn mit der Rückbeziehung kein steuerlicher Vorteil erstrebt, sondern lediglich eine Vereinfachung der Besteuerung bezweckt wird. Im Hinblick hierauf erkennt die Finanzverwaltung eine rückwirkende Auseinandersetzungsvereinbarung in der Regel dann als steuerlich unschädlich an, wenn sie innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgt (BMF-Schreiben vom 11.1.1993, BStBl I 1993, 62, Tz. 9).

Das zweite im Beschluß in BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 zitierte BFH-Urteil in BFHE 115, 488, BStBl II 1975, 603 bezieht sich auf eine andere Gruppe von Rückwirkungsfällen. In ihm wird darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung die steuerliche Rückwirkung von Vergleichen wiederholt anerkannt hat (vgl. auch *Groh*, DB 1990, 2135). So ist beispielsweise ein Vergleich, mit dem sich nach einer Testamentsanfechtung die Testamentserben und die Anfechtenden darauf einigen, daß jedem von ihnen vom Tag des Erbfalls an ein Teil der Erbmasse (nebst Einkünften) zustehen soll, auch einkommensteuerlich zu beachten. Das gilt auch dann, wenn

zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung mehr als vier Jahre liegen (Senatsurteil vom 14.10.1966 IV 61/64, BFHE 87, 387, BStBl III 1967, 175). In jüngerer Zeit hatte der Senat einen Fall zu entscheiden, in dem aufgrund eines Vergleichs der Testamentserbe dem das Testament anfechtenden Erbprätendenten zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten einen Mitunternehmeranteil aus dem Nachlaß übertragen hatte. In einem solchen Fall muß sich der Erwerber zwar so behandeln lassen, als sei er von Anfang an Erbe geworden, es ist jedoch steuerlich zu beachten, wenn aufgrund des Vergleichs die Erträge dem Erwerber erst ab Vertragsschluß zustehen (Urteil vom 13.2.1997 IV R 15/96, BFHE 183, 39, BStBl II 1997, 535).

Der Streitfall wirft die Frage auf, ob eine steuerlich zu beachtende Rückwirkung auch dann in Betracht kommt, wenn sich die Erbauseinandersetzung deshalb verzögert, weil zwischen den Beteiligten Meinungsverschiedenheiten bestehen, die zwar nicht zu einem Gerichtsverfahren führen, gleichwohl aber erst nach längeren Verhandlungen durch einen Auseinandersetzungsvertrag beseitigt werden können (so z.B. das rechtskräftige Urteil des Niedersächsischen FG vom 20.10.1993 XIII 287/89, Entscheidungen der Finanzgerichte 1994, 507). Die Frage bedarf schon deshalb der Klärung durch den BFH, weil die Finanzämter die Anweisung in Tz. 9 des BMF-Schreibens vom 11.1.1993 (BStBl I 1993, 62) dahingehend verstehen könnten, daß eine steuerliche Anerkennung derartiger Rückwirkungen nach dem Ablauf von sechs Monaten seit Eintritt des Erbfalls nicht zulässig sei.

Die Frage ist auch klärungsfähig. Zwar enthält das FG-Urteil den Satz, die Klägerin habe in dem Zeitraum zwischen Erbfall und Auseinandersetzung „die auf sie entfallenden Gewinnanteile“ tatsächlich erhalten. Diese nicht näher begründete Feststellung widerspricht jedoch den vom FG in Bezug genommenen Regelungen des Auseinandersetzungsvertrags vom 19.6.1989 und ist daher für das Revisionsgericht nicht bindend (*Gräber/Ruban*, Finanzgerichtsordnung, 4. Aufl., § 118 Rdnr. 41, m.w.N.). Im Auseinandersetzungsvertrag ist bestimmt (§ 5 letzter Absatz), daß der Saldo des variablen Kontos des Erblassers per Todestag mit allen Rechten und Pflichten von der Klägerin auf ihren Schwager übertragen wird. Das bedeutet, daß die Gewinne, die diesem Konto nach dem Todestag gutgeschrieben wurden, dem Schwager als Unternehmensnachfolger zugute kommen sollten. Dafür spricht auch § 6 Buchst. c der Vereinbarung. Diese Regelung sieht vor, daß die Klägerin für den Verzicht auf ihre betriebliche Witwenversorgung und auf das ihr in der Teilungsanordnung zugeordnete Nießbrauchsrecht am Betriebsgrundstück einen Betrag in Höhe von 2,5 Mio. DM erhalten sollte, daß hierauf jedoch sämtliche Zahlungen, die die Klägerin nach dem 31.10.1988 von ihrem Schwager und den Gesellschaften (GmbH und KG) erhalten hatte, anzurechnen waren. Sofern die Klägerin mithin überhaupt Gewinne aus der KG entnommen haben sollte, waren diese jedenfalls insofern im Wege der Anrechnung zurückzugewähren, als sie nach dem 31.10.1988 entnommen waren. Dazu gehören insbesondere die das Streitjahr 1989 betreffenden Gewinne.

