

## Inhalt

### Steuerrecht

- Bewertung der Sonderfälle des Grundvermögens für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer. . . . .** 162  
*von Dipl.-Finanzwirt Wilfried Mannek, Kempen und Dipl.-Finanzwirt Michael Roscher, Blankenfelde*

### Handels- und Gesellschaftsrecht

- Eintragungsvoraussetzungen für GbR in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte . . . . .** 172  
*von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht/Notar Dr. Klaus R. Wagner, Wiesbaden*

### Verfahrensrecht

- Die Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen nach dem FamFG . . . . .** 177  
*von Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer, München*

### ZNotP-Fragezeichen

- In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen  
 Die Antworten finden Sie auf S. 200 . . . . . 180

### ZNotP-Rechtsprechungsreport

#### Handels- und Gesellschaftsrecht

- Geltendmachung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Kommanditgesellschafter  
*BGH, Urt. v. 1. 3. 2011 – II ZR 83/09. . . . .* 181
- Umnummerierung von Geschäftsanteilen  
*BGH, Beschl. v. 1. 3. 2011 – II ZB 6/10 . . . . .* 183
- Aufwendungsersatz bei GbR  
*BGH, Urt. v. 22. 2. 2011 – II ZR 158/09. . . . .* 185
- Sanieren oder Ausscheiden  
*BGH, Urt. v. 25. 1. 2011 – II ZR 122/09. . . . .* 187

#### Notarrecht

- Altersgrenze für Notare  
*BVerfG, Beschl. v. 5. 1. 2011 – 1 BvR 2870/10. . . . .* 191
- Unterhalten einer nicht genehmigten zweiten Geschäftsstelle  
*BVerfG, Beschl. v. 1. 12. 2010 – 1 BvR 1747/10. . . . .* 193
- Vorherige Tätigkeit als Gesellschafter und Prokurist einer Rechtsanwalts-GmbH  
*BGH, Beschl. v. 21. 2. 2011 – NotZ(Brfg) 6/10 . . . . .* 195

#### Vollstreckungsrecht

- Verwertungspflichten aufgrund Sicherungsabrede  
*BGH, Urt. v. 4. 2. 2011 – V ZR 132/10 . . . . .* 196

### ZNotP-Kostenecke

#### Entscheidungen zum Kostenrecht

- Geschäftswert für die Beurkundung des im Rahmen einer beabsichtigten Scheidung abgeschlossenen  
 Ehevertrags  
*OLG Köln, Beschl. v. 29. 3. 2011 – 2 Wx 63/11 . . . . .* 198

## Steuerrecht

### Bewertung der Sonderfälle des Grundvermögens für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer

von Dipl.-Finanzwirt Wilfried Mannek, Kempen und Dipl.-Finanzwirt Michael Roscher, Blankenfelde\*

Für alle Erbschaften und Schenkungen ab 2009 gelten die mit dem Erbschaftsteuerreformgesetz (ErbStRG) v. 24.12.2008<sup>1</sup> eingeführten Regelungen. Der Beitrag komplettiert den in der Ausgabe 12/2010<sup>2</sup> begonnenen Überblick über die Regelungen zur steuerrechtlichen Bewertung des Grundvermögens mit einer Darstellung zu den Sonderfällen.

#### I. Allgemeines

Zu den Sonderfällen gehören nach Unterabschn. C. IV. des Sechsten Abschnitts des Zweiten Teils des BewG:

- Erbbaurechtsfälle (§§ 192 – 194 BewG),
- Gebäude auf fremdem Grund und Boden (§ 195 BewG),
- Grundstücke im Zustand der Bebauung (§ 196 BewG) und
- Gebäude und Gebäudeteile für den Zivilschutz (§ 197 BewG).

Im Rahmen aller Grundbesitzbewertungen für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer stellen die Sonderfälle einen relativ geringen Anteil dar. Zur Normierung deren steuerrechtlichen Bewertung konnte der Gesetzgeber nur eingeschränkt auf anerkannte Regelungen der Verkehrswertermittlung zurückgreifen. Lediglich die WertR 2006<sup>3</sup> enthalten Einzelregelungen zur Bewertung in Erbbaurechtsfällen. Insgesamt hat der Gesetzgeber einer stark typisierten steuerrechtlichen Bewertung den Vorzug gegeben.

#### II. Erbbaurechtsfälle (§§ 192 – 194 BewG)

In § 192 BewG wird dem BVerfG folgend das bis Ende 2006 geltende Steuerkonzept, lediglich durch Addition der Werte von Erbbaurecht und belastetem Grundstück den Wert des entsprechend bebauten Grundstücks zu erreichen, aufgegeben.<sup>4</sup> Ausgangspunkt der Bewertung ist nicht mehr ein Gesamtwert, sondern die Werte für die *wirtschaftliche Einheit des Erbbaurechts* und die *wirtschaftliche Einheit des belasteten Grundstücks (Erbbaugrundstück)* sind gesondert zu ermitteln. Dies trägt auch der Tatsache Rechnung, dass Erbbaurecht und Eigentum am Grundstück typischerweise auseinanderfallen.

Das *Erbbaurecht* ist das veräußerliche und vererbliche Recht an einem Grundstück, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Das *belastete Grundstück (Erbbaugrundstück)* ist das Grundstück, an dem das Erbbaurecht bestellt ist.

Übernimmt der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Erbbaurecht oder erwirbt der Erbbauberechtigte das belastete Grundstück („Eigentümererbbaurecht“), bleiben Erbbaurecht und belastetes Grundstück als selbstständige wirtschaftliche Einheiten bestehen.

Zivilrechtlich entsteht das Erbbaurecht mit der Eintragung in das Grundbuch (§ 11 ErbbauRG<sup>5</sup> i.V.m. § 873 BGB). Schenkungsteuerrechtlich gilt das Erbbaurecht bereits dann als entstanden, wenn an dem Grundstück durch notariellen Vertrag ein Erbbaurecht bestellt worden ist und die Vertragsparteien in der Lage sind, die Eintragung im Grundbuch zu bewirken (Abschn. 34 Abs. 2 AEBewGrV).<sup>6</sup> Erstreckt sich das Erbbaurecht ausnahmsweise nur auf einen Grundstücksteil, ist dieser Teil als selbstständige wirtschaftliche Einheit i.S.d. §§ 192 ff. BewG zu bewerten.

#### 1. Bewertung des Erbbaurechts

Die Bewertung des Erbbaurechts nach § 193 BewG erfolgt in Anlehnung an die Regelungen in Tz. 4.3.2 der WertR 2006. Der Wert des Erbbaurechts ist nach § 193 Abs. 1 BewG vorrangig im Vergleichsverfahren zu ermitteln, wenn für das zu bewertende Erbbaurecht Vergleichspreise oder Vergleichsfaktoren vorliegen. Die Vergleichspreise oder Vergleichsfaktoren müssen hierfür aus Erbbaurechten abgeleitet worden sein, die nach der Grundstücksart mit der zu bewertenden wirtschaftlichen Einheit übereinstimmen und hinsichtlich der Bebauung, des Erbbauzinnsatzes, des Bodenrichtwerts sowie der Restlaufzeit des Erbbaurechts nicht erheblich vom zu bewertenden Erbbaurecht abweichen (Abschn. 36 Abs. 1 AEBewGrV). In der Praxis werden hinreichend übereinstimmende Vergleichsdaten jedoch nur im Ausnahmefall vorliegen, sodass regelmäßig die folgende *finanzmathematische Methode* angewendet werden muss:

\* Die Autoren sind Dipl.-Finanzwirte und dienstlich u.a. mit dem Bereich der steuerrechtlichen Bewertung des Grundvermögens befasst, Herr Mannek im FinMin des Landes NRW und Herr Roscher im BMF. Dieser Beitrag wurde nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst.

1 Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG) v. 24.12.1968, BGBl. I, S. 3018.

2 Die Bewertung des Grundvermögens für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer, ZNotP 2010, 455.

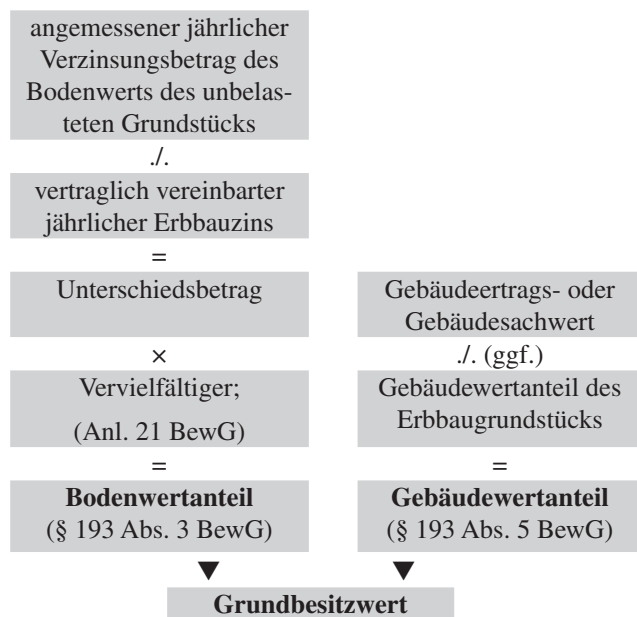
3 Richtlinien für die Ermittlung der Verkehrswerte (Marktwerte) von Grundstücken (Wertermittlungsrichtlinien 2006 – WertR 2006) i.d.F. der Bekanntmachung v. 1.3.2006, BAnZ Nr. 108a, ber. Nr. 121.