30. EStG § 2 Abs. 1, § 15; AO 1977 § 38, § 42 (*Gewerblicher Grundstückshandel bei Zwischenschaltung einer GmbH zur Weiterveräußerung*)

**Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Steuerpflichtigen gewerbliche Einkünfte aus einem Grundstückshandel zugerechnet werden können, wenn er mehrere Grundstücke in einem einzigen rechtsgeschäftlichen Vorgang an eine ihm nahestehende GmbH veräußert, die anschließend die Grundstücke einzeln weiterverkauft.**

BFH, Urteil vom 17.6.1998 – X R 68/95 –

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) betrieb als Einzelunternehmer bis Ende 1987 ein Tiefbauunternehmen. Diese Tätigkeit stellte er am 4.1.1988 ein. Der Geschäftsbetrieb wurde auf eine neugegründete Firma, die „F GmbH“, übergeleitet. An dieser GmbH waren der Kläger selbst sowie sein Sohn D zu je 50 v.H. beteiligt.

Mit Vertrag vom 2.5.1985 erwarb der Kläger ein bis dahin als landwirtschaftliches Grünland genutztes, 1,6569 ha großes Grundstück zum Preis von 204 000 DM. Dieses Grundstück grenzte an ein Wohngebiet in W an. In § 8 des Vertrages heißt es:

„Der Käufer beabsichtigt, das erworbene Flurstück zu erschließen und in Bauparzellen vermessen zu lassen. Das angrenzende Flurstück ..., das im Eigentum von ... steht, wird in die Erschließung mit einbezogen. Die Kosten für die Erschließung dieses Flurstückes werden vom Käufer übernommen.“

Im Zeitpunkt des Kaufes war dieses Grundstück an einen Landwirt verpachtet. Der Kläger trat in den Pachtvertrag ein.

Bereits am 7.11.1984 hatte die Gemeinde B einen Bebauungsplan für dieses Gebiet aufgestellt, der am 26.11.1985 vom Landkreis A genehmigt wurde. Im Jahre 1987 beantragte der Kläger beim Landkreis A die Teilung des Grundstücks. Es entstanden 18 Bauparzellen nebst Straßenland. Die Aufwendungen für den Teilungsplan und für die Vermessung in Höhe von 16 951,12 DM trug der Kläger.

Mit Vertrag vom 30.3.1988 veräußerte der Kläger das gesamte parzellierte Grundstück – alle Einzelparzellen – in einem einzigen Vertrag zum Kaufpreis von 485 000 DM an die F GmbH, welche – so die ausdrückliche Feststellung des Finanzgerichts (FG) – die „Erschließung des Baugebietes durchführte“ und die einzelnen Parzellen an Bauwillige veräußerte.

Nach einer Außenprüfung vertrat der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, der Kläger habe mit dem An- und Verkauf des Grundstücks einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben. Das FA ermittelte einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 229 948 DM.

Gegen den auf dieser Grundlage festgesetzten Gewerbesteuermeßbetrag für das Streitjahr 1988 hat der Kläger nach erfolglosem Einspruch Klage erhoben, der das FG stattgegeben hat.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts. Das FG habe nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Kläger mit Vertrag vom 30.3.1988 nicht ein einziges Grundstück, sondern 18 einzelne Parzellen veräußert habe. „Objekt“ i.S. des Grundstückshandels sei jedes einzelne Immobilienobjekt, das selbständig veräußert und genutzt werden könne (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 30.6.1993 XI R 38, 39/91, BFH/NV 1994, 20). Dies gelte auch dann, wenn die Grundstücke in einem einmaligen und einheitlichen Vorgang veräußert würden (vgl. BFH-Urteil vom 10.10.1991 XI R 22/90, BFH/NV 1992, 238). Im Streitfall ergebe sich die Nachhaltigkeit bereits aus der Zahl der veräußerten Objekte. Zu Unrecht habe das FG darauf abgestellt, daß der Kläger das Grundstück nicht in Weiterveräußerungsabsicht erworben habe.