4 BVerfG, Beschl. v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, Rn. 165, BStBl. II 2007, S. 192 ff. = ZNotP 2007, 135.

5 Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG) v. 15.1.1919 (BGBl. III, Gliederungsnummer 403-6), zuletzt geändert durch Art. 31 des Gesetzes v. 8.12.2010 (BGBl. I, S. 1864).

6 Erlass zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts; Bewertung des Grundvermögens nach dem Sechsten Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes (AEBewGrV) v. 5.5.2009, BStBl. I, S. 590.

### Überblick über das Verfahren:<sup>7</sup>



Der Wert des Erbbaurechts setzt sich nach dieser Methode aus der Summe des Boden- und ggf. vorhandenen Gebäudewertanteils zusammen. Ist das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück unbebaut, besteht der Grundbesitzwert des Erbbaurechts nur aus dem Bodenwertanteil (Abschn. 36 Abs. 2 Satz 2 AEBewGrV). Die Anwendung von *Marktanpassungsfaktoren* wurde aus Vereinfachungs- bzw. Praktikabilitätsgründen gesetzlich *nicht* normiert.<sup>8</sup> Dem Gesetzgeber war insoweit zwar bewusst, dass – wie in Tz. 4.3.2.2 WertR 2006 vorgesehen – dem Grunde nach zur größeren Annäherung des finanzmathematisch ermittelten Werts an den gemeinen Wert ein Marktanpassungsfaktor erforderlich ist. Bedenkt man allerdings, dass in der Wertermittlungspraxis auf der Grundlage der WertR 2006 bisher keine hinreichenden Erfahrungswerte vorliegen, ist der Verzicht auf die gesetzliche Normierung zur Anwendung von Marktanpassungsfaktoren nachvollziehbar. Marktanpassungsfaktoren müssen erst noch aus dem Markt abgeleitet werden.<sup>9</sup> Im Aufgabenkatalog der Gutachterausschüsse nach § 193 Abs. 5 BauGB sind Erbbaurechts- und Erbbaugrundstücksfaktoren nicht explizit aufgeführt. In § 14 Abs. 2 Nr. 2 Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV)<sup>10</sup> werden Erbbaurechts- und Erbbaugrundstücksfaktoren nunmehr allerdings erstmals als Marktanpassungsfaktoren gesondert erwähnt, sodass davon auszugehen ist, dass diese zukünftig von mehr Gutachterausschüssen ermittelt werden als bisher. Neben den Marktanpassungsfaktoren verzichtet das typisierte steuerrechtliche Bewertungsverfahren aus Vereinfachungsgründen im Regelverfahren auch auf die nach der WertR 2006 vorgesehenen Zu- oder Abschläge wegen besonderer vertraglicher Vereinbarungen. Der Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts nach § 198 BewG steht dem Steuerpflichtigen offen.

Zur Ermittlung des *Bodenwertanteils* ist von dem Unterschiedsbetrag zwischen

- dem am Bewertungsstichtag angemessenen jährlichen Verzinsungsbetrag des Bodenwerts des unbelasteten Grundstücks

- und dem vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzins auszugehen.

Ein *positiver Unterschiedsbetrag* entspricht dem wirtschaftlichen Vorteil, den der Erbbauberechtigte dadurch erlangt, dass er in vielen Fällen entsprechend des Erbbaurechtsvertrags über die Restlaufzeit des Erbbaurechts nicht den vollen Bodenwertverzinsungsbetrag (angemessene Verzinsung) leisten muss. Nicht auszuschließen ist, dass der *Unterschiedsbetrag* auch *negativ* sein kann. Der vereinbarte Erbbauzins kann insbesondere höher sein als der bei Neuabschluss am Bewertungsstichtag übliche Erbbauzins, wenn sich die Bodenpreise seit Vertragsschluss rückläufig entwickelt haben oder die zur Ermittlung der angemessenen Verzinsung des Bodenwerts im typisierten steuerrechtlichen Bewertungsverfahren bundesweit angeordneten Liegenschaftszinssätze die ortsüblichen Erbbauzinssätze unterschreiten. Nach Abschn. 36 Abs. 5 Satz 6 AEBewGrV ist auch ein negativer Unterschiedsbetrag der weiteren Berechnung zugrunde zu legen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob diese Regelung länger Bestand haben wird oder ggf. bereits im Rahmen der zu überarbeitenden Erbschaftsteuerrichtlinien 2003 geändert bzw. präzisiert wird. Nach Tz. 4.3.2.2.1 WertR 2006 ist kein Bodenwertanteil des Erbbaurechts anzusetzen, wenn der erzielbare Erbbauzins die angemessene Verzinsung des Bodenwerts des unbelasteten Grundstücks übersteigt. Der übersteigende Betrag stellt in diesen Fällen eine wertmindernde Belastung des Erbbaurechts dar.

Der *angemessene Verzinsungsbetrag des Bodenwerts* des unbelasteten Grundstücks ergibt sich durch Anwendung des vom örtlichen Gutachterausschuss ermittelten Liegenschaftszinssatzes auf den Bodenwert i.S.d. § 179 BewG. Steht dieser Liegenschaftszinssatz nicht zur Verfügung, gelten ersatzweise die in § 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 – 5 BewG geregelten Zinssätze, für Ein- und Zweifamilienhäuser bspw. 3 %. Diese Zinssätze wurden typisierend geregelt, da bislang ungeklärt ist, inwieweit sich regional übliche Erbbauzinssätze herausgebildet haben.<sup>11</sup>

Aus Vereinfachungsgründen sind nicht die erzielbaren, sondern die am Bewertungsstichtag *vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzinsen*, umgerechnet auf einen Jahresbetrag, anzusetzen. Auf den tatsächlich gezahlten Erbbauzins kommt es nicht an. Besondere vertragliche Vereinbarungen, wie bspw. zu Wertsicherungsklauseln, sind im Unterschied zu den Regelungen der WertR 2006 nicht zu berücksichtigen.

<sup>7</sup> Verfahrensüberblicke in diesem Beitrag; vgl. Roscher, in: Moench/Weinmann, ErbStG, Teil II.2.1., § 12.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 16/11107, Begr. zu B (Besonderer Teil), Art. 2 Nr. 14 § 193 Abs. 2.

<sup>9</sup> Fischer/Simon, in: Kleiber/Simon, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 6. Aufl. 2010, S. 2762.

<sup>10</sup> Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV) v. 19.5.2010, BGBl. I, S. 639.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 16/11107, Begr. zu B (Besonderer Teil), Art. 2 Nr. 14 § 193 Abs. 3.

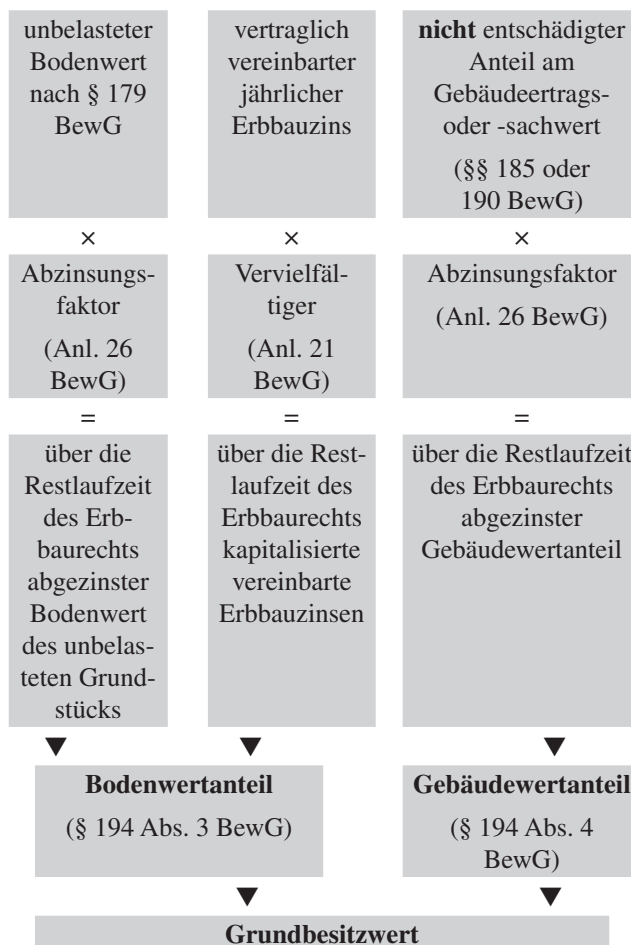
Der sich ggf. ergebende *Unterschiedsbetrag* zwischen dem angemessenen jährlichen Verzinsungsbetrag des Bodenwerts des unbelasteten Grundstücks und dem vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzins ist nach § 193 Abs. 3 Satz 2 BewG über die Restlaufzeit des Erbbaurechts *mit dem Vervielfältiger nach Anl. 21 BewG zu kapitalisieren*. Maßgeblich für die Höhe des Vervielfältigers sind der jeweilige Liegenschaftszinssatz nach § 193 Abs. 4 BewG und die auf volle Jahre abgerundete Restlaufzeit des Erbbaurechts. Beträgt die Restlaufzeit des Erbbaurechts weniger als ein Jahr, ist mithin kein Bodenwert anzusetzen. Ist am Bewertungsstichtag kein Erbbauzins – z.B. bei im Einmalbetrag vorausgezahlten Erbbauzinsen – mehr zu zahlen, stellt der angemessene Verzinsungsbetrag des Bodenwerts den zu kapitalisierenden Unterschiedsbetrag dar.

Der *Gebäudewertanteil des Erbbaurechts* ist nach § 193 Abs. 5 BewG – abhängig vom Bewertungsverfahren für das bebaute Grundstück – entweder der *Gebäudeertragswert* nach § 185 BewG (Ertragswertverfahren) *oder* der *Gebäudesachwert* nach § 190 BewG (Sachwertverfahren).<sup>12</sup> Wurde bei Ablauf des Erbbaurechts vereinbart, dass der verbleibende Gebäudewert nicht oder nur teilweise zu entschädigen ist, ist der Gebäudewert des Erbbaurechts um den Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks nach § 194 Abs. 4 BewG zu mindern (vgl. Tz. II.2). Die in Tz. 4.3.2.2.2 WertR 2006 vorgesehene Prüfung, ob die Restnutzungsdauer des Gebäudes die Restlaufzeit des Erbbaurechts übersteigt, ist hierbei entbehrlich, da dem Gebäude infolge der Regelungen über die Mindest-Restnutzungsdauer im Ertragswertverfahren (§ 185 Abs. 3 Satz 5 BewG) und über den Mindest-Gebäudewert im Sachwertverfahren (§ 190 Abs. 2 Satz 4 BewG) sowohl am Bewertungsstichtag als auch zum Zeitpunkt des Ablaufs der Restlaufzeit des Erbbaurechts grds. noch ein Wert beigemessen wird.

## 2. Bewertung des Erbbaugrundstücks

Die *Bewertung* des Erbbaugrundstücks nach § 194 BewG erfolgt in Anlehnung an die Regelungen in Tz. 4.3.3 der WertR 2006. Der Wert des Erbbaugrundstücks ist nach § 194 Abs. 1 BewG *vorrangig im Vergleichswertverfahren* nach § 183 BewG zu ermitteln, wenn für das zu bewertende Erbbaugrundstück *Vergleichskaufpreise oder* aus Kaufpreisen abgeleitete *Vergleichsfaktoren* vorliegen. Die Vergleichspreise oder aus Kaufpreisen abgeleiteten Vergleichsfaktoren müssen hierfür aus Erbbaugrundstücken abgeleitet worden sein, die nach der Grundstücksart übereinstimmen und hinsichtlich der Bebauung, des Erbbauzinssatzes, des Bodenrichtwerts sowie der Restlaufzeit des Erbbaurechts nicht erheblich vom zu bewertenden Erbbaugrundstück abweichen. Ggf. kann der Wert des Erbbaugrundstücks durch Anwendung eines Vergleichsfaktors auf den Wert des unbelasteten Grundstücks ermittelt werden (Abschn. 37 Abs. 1 AEBewGrV). Realistisch betrachtet, werden – wie bei der Bewertung von Erbbaurechten – hinreichend übereinstimmende Vergleichsdaten jedoch nur im Ausnahmefall vorliegen, sodass in der Bewertungspraxis regelmäßig die folgende *finanzmathematische Methode* angewendet werden muss:

### Überblick über das Verfahren:



Der *Grundbesitzwert* für das Erbbaugrundstück setzt sich nach dieser Methode aus dem Bodenwert und einem möglichen Gebäudewertanteil zusammen. Ein Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks kann sich ergeben, wenn der Wert des Gebäudes vom Eigentümer des Erbbaugrundstücks bei Ablauf des Erbbaurechtsvertrags nicht oder nur teilweise zu entschädigen ist. Auf die gesetzliche Normierung von Marktanpassungsfaktoren (Erbbaugrundstücksfaktoren) und von Zu- und Abschlägen wegen besonderer vertraglicher Vereinbarungen wurde – wie bei der Bewertung von Erbbaurechten – aus Vereinfachungsgründen verzichtet (vgl. Tz. II.1).

Der *Bodenwertanteil* ergibt sich aus der Summe

- des über die Restlaufzeit des Erbbaurechts auf den Bewertungsstichtag abgezinster Bodenwerts des unbelasteten Grundstücks nach Maßgabe des § 179 BewG und
- den über den gleichen Zeitraum kapitalisierten vereinbarten jährlichen Erbbauzinsen.

Die *Abzinsung des unbelasteten Bodenwerts* über die Restlaufzeit des Erbbaurechts erfolgt anhand der in der Anl. 26 BewG geregelten *Abzinsungsfaktoren*, die aus der Anl. 9a der WertR 2006 übernommen wurden. Maßgebend für die

<sup>12</sup> Vgl. Mannek/Roscher, ZNotP 2010, 455 ff.

Anwendung des Abzinsungsfaktors sind nach § 194 Abs. 3 Satz 2 BewG die am Bewertungsstichtag auf volle Jahre abgerundete Restlaufzeit des Erbbaurechts und die in § 193 Abs. 4 BewG geregelten Zinssätze. Vorrangig sind die von den Gutachterausschüssen für die jeweilige Grundstücksart ermittelten Liegenschaftszinssätze anzuwenden. Beträgt die Restlaufzeit des Erbbaurechts weniger als ein Jahr, gilt der Abzinsungsfaktor 1. Mit der Abzinsung des Bodenwerts auf den Bewertungsstichtag wird der Tatsache Rechnung getragen, dass der Eigentümer des Erbbaugrundstücks erst nach Ablauf der Restlaufzeit des Erbbaurechts wieder über das Grundstück verfügen kann.

Neben dem abgezinsten Bodenwert sind die vom Erbbauberechtigten an den Eigentümer des Erbbaugrundstücks über die Restlaufzeit des Erbbaurechts zu leistenden Erbbauzinsen zu erfassen. Hierzu werden die am Bewertungsstichtag vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzinsen nach § 194 Abs. 3 Satz 3 BewG mit dem sich aus der Anl. 21 BewG ergebenden *Vervielfältiger* über die *auf volle Jahre abgerundete Restlaufzeit des Erbbaurechts kapitalisiert*. Für die Kapitalisierung sind die in § 193 Abs. 4 BewG geregelten Zinssätze maßgebend. Vorrangig sind die von den Gutachterausschüssen für die jeweilige Grundstücksart ermittelten Liegenschaftszinssätze anzuwenden. Als Erbbauzinsen sind – wie bei der Bewertung des Erbbaurechts – aus Vereinfachungsgründen nicht die erzielbaren, sondern die am Bewertungsstichtag vereinbarten jährlichen Erbbauzinsen, umgerechnet auf einen Jahresbetrag, anzusetzen. Auf den tatsächlich gezahlten Erbbauzinsen kommt es nicht an. Besondere vertragliche Vereinbarungen, wie z.B. Wertsicherungsklauseln, sind nicht zu berücksichtigen. Ist kein

Erbbauzins zu zahlen oder die Restlaufzeit des Erbbaurechts beträgt weniger als ein Jahr, stellt der abgezinsten Bodenwert allein den Bodenwertanteil des Erbbaugrundstücks dar.

Der *Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks* entspricht dem Gebäudewert oder dem *anteiligen Gebäudewert* (Gebäudeertragswert nach § 185 BewG oder Gebäudesachwert nach § 190 BewG),<sup>13</sup> *der dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks bei Beendigung des Erbbaurechts entschädigungslos zufällt*. Zur Ermittlung dieses Gebäudewertanteils ist zunächst der *Gebäudeertrags- oder -sachwert auf den Zeitpunkt des Ablaufs des Erbbaurechts zu ermitteln*, hinsichtlich des Rohertrags gem. § 186 BewG ist hierbei vom gleichen Betrag wie am Bewertungsstichtag auszugehen. Der so ermittelte Gebäudeertrags- oder -sachwert ist anschließend *auf den Bewertungsstichtag* nach § 194 Abs. 4 BewG mittels der in Anl. 26 BewG geregelten Abzinsungsfaktoren *abzuzinsen*. Maßgebend für die Anwendung des Abzinsungsfaktors sind die am Bewertungsstichtag verbliebene auf volle Jahre abgerundete Restlaufzeit des Erbbaurechts sowie die nach § 193 Abs. 4 BewG geregelten Zinssätze. Vorrangig sind die von den Gutachterausschüssen ermittelten Liegenschaftszinssätze anzuwenden. Beträgt die Restlaufzeit des Erbbaurechts weniger als ein Jahr, gilt der Abzinsungsfaktor 1. Mit dem Gebäudewertanteil wird der Wertvorteil erfasst, den der Eigentümer des Erbbaugrundstücks bei Ablauf des Erbbaurechts dadurch erlangt, dass er entsprechend den vertraglichen Regelungen des Erbbaurechtsvertrags keinen oder nur einen Teil des bei Ablauf des Erbbaurechtsvertrags bestehenden Werts des Gebäudes an den Erbbauberechtigten zu vergüten hat.