Die Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist

ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit im Sinne des Einkommensteuerrechts anzusehen ist. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs ist außerdem, daß die Betätigung den Rahmen privater Vermögensverwaltung überschreitet (*Schmidt*, Einkommensteuergesetz, 17. Aufl., 1998, § 15 Rdnr. 50, m.w.N.).

Nach der Entscheidung des Großen Senats des BFH in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 haben für die Abgrenzung Gewerbebetrieb/private Vermögensverwaltung die Zahl der Objekte „und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf)“ für die Beurteilung am Maßstab des § 15 Abs. 1 EStG eine indizielle Bedeutung: Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, „eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum ‚Bild des Gewerbebetriebs‘ – dem Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie der Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen“. Eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung ist „im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert werden“.

2. Für sich betrachtet sind im Streitfall An- und Verkauf des Grundstücks durch den Kläger selbst nicht nach § 15 EStG steuerbar. Auf der Grundlage der vom FG getroffenen Feststellungen fehlt es jedenfalls an der in § 15 Abs. 2 EStG vorausgesetzten „Nachhaltigkeit“ von Verkäufen.

a) Beim Kauf und Verkauf von Wohnungen hat die Rechtsprechung die Nachhaltigkeit überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, anhand der Anzahl der Verkäufe beurteilt (z.B. BFH-Urteile vom 11.4.1989 VIII R 266/84, BFHE 156, 476, 479, BStBl II 1989, 621; vom 16.4.1991 VIII R 74/87, BFHE 164, 347, 349, BStBl II 1991, 844; vom 11.12.1991 III R 59/89, BFH/NV 1992, 464). Wird ein Gebäude mit einer Vielzahl von Wohnungen an einen einzigen Erwerber veräußert, fehlt es in der Regel an einer nachhaltigen Betätigung (beiläufig BFH-Urteil vom 15.12.1971 I R 49/70, BFHE 104, 178, 180, BStBl II 1972, 291). Eine *Mehrzahl* von Objekten wird veräußert, wenn Miteigentumsanteile an einem Wohnkomplex an *unterschiedliche Erwerber* veräußert werden.

b) Nach dem BFH-Urteil in BFH/NV 1994, 20 (unter Bezugnahme auf das Urteil des XI. Senats in BFH/NV 1992, 238) bedeutet der Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen eines Mehrfamilienhauses zum gleichen Zeitpunkt und „in einem einmaligen und einheitlichen Vorgang“ – „durch fünf selbständige, zeitlich zusammenfallende Veräußerungsgeschäfte“ – an *einen einzigen* Erwerber „trotz Einheitlichkeit der Bauplanung und des Veräußerungsentschlusses“ – im Rahmen der sog. Objektgrenze – die Veräußerung mehrerer Objekte. Die „lediglich zeitliche Zusammenfügung mehrerer Rechtshandlungen“ ist hiernach für die Frage einer Wiederholungsabsicht ohne Bedeutung. Das für die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels erforderliche Merkmal der Nachhaltigkeit kann in diesem Zusammenhang gegeben sein, wenn der Verkäufer im Bau- und Immobilienbereich tätig ist und wenn er zeitnah weitere Grundstücksgeschäfte vornimmt. Mithin wird „bei einem einzigen Verkaufsgeschäft mehrerer Wohn-

objekte oder Grundstücke“ eine Nachhaltigkeit nur angenommen, wenn sich aus anderen objektiven Umständen ergibt, daß noch weitere Grundstücksgeschäfte geplant sind (vgl. ferner BFH-Urteile vom 12.7.1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143; vom 16.1.1996 VIII R 11/94, BFH/NV 1996, 676).

c) Ausweislich des durch Bezugnahme (§ 105 Abs. 3 FGO) festgestellten Inhalts des Veräußerungsvertrages vom 30.3.1988 ist „der im Grundbuch von ... verzeichnete Grundbesitz“ veräußert worden. In Anbetracht dessen, daß bereits im Jahre 1987 die Teilung des Grundstücks beantragt worden war, könnte dies entgegen der Annahme des FG dahin zu verstehen sein, daß die einzelnen bereits gebildeten Parzellen – wenn auch insgesamt an eine einzige Erwerberin – veräußert worden sind. Gleichwohl ist die für die Anwendung des § 15 Abs. 2 EStG vorauszusetzende „Nachhaltigkeit“ zu verneinen, da weder Feststellungen zu etwaigen weiteren Grundstücksgeschäften des Klägers vorliegen noch etwas dafür ersichtlich ist, daß der Kläger sich zuvor um Einzelverkäufe bemüht hätte (vgl. zu letzterem Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, unter 1. c. bb letzter Absatz der Entscheidungsgründe).