Folgendes Beispiel verdeutlicht die Grundzüge der finanzmathematischen Methode in Erbbaurechtsfällen:

**Beispiel: Bewertung in Erbbaurechtsfällen (Bewertungsstichtag: 1.3.2011)**

*Einfamilienhaus – ohne Keller, Dachgeschoss ausgebaut, Ausstattungsstandard mittel, Baujahr 1989, Brutto-Grundfläche 165 m<sup>2</sup>, Grundstücksfläche 600 m<sup>2</sup>, Bodenrichtwert 100 €/m<sup>2</sup>, Restlaufzeit des Erbbaurechts 77 Jahre, jährlich vertraglich vereinbarter Erbbauzins 1.200 €, Gebäudewert wird bei Ablauf des Erbbaurechts zu 75 % entschädigt, Vergleichsverfahren mangels Vergleichspreisen und Vergleichsfaktoren nicht möglich.*

**Bewertung:**

**I. Ermittlung des Grundbesitzwerts für das Erbbaurecht**

***Ermittlung des Werts des unbelasteten Grund und Bodens (Bodenwert)***

Grundstücksfläche × Bodenrichtwert (600 m <sup>2</sup> × 100 €/m <sup>2</sup> )	60.000 €
Grundstücksfläche	600 m <sup>2</sup>
Bodenrichtwert	100 €/m <sup>2</sup>
<i>(keine Anhaltspunkte für eine erforderliche Anpassung des Bodenrichtwerts)</i>	

***Ermittlung des Bodenwertanteils des Erbbaurechts***

Angemessener Verzinsungsbetrag des Bodenwerts des unbelasteten Grundstücks	
3,0 % von 60.000 €	1.800 €
Liegenschaftszins	
(§ 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BewG)	3,0 %

13 Vgl. Mannek/Roscher, ZNotP 2010, 455 ff.

Bodenwert	60.000 €	
<i>./.</i> vertraglich vereinbarter jährlicher Erbbauzins		<u>1.200 €</u>
Unterschiedsbetrag		600 €
× Vervielfältiger (Anl. 21 BewG)	29,91	
Liegenschaftszins		
(§ 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BewG)	3,0 %	
Restlaufzeit des Erbbaurechts	77 Jahre	
<b>Bodenwertanteil</b> (nach § 193 Abs. 3 BewG i.V.m. Abs. 4 BewG)		<u>17.946 €</u>
<b>Gebäudewertanteil des Erbbaurechts</b>		
<u>Gebäudesachwert am Bewertungsstichtag</u>		
Regelherstellungskosten (Anl. 24 BewG)	940 €/m <sup>2</sup>	
Grundstücksart	nicht unterkellertes EFH mit ausgebautem Dachgeschoss (GKL 1.21)	
Ausstattungsstandard	mittel	
Bezugsfertigkeit des Gebäudes (Baujahr)	1989	
× Brutto-Grundfläche	165 m <sup>2</sup>	
Gebäuderegelerstellungswert		155.100 €
<i>./.</i> Alterswertminderung	27,50 % (22 Jahre/80 Jahre)	42.653 €
Grundstücksart	EFH	
Bezugsfertigkeit des Gebäudes	1989	
Alter des Gebäudes	22 Jahre	
Wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer (Anl. 22 BewG)	80 Jahre	
Gebäudesachwert am Bewertungsstichtag (vor Mindestwertprüfung)		<u>112.447 €</u>
Mindestwertansatz nach § 190 Abs. 2 Satz 4 BewG ist überschritten		
40 % des Gebäuderegelerstellungswerts i.H.v. 155.100 € = 62.040 €		
Gebäudesachwert am Bewertungsstichtag		<u>112.447 €</u>
<u><i>./.</i> Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks</u>		
Gebäudewert wird bei Ablauf des Erbbaurechts nur zu 75 % entschädigt		
<u>Gebäudesachwert bei Ablauf des Erbbaurechts</u>		
Regelherstellungskosten (Anl. 24 BewG)	940 €/m <sup>2</sup>	
Grundstücksart	nicht unterkellertes EFH mit ausgebautem Dachgeschoss (GKL 1.21)	
Ausstattungsstandard	mittel	
Bezugsfertigkeit des Gebäudes (Baujahr)	1989	
× Brutto-Grundfläche	165 m <sup>2</sup>	
= Gebäuderegelerstellungswert		155.100 €
<i>./.</i> Alterswertminderung	100 % (80 Jahre/80 Jahre)	155.100 €
Grundstücksart	EFH	
Bezugsfertigkeit des Gebäudes	1989	
Alter des Gebäudes	99 Jahre	
Wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer (Anl. 22 BewG)	80 Jahre	

Gebüdesachwert bei Ablauf des Erbbaurechts (vor Mindestwertprüfung)	0 €
Mindestwertansatz nach § 190 Abs. 2 Satz 4 BewG ist nicht überschritten	
40 % des Gebäuderegelherstellungswerts i.H.v. 155.100 € = 62.040 €	
Gebüdesachwert bei Ablauf des Erbbaurechts	62.040 €
× Abzinsungsfaktor (Anl. 26 BewG)	0,1027
Restlaufzeit des Erbbaurechts	77 Jahre
Liegenschaftszinssatz	
(§ 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BewG)	3 %
= Gebäudesachwert (abgezinst auf den Bewertungsstichtag)	6.371 €
× nicht vom Eigentümer des Erbbaugrundstücks zu entschädigender Anteil (25 %)	0,25
= Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks (am Bewertungsstichtag)	<u>1.593 €</u>
<b>Gebäudewertanteil des Erbbaurechts nach § 193 Abs. 5 BewG i.V.m. § 194 Abs. 4 BewG</b>	
Gebüdesachwert am Bewertungsstichtag	112.447 €
./.. Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks (am Bewertungsstichtag)	<u>1.593 €</u>
= Gebäudewertanteil des Erbbaurechts	110.854 €
<b>Grundbesitzwert am Bewertungsstichtag</b>	
Bodenwertanteil	17.946 €
Gebäudewertanteil	<u>110.854 €</u>
<b>Grundbesitzwert</b>	<b>128.800 €</b>
<b>II. Ermittlung des Grundbesitzwerts für das Erbbaugrundstück</b>	
<b>Ermittlung des Werts des unbelasteten Grund und Bodens (Bodenwert)</b>	
Grundstücksfläche × Bodenrichtwert (vgl. I.: 600 m <sup>2</sup> × 100 €/m <sup>2</sup> )	60.000 €
<b>Ermittlung des Bodenwertanteils des Erbbaugrundstücks</b>	
über die Restlaufzeit des Erbbaurechts abgezinster Bodenwert des unbelasteten Grundstücks	
Bodenwert	60.000 €
× Abzinsungsfaktor (Anl. 26 BewG)	0,1027
Restlaufzeit des Erbbaurechts	77 Jahre
Liegenschaftszins (§ 194 Abs. 3 Satz 2 BewG	
i.V.m. § 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BewG)	3,0 %
+ über die Restlaufzeit des Erbbaurechts kapitalisierte Erbbauzinsen	
vertraglich vereinbarter jährlicher Erbbauzins	1.200 €
× Vervielfältiger (Anl. 21 BewG)	29,91
Restlaufzeit des Erbbaurechts	77 Jahre
Liegenschaftszins (§ 194 Abs. 3 Satz 3 BewG	
i.V.m. § 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BewG)	3,0 %
<b>Bodenwertanteil (nach § 194 Abs. 3 BewG)</b>	<b><u>42.054 €</u></b>
<b>Ermittlung des Gebäudewertanteils des Erbbaugrundstücks</b>	
Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks (am Bewertungsstichtag, vgl. zu I.)	1.593 €
Gebäudewert wird bei Ablauf des Erbbaurechts zu 75 % entschädigt	
<b>Grundbesitzwert am Bewertungsstichtag</b>	
Bodenwertanteil	42.054 €
Gebäudewertanteil	1.593 €
<b>Grundbesitzwert</b>	<b><u>43.647 €</u></b>

### III. Gebäude auf fremdem Grund und Boden (§ 195 BewG)

Als ein Grundstück und somit als wirtschaftliche Einheit des Grundvermögens gilt nach §§ 157 Abs. 3, 70 Abs. 3 und 180 Abs. 2 BewG auch ein *Gebäude*, das *auf fremdem Grund und Boden* errichtet ist. Ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden liegt vor, wenn ein anderer als der Eigentümer des Grund und Bodens darauf ein Gebäude errichtet hat und ihm das Gebäude zuzurechnen ist. Dies ist der Fall, wenn das Gebäude i.S.d. § 95 BGB *Scheinbestandteil* des Grund und Bodens ist oder dem Nutzungsberechtigten für den Fall der Nutzungsbeendigung gegenüber dem Eigentümer des Grund und Bodens ein *Anspruch auf Ersatz des Verkehrswerts des Gebäudes* zusteht. Unerheblich ist, ob sich ein solcher Anspruch aus einer vertraglichen Vereinbarung oder aus einer gesetzlichen Grundlage ergibt. Als Gebäude auf fremdem Grund und Boden werden das Gebäude, die vom Nutzungsberechtigten errichteten Außenanlagen, die sonstigen wesentlichen Bestandteile und das Zubehör erfasst. Werden auf einem Grundstück nur Betriebsvorrichtungen oder Außenanlagen errichtet, liegt kein Gebäude auf fremdem Grund und Boden vor (Abschn. 38 Abs. 2 AEBewGrV).

Typisches Praxisbeispiel für Gebäude auf fremdem Grund und Boden sind Tankstellen, bei denen aufgrund vertraglicher Vereinbarungen dem Betreiber der Tankstelle zwar gestattet wird, die Tankstelle auf fremdem Grund und Boden zu errichten und eine bestimmte Dauer zu nutzen. Nach Ablauf der Nutzungsdauer ist das Grundstück jedoch wieder „besenrein“ zu verlassen. Höchstrichterlich geklärt wird aktuell die Frage, ob auch sog. „schwimmende Häuser“ als Gebäude auf fremdem Grund und Boden anzusehen sind.<sup>14</sup>

Neben dem Gebäude auf fremdem Grund und Boden bildet das *belastete Grundstück* eine selbstständige wirtschaftliche Einheit des Grundvermögens. Sie umfasst die vertraglich überlassene Fläche des Grund und Bodens. Hierbei ist auf die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls abzustellen, wenn der Vertrag hierzu keine Angaben enthält. Neben der Grundfläche des Gebäudes ist regelmäßig auch die Fläche im Umgriff des Gebäudes zu erfassen. Ist eine eindeutige Abgrenzung nicht möglich, kann regelmäßig vom Fünffachen der bebauten Fläche ausgegangen werden (Abschn. 38 Abs. 3 AEBewGrV).

Die selbstständigen wirtschaftlichen Einheiten *Gebäude auf fremdem Grund und Boden und belastetes Grundstück sind unabhängig voneinander zu bewerten* (§ 195 Abs. 1 BewG). Normiert wurde zu diesem Zweck eine stark typisierende Regelung, für die nicht auf geltende Vorschriften der Verkehrswertermittlung nach der ImmoWertV bzw. deren Vorgängerregelung, die WertV,<sup>15</sup> zurückgegriffen werden konnte. Der Gesetzgeber räumt daher ein, dass es angesichts der unterschiedlichen Fallgestaltungen nicht auszuschließen ist, dass der nach dieser Vorschrift ermittelte Wert den gemeinen Wert übersteigt. Dem Steuerpflichtigen steht der Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts nach § 198 BewG offen.<sup>16</sup>

### 1. Wirtschaftliche Einheit des Gebäudes auf fremdem Grund und Boden

Das Gebäude auf fremdem Grund und Boden wird nach § 195 Abs. 2 BewG bei einer Bewertung im Ertragswertverfahren mit dem *Gebäudeertragswert nach § 185 BewG*, bei einer Bewertung im Sachwertverfahren mit dem *Gebäudesachwert nach § 190 BewG* bewertet.<sup>17</sup>

Überblick über das Verfahren:

<b>Gebäudeertragswert</b> (§§ 185 ff. BewG)	oder	<b>Gebäudesachwert</b> (§ 190 BewG)
=		=
<b>Grundbesitzwert</b>		<b>Grundbesitzwert</b>

Ist der Nutzer verpflichtet, das *Gebäude bei Ablauf des Nutzungsrechts zu beseitigen*, ist zu beachten, dass anstelle der in der Anl. 22 BewG ausgewiesenen typisierten wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer von der tatsächlichen Gesamtnutzungsdauer auszugehen ist. Bei der Ermittlung des Gebäudeertragswerts im Ertragswertverfahren bedeutet dies, dass sich der Vervielfältiger nach Anl. 21 BewG in diesen Fällen nach der am Bewertungsstichtag verbleibenden Restnutzungsdauer bis zum Ablauf des Nutzungsrechts und den in § 188 Abs. 2 BewG geregelten Liegenschaftszinssätzen bestimmt. Ist der Gebäudesachwert im Sachwertverfahren zu ermitteln, bemisst sich in diesen Fällen die Alterswertminderung nach § 190 Abs. 2 Satz 1 – 3 BewG nach dem Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag und der tatsächlichen Gesamtnutzungsdauer bis zum Ablauf des Nutzungsrechts. Die Regelungen über die Mindest-Restnutzungsdauer im Ertragswertverfahren (§ 185 Abs. 3 Satz 5 BewG) und über den Mindest-Gebäudewert im Sachwertverfahren (§ 190 Abs. 2 Satz 4 BewG) sind nach § 195 Abs. 2 Satz 3 und 5 BewG in diesen Fällen nicht anzuwenden. Ein Bodenwertanteil ist bei der wirtschaftlichen Einheit Gebäude auf fremdem Grund und Boden nicht zu erfassen.

Ausschlaggebend für die Regelung war die Sicht eines möglichen Erwerbers des Gebäudes auf fremdem Grund und Boden, der für das Objekt bei einer „groben“ Kalkulation nur den aktuellen Gebäudeertragswert oder Gebäudesachwert ansetzen würde. Die *Verpflichtung zur Zahlung des Nutzungsentgelts* für den Grund und Boden *wird nicht berücksichtigt*, weil dieser bei einer typisierenden Betrachtung in wirtschaftlich gleicher Höhe ein Nutzungsvorteil gegenübersteht.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Anhängiges BFH-Verfahren II R 27/10 (Vorentscheidung: FG Hamburg, Ur. v. 20.4.2010 – 3 K 18/10, LNR 2010, 16651).

<sup>15</sup> Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Wertermittlungsverordnung – WertV) v. 6.12.1988, BGBl. I, S. 2209.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 16/11107, Begr. zu B (Besonderer Teil), Art. 2 Nr. 14 § 195 Abs. 1.

<sup>17</sup> Vgl. *Mannek/Roscher*, ZNotP 2010, 455 ff.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 16/11107, Begr. zu B (Besonderer Teil), Art. 2 Nr. 14 § 195 Abs. 2.

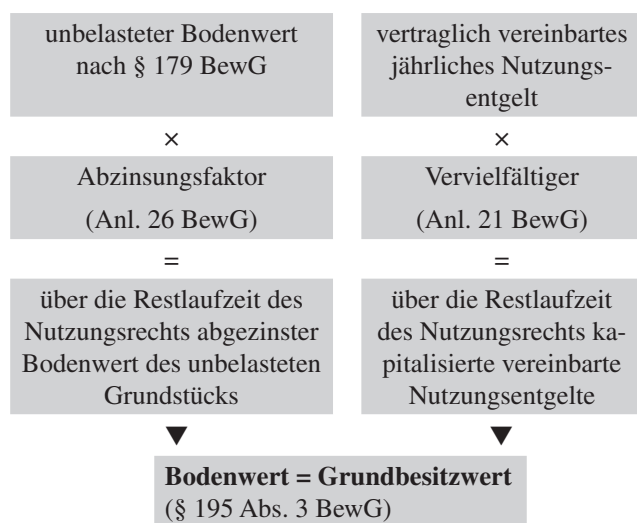


## 2. Wirtschaftliche Einheit des belasteten Grundstücks

Der Wert des belasteten Grundstücks (Grund und Boden) ermittelt sich nach § 195 Abs. 3 BewG auf den Bewertungsstichtag aus der Summe aus

- abgezinstem Bodenwert nach Maßgabe des § 179 BewG und
- des über die Restlaufzeit des Nutzungsrechts kapitalisierten Nutzungsentgelts.

Überblick über das Verfahren:



Maßgebend für die Anwendung des Abzinsungsfaktors nach Anl. 26 BewG zwecks *Abzinsung des Bodenwerts* ist die am Bewertungsstichtag auf volle Jahre abgerundete Restlaufzeit des Nutzungsverhältnisses und den in § 195 Abs. 3 Satz 2 BewG i.V.m. § 193 Abs. 4 BewG geregelten Zinssätzen. Vorrangig sind die von den Gutachterausschüssen für die jeweilige Grundstücksart ermittelten Liegenschaftszinssätze zu berücksichtigen.