3. Indes kann sich die Steuerbarkeit hier, was vom FG im zweiten Rechtsgang zu prüfen sein wird, aus § 15 EStG – jedenfalls i.V.m. § 42 der Abgabenordnung (AO 1977) – unter dem Gesichtspunkt ergeben, daß die Veräußerungen der einzelnen Grundstücksparzellen durch die GmbH dem Kläger zuzurechnen sind.

a) Nach dem Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143 kann im Einzelfall in der Zwischenschaltung einer ausschließlich aus nahestehenden Personen gebildeten Gesellschaft (GmbH & Co. KG) ein Scheingeschäft i.S. des § 41 AO 1977 oder ein Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten liegen. Letzteres sei unter dem Gesichtspunkt anzunehmen, daß es dem vom Verkäufer erstrebten Ziel meist unangemessen sei, „wenn unzusammenhängende Grundstücke nur insgesamt in einem Rechtsgeschäft oder an einen einzigen bestimmten Käufer veräußert“ würden; bei einer solchen Gestaltung liege es daher nahe, daß dies ausschließlich geschehe, um die Besteuerung als gewerblichen Grundstückshandel zu vermeiden. Unabhängig davon, ob die zwischengeschaltete Gesellschaft als Strohmann tätig sei, könne eine mißbräuchliche Gestaltung z.B. auch dann vorliegen, wenn die von der zwischengeschalteten Gesellschaft aufgewendeten Mittel für den Kaufpreis ganz oder zu einem erheblichen Teil vom Steuerpflichtigen selbst stammten oder im wesentlichen erst aus dem Verkaufserlös für den Weiterverkauf der Wohnungen oder Gebäude aufgebracht werden müßten. Eine mißbräuchliche Gestaltung komme insbesondere dann in Betracht, wenn die in den Vertrieb der Grundstücke eingeschaltete Gesellschaft im wesentlichen nur zu dem Zweck des Kaufs und Weiterverkaufs der Grundstücke gegründet worden sei und einen so hohen Kaufpreis gezahlt habe, daß von vornherein nur ein Verlust oder ein unerheblicher Gewinn aus dem Weiterverkauf zu erwarten gewesen sei. Die Anwendung des § 42 AO 1977 bewirkt nach Auffassung des Urteils in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, daß sich der Verkäufer die nachhaltige Teilnahme der Gesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zurechnen lassen muß. Nach dem BFH-Urteil vom 4.3.1993 IV R 28/92 (BFH/NV 1993, 728, unter 2.) ist es rechtlich nicht notwendig, daß die zwischenerwerbende Gesellschaft im wesentlichen zum Zweck des Ankaufs und des Wiederverkaufs gegründet worden ist.

Im Beschluß vom 25.4.1996 VIII B 50/95 (BFH/NV 1996, 746) sieht der VIII. Senat des BFH die Rechtsfrage als geklärt an, daß ein für die Besteuerung unbeachtliches Scheingeschäft oder ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts vorliegen kann, wenn eine Personengesellschaft – und gleichermaßen eine Kapitalgesellschaft – „in den gewerblichen Grundstückshandel zwischengeschaltet“ wird. Der VIII. Senat bezieht sich für diese Aussage auf die Rechtsprechung zur Zwischenschaltung ausländischer Kapitalgesellschaften (BFH-Urteil vom 28.1.1992 VIII R 1/88, BFHE 167, 273, BStBl II 1993, 84 m.w.N.) und zur sog. umsatzsteuerrechtlichen Zwischenvermietung (BFH-Urteil vom 22.6.1989 V R 34/87, BFHE 158, 152, BStBl II 1989, 1007) sowie auf die Unbeachtlichkeit der Rechtsform der juristischen Person auch im Zivilrecht, wenn sie zu rechtlich mißbilligten Zwecken mißbraucht wird (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30.1.1956 II ZR 168/54, BGHZ 20, 4, 13).

b) Der erkennende Senat schließt sich den Rechtsgrundsätzen des Urteils in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143 mit der Maßgabe an, daß jene Entscheidung einen charakteristischen Beispielsfall für einen zulässigen „Durchgriff durch die Gesellschaft“ beschreibt. Bei der auch im Streitfall in Betracht kommenden einvernehmlichen und „gesamtplanmäßigen“ Auslagerung einzelner Tatbestandselemente, die – in der Person des Anteilseigners verwirklicht – den Tatbestand „Erzielen gewerblicher Einkünfte“ vervollständigt hätte (hier: Vertrieb von Grundstücken durch nachhaltige Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr), auf eine in bezug auf diese Tätigkeit funktionslose Gesellschaft ist bereits in Erwägung zu ziehen, daß auf diese Weise der Tatbestand des § 15 EStG zumindest teilweise „aufgrund mittelbarer Tatherrschaft“ (vgl. hierzu von Groll, Steuer und Wirtschaft 1995, 326) des Grundstücksveräußerers verwirklicht wird. Solches ist anzunehmen, wenn der Grundstücksveräußerer den einkommensteuerbaren Handlungstatbestand arbeitsteilig organisiert und sich selbst den wirtschaftlichen Erfolg der Transaktion sichert. Werden in einem solchen Falle die Grundstücke „in einem einzigen Veräußerungsakt“ an einen anderen Rechtsträger veräußert, der aufgrund objektiv erkennbarer Umstände den Vertrieb der einzelnen Grundstücke übernehmen soll und übernimmt und keinen oder einen unwesentlichen Gewinn aus der (Weiter-)Veräußerung erzielt, ist es für die Tatbestandsverwirklichung i.S. des § 2 Abs. 1 i.V.m. § 15 EStG unerheblich, daß der Steuerpflichtige nicht in eigener Person nachhaltig am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen hat. Insbesondere eine den tatsächlichen Verkehrswerten nicht entsprechende Gestaltung des Kaufpreises und die zeitnahe Weiterveräußerung durch den Dritten indizieren einen zwischen dem Steuerpflichtigen und der Gesellschaft abgesprochenen Gesamtplan, der die in eigener Person und die „mittelbar“ durch den anderen Rechtsträger verwirklichten Tatbestandsmerkmale (nachhaltige Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr) zu dem vom Steuerpflichtigen selbst zurechenbar verwirklichten Steuertatbestand verklammert. Denn rechtlich maßgeblich ist hiernach, daß die „unmittelbaren“ und zurechenbaren „mittelbaren“ Tätigkeiten des Steuerpflichtigen selbst – Ankauf und zeitnahe Veräußerung zwecks Erzielung von Gewinnen aus der Umschichtung von Vermögenswerten – aufgrund einer Gesamtwürdigung als gewerblicher Handel mit Grundstücken zu qualifizieren sind.

c) Diese rechtliche Sicht wird bestätigt, jedenfalls aber rechtlich ermöglicht durch die Anwendung des § 42 AO 1977. Nach dieser Vorschrift kann durch einen Mißbrauch von

Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts „das Steuergesetz nicht umgangen werden“; liegt ein Mißbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre. Auf dieser Rechtsgrundlage wird eine Umgehung des § 15 EStG dadurch verhindert, daß eine Auslagerung einzelner vom Steuerpflichtigen zurechenbar verwirklichter Tatbestandselemente des § 15 EStG auf eine Gesellschaft als Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht anerkannt wird.