Zur *Kapitalisierung* des zwischen dem Nutzer des Gebäudes auf fremdem Grund und Boden und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks *vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelts*, umgerechnet auf einen Jahresbetrag, wird der Vervielfältiger nach Anl. 21 BewG herangezogen. Maßgebend für dessen Anwendung ist die am Bewertungsstichtag verbliebene – auf volle Jahre abgerundete – Restlaufzeit des Nutzungsrechts und den in § 195 Abs. 3 Satz 3 BewG i.V.m. § 193 Abs. 4 BewG geregelten Zinssätzen. Vorrangig sind die von den Gutachterausschüssen für die jeweilige Grundstücksart ermittelten Liegenschaftszinssätze zu berücksichtigen. Ein Gebäudewertanteil ist bei der wirtschaftlichen Einheit des belasteten Grundstücks nicht zu erfassen.

Ausschlaggebend für die Regelung war die Sicht eines möglichen Erwerbers des Grund und Bodens, der bei einer „groben“ Kalkulation nur den auf den Bewertungsstichtag abgezinster Bodenwert zzgl. der kapitalisierten Nutzungsentgelte zahlen würde.<sup>19</sup>

Folgendes Beispiel verdeutlicht die Grundzüge über die Bewertungsverfahren bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden:

### Beispiel: Bewertung für ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden (Bewertungsstichtag: 1.3.2011)

Objektdaten: Lagergebäude (Kaltlager), einfacher Ausstattungsstandard, Baujahr 1971, Brutto-Grundfläche 800 m<sup>2</sup>, Grundstücksfläche 900 m<sup>2</sup>, Bodenrichtwert 100 €/m<sup>2</sup>, vereinbartes jährliches Nutzungsentgelt 6.000 €, keine übliche Miete für das Gebäude ermittelbar, kein Entschädigungsanspruch nach Ablauf der Gesamtnutzungsdauer, Abrissverpflichtung 50 Jahre nach Fertigstellung (2021).

#### Bewertung:

##### I. Ermittlung des Grundbesitzwerts für das Gebäude auf fremdem Grund und Boden

##### Grundbesitzwert (Gebäudesachwert) am Bewertungsstichtag

Regelherstellungskosten (Anl. 24 BewG)		460 €/m <sup>2</sup>
Grundstücksart	Lagergebäude/Kaltlager (GKL 3.391)	
Ausstattungsstandard	einfach	
Bezugsfertigkeit des Gebäudes (Baujahr)	1971	
× Brutto-Grundfläche	800 m <sup>2</sup>	
Gebäuderegelerstellungswert		368.000 €
./. Alterswertminderung	80,00 % (40 Jahre/50 Jahre)	294.400 €

<sup>19</sup> BT-Drucks. 16/11107, Begr. zu B (Besonderer Teil), Art. 2 Nr. 14 § 195 Abs. 3.

<i>Grundstücksart</i>	<i>Lagergebäude/Kaltlager</i>	
<i>Bezugsfertigkeit des Gebäudes (Baujahr)</i>	1971	
<i>Alter des Gebäudes</i>	40 Jahre	
<i>Wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer</i> (Anl. 22 BewG)	50 Jahre	
<i>Gebäudesachwert</i>		73.600 €
<i>Mindestwertansatz nach § 190 Abs. 2 Satz 4 BewG (Begrenzung der Alterswertminderung) gilt hier nach § 195 Abs. 2 Satz 5 BewG nicht</i>		
<b>Gebäudesachwert = Grundbesitzwert</b> (nach § 195 Abs. 2 BewG)		<b>73.600 €</b>
<b>II. Ermittlung des Grundbesitzwerts für das belastete Grundstück</b>		
<b>Ermittlung des Werts des unbelasteten Grund und Bodens (Bodenwert)</b>		
<i>Grundstücksfläche × Bodenrichtwert</i>		90.000 €
<i>Grundstücksfläche</i>	900 m <sup>2</sup>	
<i>Bodenrichtwert</i>	100 €/m <sup>2</sup>	
<i>(keine Anhaltspunkte für eine erforderliche Anpassung des Bodenrichtwerts)</i>		
<b>Grundbesitzwert (Bodenwert) am Bewertungsstichtag</b>		
<i>über die Restlaufzeit des Nutzungsrechts abgezinster Bodenwert des unbelasteten Grundstücks</i>		
<i>Bodenwert</i>		90.000 €
× <i>Abzinsungsfaktor</i> (Anl. 26 BewG)		0,5327
<i>Restlaufzeit des Nutzungsrechts</i>	10 Jahre	47.943 €
<i>Liegenschaftszins</i> (§ 195 Abs. 3 Satz 2 BewG i.V.m. § 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 BewG)	6,5 %	
+ <i>über die Restlaufzeit des Nutzungsrechts kapitalisierte Nutzungsentgelte</i>		
<i>vertraglich vereinbartes jährliches Nutzungsentgelt</i>		6.000 €
× <i>Vervielfältiger</i> (Anl. 21 BewG)		7,19
<i>Restlaufzeit des Nutzungsrechts</i>	10 Jahre	43.140 €
<i>Liegenschaftszins</i> (§ 195 Abs. 3 Satz 3 BewG i.V.m. § 193 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 BewG)	6,5 %	
<b>Bodenwert = Grundbesitzwert</b> (nach § 195 Abs. 3 BewG)		<b>91.083 €</b>

#### IV. Grundstücke im Zustand der Bebauung (§ 196 BewG)

Die *Begriffsumschreibung* für ein Grundstück im Zustand der Bebauung entspricht inhaltlich dem bisherigen Recht. Nach § 196 Abs. 1 BewG liegt ein Grundstück im Zustand der Bebauung vor, wenn mit den Bauarbeiten begonnen wurde und Gebäude und Gebäudeteile noch nicht bezugsfertig sind. Der Zustand der Bebauung beginnt mit den Abgrabungen oder der Einbringung von Baustoffen, die zur planmäßigen Errichtung des Gebäudes führen.

Der vorherige Abbruch eines Gebäudes oder Gebäudeteils ist noch nicht als Beginn der Baumaßnahme zur Errichtung des neu geschaffenen Gebäudes oder Gebäudeteils anzusehen. Mit der Bezugfertigkeit des ganzen Gebäudes endet der Zustand der Bebauung.

Wird ein Grundstück in Bauabschnitten errichtet, liegt hinsichtlich des bezugsfertigen Teils ein bebautes Grundstück vor. Ein Grundstück im Zustand der Bebauung kann in diesen Fällen nur noch angenommen werden, wenn mit dem nächsten Bauabschnitt bereits begonnen worden ist und hierfür Baumaterialien eingebracht worden sind.

Die *Bewertung* der Grundstücke im Zustand der Bebauung wurde stark vereinfacht geregelt. Für eine am gemeinen Wert orientierte typisierende steuerliche Bewertung ist es für den Gesetzgeber ausreichend, die neu errichteten Gebäude oder Gebäudeteile im Zustand der Bebauung mit den bereits am Bewertungsstichtag entstandenen Herstellungskosten dem Wert des bislang unbebauten oder bereits bebauten Grundstücks hinzuzurechnen (§ 196 Abs. 2 BewG). Zur Bewertungsmethode und dem Wert des fertiggestellten Gebäudes erfolgt keine Bezugnahme mehr.

Überblick über das Verfahren:

Wert des bislang <b>unbebauten</b> Grundstücks (§ 179 BewG)	oder	Wert des bislang <b>bebauten</b> Grundstücks (§§ 182 ff. BewG)
+		+
am Bewertungsstichtag entstandene Herstellungskosten für die im Zustand der Bebauung befindlichen Gebäude bzw. Gebäudeteile (§ 196 Abs. 2 BewG)		am Bewertungsstichtag entstandene Herstellungskosten für die im Zustand der Bebauung befindlichen Gebäude bzw. Gebäudeteile (§ 196 Abs. 2 BewG)
=		=
<b>Grundbesitzwert</b>		<b>Grundbesitzwert</b>

Befinden sich auf einem Grundstück außer den im Bau befindlichen Gebäuden bzw. Gebäudeteilen zu Beginn der Baumaßnahme keine bezugsfertigen Gebäude oder Gebäudeteile, liegt ein *unbebautes Grundstück* vor, dessen Wert sich nach Maßgabe des § 179 BewG ermittelt. Sind auf einem Grundstück vor Beginn der noch nicht abgeschlossenen Baumaßnahme bereits bezugsfertige Gebäude oder Gebäudeteile nach § 180 BewG vorhanden, liegt ein *bebautes Grundstück* vor, dessen Bewertung nach §§ 182 – 195 BewG erfolgt. In Erbbaurechtsfällen und bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden gelten die Regelungen zu Grundstücken im Zustand der Bebauung entsprechend.