Nach Auffassung des Senats ist eine allgemeingültige Antwort auf die Frage, wann die Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 42 AO 1977 mißbräuchlich ist, nicht möglich. Die Antwort hängt ab vom Inhalt der Norm, deren Rechtsgeltung zu sichern ist, und von den tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall. Eine die Steuerbarkeit begründende Norm (hier: § 15 EStG) ist erfüllt, wenn der Steuerpflichtige selbst den im Gesetz umschriebenen (Handlungs-)Tatbestand erfüllt oder zurechenbar erfüllen läßt (§ 38 AO 1977, hier i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG), ihm der wirtschaftliche Erfolg zugute kommt und ihm die in dieser Weise bewirkte Vermögensmehrung zufließt. Ist dies der Fall, ermöglicht § 42 AO 1977 eine Anwendung des § 15 EStG ungeachtet dessen, daß der Steuerpflichtige hinsichtlich eines den Steuertatbestand erfüllenden Teilakts nicht in eigener Person „nachhaltig“ tätig wird und/oder sich „am allgemeinen steuerlichen Verkehr beteiligt“, sondern sich hierfür planmäßig eines Dritten bedient, um realisierte Wertsteigerungen ganz oder teilweise im nichtsteuerbaren Bereich der Vermögensverwaltung entstehen zu lassen. Die Einschaltung des Dritten erscheint deswegen als „nur formal“ und insofern mangels wirtschaftlich vernünftiger Gründe i.S. des § 42 AO 1977 mißbräuchlich, weil dieser absprachegemäß weitere Merkmale des steuerbaren Tatbestands verwirklicht und der Steuerpflichtige selbst über die Gestaltung und Ausführung des Gesamtplans den Geschehensablauf beherrscht sowie über das vom Dritten zu zahlende Entgelt an dem wirtschaftlichen Erfolg des Handels mit Grundstücken teilhat. Der erkennende Senat schließt sich daher der Auffassung des III. Senats in seinem Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143 darin an, daß eine unangemessene Relation zwischen den von dem Steuerpflichtigen selbst und vom Dritten erzielten Vermögensmehrungen ein Indiz dafür ist, daß der Dritte nur „pro forma“ in die Veräußerung von Grundstücken eingeschaltet ist. Eine solche gesamtplanmäßige Gestaltung hat letztlich den Zweck, Gewinne aus der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr in einer nichtsteuerbaren Sphäre entstehen zu lassen. Die Bewertung als „Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten“ erhält ihre rechtliche Begründung aus dem gesetzlichen Tatbestand des § 15 EStG, dessen Rechtsgeltung gerade für den Fall zu sichern ist, daß der Steuerpflichtige der Verwirklichung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale dadurch auszuweichen sucht, daß er diese „pro forma“ auf ein anderes Rechtssubjekt „auslagert“. Ein solcher Umweg ist im Verhältnis zum Belastungsgrund des § 15 EStG „unangemessen“, weil er das vom Steuerpflichtigen organisierte und beherrschte Geschehen „künstlich“ und ohne außersteuerlichen wirtschaftlich vernünftigen Grund auf verschiedene „Rechtsträger“ aufteilt. Der Belastungsgrund des § 15 EStG liegt in der Erfassung aller vom Steuerpflichtigen durch eigene, im Steuertatbestand beschriebene Tätigkeiten zurechenbar erzielten Einkünfte.

d) Unter den genannten Voraussetzungen könnte der Kläger auch nicht mit seinem Vortrag Erfolg haben, er habe die Par-

zellen nur an die GmbH veräußern wollen. Dieses Vorbringen kann das steuerrechtlich unbeachtliche Motiv dafür sein, daß der Kläger den rechtlichen Folgen einer Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale „nachhaltig“ und „Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ ausweichen wollte.

e) Es kann dahingestellt bleiben, ob § 42 AO 1977 nur dann anwendbar ist, wenn dem Steuerpflichtigen in subjektiver Hinsicht eine Mißbrauchsabsicht nachzuweisen ist (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 10.9.1992 V R 104/91, BFHE 169, 258, BStBl II 1993, 253). In Fällen, in denen die hier erörterte Aufspaltung der Tatbestandsverwirklichung und die Verlagerung von Wertschöpfungen einvernehmlich geplant und verwirklicht wird, ist eine Mißbrauchsabsicht zu vermuten (vgl. BFH-Urteil vom 9.12.1993 V R 96/91, BFH/NV 1995, 460).

4. Der XI. Senat des BFH hat in seinem Urteil vom 13.12.1995 XI R 43-45/89 (BFHE 179, 353, BStBl II 1996, 232) unter Bezugnahme auf die Entscheidung vom 31.7.1990 I R 173/83 H (BFHE 162, 236, BStBl II 1991, 66, unter III. 2. e) entschieden, daß der Steuerpflichtige nicht in eigener Person am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilhaben müsse; es reiche aus, daß ihm eine für seine Rechnung ausgeübte Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zuzurechnen sei. Entscheidend sei darauf abzustellen, ob für außenstehende Dritte dessen Wille erkennbar werde, ein Gewerbe zu betreiben. In dieser Hinsicht komme es maßgeblich auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an. Handele ein Dritter nicht im Auftrag und für Rechnung oder in Vertretung des Steuerpflichtigen, könne eine Teilnahme des Steuerpflichtigen am Marktgeschehen auch dann gegeben sein, wenn der Steuerpflichtige mit dem Dritten nur *ein* Geschäft tätige, dieser aber in Wirklichkeit und nach außen erkennbar in der Absicht vorgeschaltet sei, sich an den allgemeinen Markt zu wenden. Voraussetzung für eine solche Annahme sei, daß es sich bei dem Steuerpflichtigen und dem Dritten um nahestehende Personen handele, und der Steuerpflichtige rechtlich und tatsächlich in der Lage sei, über die Entscheidungen des Dritten zu bestimmen.

Der XI. Senat hat auf Anfrage mitgeteilt, daß der erkennende Senat von seinem Urteil in BFHE 179, 353, BStBl II 1996, 232 nicht abweicht.

5. Da das FG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist und sich sein Urteil auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend darstellt, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die nicht spruchreife Sache geht an das FG zurück.

Das FG wird im zweiten Rechtsgang prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 EStG i.V.m. § 42 AO 1977 vorliegen. Ein Gestaltungsmißbrauch wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Kläger mit dem von der GmbH erhaltenen Entgelt für die vereinbarungsgemäß weiterzuveräußernden Bauparzellen die seit dem Erwerb im Jahre 1985 eingetretene Wertsteigerung realisiert hat. Eine solche Vereinbarung kann aufgrund einer tatsächlich zeitnahen Abfolge von Veräußerung an die GmbH und deren Weiterveräußerung sowie des Umstands vermutet werden, daß die GmbH selbst aus der Veräußerung der einzelnen Baugrundstücke keine oder keine nennenswerten Gewinne erzielt hat. In diesem Zusammenhang wird das FG der Frage nachgehen müssen, worauf – unter Berücksichtigung der Tatsache, daß nach seinen Feststellungen erst die GmbH die Erschließung des Baugebietes durchgeführt hat – die zwischen Mai 1985 und März 1988 eingetretene Wertsteigerung zurückzuführen ist. Weiterhin wird von Bedeutung sein, ob die Bauparzellen zum alsbaldigen Verkauf oder zur Nutzung durch den Kläger selbst bestimmt waren; im ersten Fall gab es außer dem Motiv, Steuern zu sparen, keinen wirtschaftlich vernünftigen Grund, den Vertrieb der Grundstücke mittels Eigentumsübertragung einer in bezug auf die Weiterveräußerung funktionslosen, weil ohne oder nur mit geringer Gewinnspanne operierenden Gesellschaft zu übertragen.

Gegebenenfalls wird das FG weiterhin prüfen, ob die GmbH einen unangemessen hohen Preis für das Grundstück gezahlt hat und deswegen eine verdeckte Gewinnausschüttung in Betracht kommt.

## Personaländerungen

### 1. Versetzung in den Ruhestand / Erlöschen des Amtes nach § 49 BNotO:

Mit Wirkung vom 25.2.1999:

Notar Anton Röth, Weißenhorn (§ 49 BNotO)

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

Notar Hans-Georg Stühler, Ebersberg (Ruhestand)

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.1999:

Heilsbronn dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Dr. Gerald Weigl  
Notar Peter Füller) (bisher in München Notarstelle  
Dr. Vossius)

Volkach a. Main der Notarassessorin  
Dr. Christina Wolf  
(bisher in München Notarstellen  
Dr. Cieslar/Dr. Reiß)

Haag i. OB dem Notar  
Eckard Schreiber  
(bisher in Furth i. Wald)

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

Germersheim dem Notar  
Dr. Gerald Wolf  
(bisher in Waldfischbach-  
Burgalben)

Mit Wirkung vom 1.8.1999:

Landshut dem Notar  
(in Sozietät mit Robert Schmidmeister  
Notar Volland) (bisher in Griesbach i. Rottal)

### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.1999:

Kapfer Anja, Ansbach (Notarstelle Dr. Anderle)

Koller Bertrand, Mainburg (Notarstelle Dr. Malzer)

### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Ulrike Zischka, München (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt), ab 1.1.1999 in Kempten (Notarstelle Dr. Zechiel)

Notarassessor Stephan Seidl, Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel), ab 1.4.1999 in Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Fleischer)