Dem Wert des bislang unbebauten oder bebauten Grundstücks sind die *bis zum Bewertungsstichtag entstandenen Herstellungskosten* des im Bau befindlichen Gebäudes oder Gebäudeteils hinzuzurechnen. Maßgeblich sind hierbei die entstandenen Herstellungskosten; auf den tatsächlichen Zahlungsabfluss kommt es nicht an. Können die bis zum Bewertungsstichtag entstandenen Herstellungskosten nicht eindeutig ermittelt werden, müssen sie anhand des Baufortschritts und den gesamten Herstellungskosten der Baumaßnahme geschätzt werden. Anhaltspunkt für eine derartige Schätzung könnte bspw. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) sein.

Folgendes Beispiel verdeutlicht die Grundzüge über das Bewertungsverfahren bei Grundstücken im Zustand der Bebauung:

**Beispiel: Bewertung für ein Grundstück im Zustand der Bebauung (Bewertungsstichtag: 1.3.2011)**

Ein Einfamilienhaus, das 1990 auf einem 800 m<sup>2</sup> großen Grundstück (Bodenrichtwert: 150 €/m<sup>2</sup>) errichtet worden ist, wird um einen Anbau erweitert. Der Eigentümer verstirbt noch während der Bauphase am 1.3.2011. Bis zu diesem Zeitpunkt sind für den Anbau Herstellungskosten i.H.v. 50.000 € entstanden, von denen 25.000 € gezahlt worden sind. Aus den vom örtlichen Gutachterausschuss mitgeteilten Vergleichspreisen wurde für das Einfamilienhaus ein Vergleichswert (einschließlich Bodenwert) i.H.v. 200.000 € abgeleitet.

**Bewertung:**

**Grundbesitzwert am Bewertungsstichtag**

Wert des bebauten Grundstücks vor Beginn der Baumaßnahme:

Vergleichswert Einfamilienhaus =	200.000 €
(maßgeblich ist die Grundstücksart und das Bewertungsverfahren vor Durchführung der Baumaßnahme)	
+ entstandene Herstellungskosten (Zahlungsabfluss unbeachtlich)	50.000 €
<b>Grundbesitzwert</b>	<b>250.000 €</b>

**V. Gebäude und Gebäudeteile für den Zivilschutz (§ 197 BewG)**

Unter die Sonderfälle des Unterabschn. C. IV. des Sechsten Abschnitts des Zweiten Teils des BewG werden auch Gebäude und Gebäudeteile für den Zivilschutz subsumiert, wobei es sich hierbei nicht um ein besonderes Bewertungsverfahren handelt, sondern um sachliche Freibeträge für die entsprechenden Gebäude bzw. Gebäudeteile.

Gebäude, Teile von Gebäuden und Anlagen, die wegen der in § 1 des Zivilschutzgesetzes v. 25.3.1997 (BGBl. I, S. 726), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 27.4.2004 (BGBl. I, S. 630), in der jeweils geltenden Fassung bezeichneten Zwecke geschaffen worden sind und im Frieden nicht oder nur gelegentlich oder geringfügig für andere Zwecke benutzt werden, bleiben nach § 197 BewG bei der Ermittlung des Grundbesitzwerts außer Betracht.

Die bisher in § 150 BewG geregelte *sachliche Befreiung* für diese Gebäude und Gebäudeteile bleibt damit auch im neuen Recht erhalten. Der Wert des Grund und Bodens ist grds. mit dem gesamten Wert des unbebauten Grundstücks nach Maßgabe des § 179 BewG anzusetzen.

**VI. Fazit**

Für relativ wenig Sonderfälle enthält der Unterabschn. C. IV. des Sechsten Abschnitts des Zweiten Teils des BewG sehr umfangreiche Regelungen. Dennoch handelt es sich um teilweise sehr stark typisierende Regelungen. Infolgedessen kann die Prüfung des Nachweises des niedrigeren gemeinen Werts nach § 198 BewG angezeigt sein. Anlass hierfür kann insbesondere sein, wenn der örtliche Gutachterausschuss im Zusammenhang mit Erbbaurechten Marktanpassungsfaktoren (Erbbaurechts- oder Erbbaugrundstücksfaktoren im Modell der WertR 2006 abgeleitet hat) von weniger als 1,0 ermittelt hat oder besondere vertragliche Gestaltungen, wie bspw. fehlende Wertsicherungsklauseln in Bezug auf vereinbarte Erbbauzinsen, vorliegen.

In der Notarpraxis sollte insbesondere bei den Sonderfällen beachtet werden, dass bei einer steuerrechtlichen Beratung regelmäßig ein Steuerberater hinzugezogen werden sollte.

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### Eintragungsvoraussetzungen für GbR in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

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

Seit der Entscheidung des BGH v. 29.1.2001<sup>1</sup> verfügt die GbR über Rechts- und Parteifähigkeit. Und als dessen Folge iudizierte der BGH,<sup>2</sup> dass die GbR auch materiell-rechtlich Eigentümer von Grundbesitz sein könne, was bis dahin als Gesamthandseigentum der Gesellschafter bezeichnet wurde. Rechtsinhaber des Grundstückseigentums sind seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nicht mehr gemeinschaftlich die Gesellschafter, sondern es ist die Gesellschaft (GbR).<sup>3</sup> Nachdem der BGH noch iudiziert hatte, die GbR könne im Grundbuch unter ihrem Namen eingetragen werden, wenn sie einen habe, anderenfalls zur Identifikation der GbR die Eintragung der Gesellschafter erforderlich sei,<sup>4</sup> hat der Gesetzgeber inzwischen für die formelle Seite der Eintragung der GbR im Grundbuch abweichende Konsequenzen gezogen: Gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO sollen dann, wenn ein Recht für eine GbR im Grundbuch eingetragen werden soll, auch deren Gesellschafter eingetragen werden. Und ist eine GbR im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter der GbR sind, die gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, wie auch vermutet wird, dass keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind (§ 899a Satz 1 BGB). Also kommt es auf Folgendes an: Wer ist die GbR, die im Grundbuch eingetragen werden soll und wie wird deren Existenz nachgewiesen? Ferner, wer vertritt diese GbR und wie wird das Vertretungsrecht nachgewiesen? Und wer sind die Gesellschafter der GbR und wie wird dieser Mitgliederbestand nachgewiesen?

Hierzu haben sich in der Registerpraxis, Rechtsprechung und im Fachschrifttum unterschiedliche Meinungen herausgebildet, wie auch viel darüber geschrieben/entschieden wurde, was aus welchen Gründen alles nicht rechtens sein soll. Ansatz des hiesigen Beitrages ist nicht, dies alles nachzuzeichnen oder zu kommentieren. Vielmehr soll es hier alleine darum gehen, für die Praxis aufzuzeigen, welches OLG welche Eintragungs- bzw. Nachweisvoraussetzungen fordert, dem sich eine kritische Stellungnahme zur Rechtsprechung der OLG anschließt, die einen Grundstückserwerb durch eine bereits existierende GbR verneinen, weil die von ihnen postulierten Nachweiserfordernisse nicht erbracht werden könnten.

#### I. OLG

##### 1. Bayern

###### a) OLG München

Eine vorhandene Eintragung einer GbR im Grundbuch weist die GbR als Eigentümerin aus und nicht deren Gesellschafter.<sup>5</sup> Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch begründet eine gesetzliche Vermutung betreffend deren Gesellschafterstellung in der GbR. Das Grundbuchamt sei – so das OLG – nicht berechtigt, die Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Gesellschafter zum Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen zu verlangen. Sei die GbR aus einer Zeit vor dem 18.8.2009 nur unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen, so sei eine Ergänzung des Grundbuchs um die Gesellschafter zum Zeitpunkt der ursprünglichen Eintragung im Wege der Richtigstellung möglich, wenn die GbR seinerzeit zugleich mit dem Grundstückserwerb gegründet wurde.<sup>6</sup>

Möchte eine GbR, die (noch) nicht im Grundbuch eingetragen ist, ein Grundstück erwerben, dann ist zu unterscheiden: Wenn gleichzeitig mit der notariellen Urkunde über den Grundstückserwerb ein notarieller GbR-Gesellschaftsvertrag angeschlossen wird, so ergibt sich daraus der Nachweis zur Existenz der GbR, den Vertretungsverhältnissen und dem Mitgliederbestand der GbR.<sup>7</sup>

Wenn dagegen die GbR bereits existierte, müssen diese Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.<sup>8</sup> Und so müssen sich aus dem Gesellschaftsvertrag der GbR zu deren Existenz Angaben zum Gründungsort,

Gründungszeitpunkt, Name und Sitz ergeben.<sup>9</sup> Dieser Nachweis der Existenz der GbR, der Identität der Gesellschafter der GbR und der Vertretungsberechtigung der GbR kann durch Abschluss eines notariellen Gesellschaftsvertrags im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft geführt werden, womit das OLG den notariellen Gesellschaftsvertrag aus Anlass einer Gründung der GbR in diesem Zusammenhang meint.<sup>10</sup> Wenn dies nicht möglich ist, so sei es – so das OLG – Sache des Gesetzgebers, Re-

\* Der Autor Dr. Klaus R. Wagner ist Rechtsanwalt und Notar sowie FASr in eigener Praxis in Wiesbaden. Er dankt besonders Frau Dagmar Henkelmann und Frau Judith Bartmann, beide Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellte in Wiesbaden, für deren engagierte Mitarbeit an diesem Beitrag.