Notarassessor Axel Adrian, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter), ab 1.4.1999 in Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Notarassessorin Dr. Margit Twehues, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 12.4.1999 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Ferdinand Huwendiek, München (Notarstelle Weiß), ab 12.4.1999 in München (Notarstellen Dr. Reinl/ Zöllner)

Notarassessor Arnold Voran, Weilheim (Notarstelle Döbereiner), ab 12.4.1999 in München (Notarstelle Weiß)

Notarassessor Michael Trautner, Rothalmünster (Notarstelle Meier-Kraut), ab 17.5.1999 in München (Notarstelle Dr. Winkler)

Notarassessor Dr. Stefan Kurz, Bonn (Deutscher Notarverein), ab 21.5.1999 in München (Notarstellen Dr. Vossius)

Notarassessor Markus Riemenschneider, München (Landesnotarkammer Bayern), ab 25.5.1999 in Berlin (Deutscher Notarverein)

Inspektor i. N. Martin Kremhöller, Straubing (Notarstelle Dr. Herrmann), ab 1.3.1999 in Grafenau (Notarstelle Dr. Maurer)

### 5. Neueinstellungen von Inspektoren:

Inspektorin Angela Backhaus, Kulmbach (Notarstellen Dr. Anton/Dr. Eue)

Inspektor Georg Betz, Bamberg (Notarstellen Weidner/Wolf)

Inspektor Peter Brendel, Landau/Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Inspektorin Doreen Edelmann, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

Inspektorin Doris Funke, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Waßner/Schad)

Inspektor Ralf Gottschlich, Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Inspektor Martin Großhauser, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Inspektor Alois Gschwendtner, München (Notarstelle Kärtner)

Inspektorin Patricia Heinert, Kulmbach (Notarstellen Dr. Anton/Dr. Eue)

Inspektorin Heike Hinneberg, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt)

Inspektor Oliver Kindler, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Adler/Huber)

Inspektor Markus Knoll, München (Notarstellen Höling/Dr. Mayer)

Inspektor Peter Krajewski, Frankenthal (Notarstellen Barth/Seiberth)

Inspektor Michael Ludwig, Arnstein (Notarstelle Dr. Martini)

Inspektor Oliver Mann, Bad Dürkheim (Notarstellen Unckrich/ Dr. Rieder)

Inspektorin Alexandra Mergel, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe)

Inspektor Thorsten Müller, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Inspektorin Katrin Niedermeier, München (Notarstellen Dr. Gassner/Wurm)

Inspektor Robert Ortlauf, Gräfenberg (Notarstelle Zeier)  
Inspektorin Silvia Poxleitner, Freyung (Notarstelle Burghart)  
Inspektorin Nicole Renner, Landshut (Notarstellen Dr. Ring/Volland)  
Inspektorin Brita Ringling, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)  
Inspektorin Susanne Schlereth, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Fleischer)  
Inspektorin Christiane Schmitt, Wörth a. Rhein (Notarstelle Schneider)  
Inspektorin Petra Schnellinger, (derzeit im Erziehungsurlaub)  
Inspektor Reinhard Schober, München (Notarstelle Dr. Karl)  
Inspektorin Nadja Schöppel, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)  
Inspektorin Elke Thurn, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)  
Inspektorin Margit Weig, Vohenstrauß (Notarstelle Ritz-Mürtz)

Inspektorin Petra Wettstein, Kaiserslautern (Notarstellen Dr. Pres/Lechner)

## 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Gertraud Reindl, Eschenbach i. d. Oberpfalz (Notarstelle Dr. Thalhammer), ab 31.01.1999 im Ruhestand  
Amtsrat i. N. Ottomar Pinzer, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 31.01.1999 im Ruhestand  
Amtsrat i. N. Dieter Stoffels, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier), ab 28.02.1999 im Ruhestand  
Amtsrat i. N. Rita Rößler, Neustadt a. d. Waldnaab (Notarstelle Dr. Schwanecke), ab 28.02.1999 im Ruhestand  
Oberamtsrat i. N. Adolf Wuschko, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 31.03.1999 im Ruhestand  
Oberamtsrat i. N. Hermann Augustin, München (Notarstelle Dr. Winkler), ab 31.03.1999 im Ruhestand  
Amtsrat i. N. Kurt Kratofil, Nittenau (Notarstelle Dr. Merkel), ab 30.04.1999 im Ruhestand

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.