- 1 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358 = ZNotP 2001, 204; BGH, Beschl. v. 18.2.2002 – II ZR 331/00, NJW 2002, 1207 = LNR 2002, 19268.
- 2 BGH, Urt. v. 25.9.2006 – II ZR 218/05, ZNotP 2007, 67 Rn. 10 – 11; BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, NJW 2009, 594 = ZNotP 2009, 66.
- 3 Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 332 f.; Wagner, ZNotP 2006, 408, 409.
- 4 BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, ZNotP 2009, 66.
- 5 OLG München, Beschl. v. 18.8.2009 – 34 Wx 47/09, MittBayNot 2009, 466, 467 = LNR 2009, 34860.
- 6 OLG München, Beschl. v. 27.4.2010 – 34 Wx 32/10, ZIP 2011, 570, 571 = LNR 2010, 20548.
- 7 OLG München, Beschl. v. 5.2.2010 – 34 Wx 116/09, MittBayNot 2010, 310 = LNR 2010, 12062.
- 8 OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZIP 2010, 1496 LNR 2010, 19942; OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 – 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440 Rn. 12.
- 9 OLG München, Beschl. v. 5.2.2010 – 34 Wx 116/09, MittBayNot 2010, 310 = LNR 2010, 12062.
- 10 OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZIP 2010, 1496 = LNR 2010, 19942 Rn. 8; OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 – 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440 Rn. 9.

gelungen vorzusehen, eine als grundbuchfähig angesehene GbR unter anderen, erleichterten, Voraussetzungen als denen des § 29 GBO zur Eintragung zu bringen. Bis dahin seien verfahrensrechtliche Unzuträglichkeiten für die Grundstückserwerbende GbR nicht zufriedenstellend zu lösen.<sup>11</sup>

## b) OLG Nürnberg

Gegenüber dem Grundbuchamt sind die Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Wenn in der notariellen Erwerbssurkunde die erwerbende GbR gegründet wurde und mit dieser die Auflassung beurkundet wurde, dann ist dieser Nachweis durch diese Urkunde erbracht.<sup>12</sup>

Hat dagegen die GbR bereits bestanden, ist zwar der Nachweis der Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen ebenfalls gefordert. Dazu ist ein den Anforderungen des § 29 GBO entsprechender Gesellschaftsvertrag vorzulegen. Ferner ist eine eidesstattliche Versicherung sämtlicher Gründungsgesellschafter der GbR vorzulegen, woraus sich ergibt, dass sich seit der Gründung der GbR keine Veränderungen im Gesellschafterbestand und in der Vertretungsregelung ergeben haben.<sup>13</sup>

## 2. Berlin – KG

Möchte eine GbR ein Grundstück erwerben, bedarf es einer hinreichend bestimmten Auflassungserklärung, wozu die Identität der Gesellschaft festzustellen ist, wozu Angaben zum Gründungsort, Gründungszeitpunkt, Name und Sitz ebenso gehören, wie auch die Identität der Gesellschafter festzustellen ist, die (ebenfalls) im Grundbuch einzutragen sind.<sup>14</sup>

Wie bei einer bereits vorhandenen GbR der Nachweis der Vertretungsmacht der für die GbR Handelnden zu führen ist und ob solches überhaupt möglich ist, wird vom KG nicht konkret angesprochen. Iudiziert wird, was alles nicht geht, wenn es um die Berechtigung zur Vertretung einer bereits bestehenden GbR geht: Eine eidesstattliche Versicherung der Gesellschafter wird nicht als ausreichend angesehen.<sup>15</sup> Auch sonstige Maßnahmen, die vom KG umfangreich aufgezählt werden, werden als nicht geeignet bezeichnet.<sup>16</sup>

## 3. Brandenburg – OLG Brandenburg

Das OLG geht davon aus, dass dann, wenn die GbR selbst Träger von Rechten und Pflichten ist, sie auch im Grundbuch einzutragen ist.<sup>17</sup> Es erteilt damit unausgesprochen dem OLG München eine Absage, das meint, bei schon existenten GbRs müssten diese mit einer Eintragung eben so lange warten, bis der Gesetzgeber für Klarheit dessen gesorgt habe, was das OLG München als unklar erachtet.<sup>18</sup>

Ist eine GbR zum Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags, in welchem sie ein Grundstück erwerben möchte, bereits existent, dann weist sie dem OLG Brandenburg ihre Existenz, die Identität ihrer Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung in einer dem § 29 Abs. 1 GBO

entsprechenden Form durch die entsprechenden Angaben im notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag nach.<sup>19</sup> Erforderlich und als ausreichend angesehen wird, wenn die anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags Auftretenden in diesem erklären, dass, wann und von wem die GbR gegründet wurde, mit welchem Gesellschafterbestand die GbR besteht und dass die für die GbR Handelnden berechtigt sind, sie während der Beurkundung des Kaufvertrags zu vertreten. Dies hat das Grundbuchamt nicht in Zweifel zu ziehen, wenn es keine Anhaltspunkte betreffend die Unrichtigkeit dieser Erklärungen hat.<sup>20</sup> Und mit solchen notariellen Erklärungen im notariell beurkundeten Kaufvertrag wird – so das OLG – den Anforderungen des § 29 Abs. 1 GBO entsprochen.<sup>21</sup>

Damit verdeutlicht das OLG Brandenburg – wiederum in Abweichung vom OLG München –, der Nachweis des Bestehens und der Identität der erwerbenden GbR könne nicht nur durch die (Neu-)Gründung einer GbR in der Erwerbssurkunde selbst geführt werden, sondern auch bei einer bereits existenten GbR. Denn ein anderes Verständnis wäre mit Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar.<sup>22</sup> Und zutreffend verweist das OLG weiter darauf hin, dass Gesellschafter einer existenten GbR nicht gezwungen werden könnten, die GbR aufzulösen und eine Neugründung vorzunehmen, nur weil anders ein Grundstück durch eine GbR nicht zu erwerben wäre.<sup>23</sup>

## 4. Hessen – OLG Frankfurt

Das OLG iudiziert abweichend zum OLG München, dass die Eintragung einer bereits existierenden GbR im Grundbuch nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass aus Anlass des notariellen Erwerbsvertrags eine Neugründung der GbR erfolgt.<sup>24</sup>

11 OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZIP 2010, 1496 = LNR 2010, 19942 Rn. 17.

12 OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.4.2010 – 10 W 277/10.

13 OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.4.2010 – 10 W 277/10.

14 KG, Beschl. v. 22.6.2010 – 1 W 277/10, NZG 2010, 861 = LNR 2010, 18082; KG, Beschl. v. 7.12.2010 – 1 W 489/10, LNR 2010, 34639 Rn. 6.

15 KG, Beschl. v. 25.11.2010 – 1 W 417/10, NZG 2011, 61 = LNR 2010, 30524; KG, Beschl. v. 7.12.2010 – 1 W 489/10, LNR 2010, 34639 Rn. 9.

16 KG, Beschl. v. 25.11.2010 – 1 W 417/10, NZG 2011, 61 = LNR 2010, 30524.

17 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 13; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10, LNR 2010, 26543 Rn. 13.

18 OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZIP 2010, 1496 Rn. 17 = LNR 2010, 19942.

19 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 20; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10, LNR 2010, 26543 Rn. 11, 21.

20 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 21; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10 LNR 2010, 26543 Rn. 22.

21 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 22 – 29; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10, LNR 2010, 26543 Rn. 23 – 31.

22 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 31; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10, LNR 2010, 26543 Rn. 32.

23 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 32.

24 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.6.2010 – 20 W 195/10, Rn. 6 – 7.

Der Nachweis der Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen muss zwar in der Form des § 29 Abs. 1 GBO erfolgen.<sup>25</sup> Diesbezügliche Erklärungen können aber durch die Gesellschafter der erwerbenden GbR im notariellen Erwerbsvertrag vorgenommen werden und dort zudem eidesstattlich versichert werden. Dazu gehören u.a. Angaben zur Unverwechselbarkeit der GbR wie Erklärungen zum Gründungsort, Gründungszeitpunkt, Name, Sitz etc.<sup>26</sup> Zudem wurde ein damit korrespondierender Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt.<sup>27</sup>

Auch das OLG Frankfurt weist zutreffend darauf hin, dass der Grundstückserwerb durch bereits existierende GbR praktisch ausscheiden würde, wenn man nur noch den Erwerb durch neu zu gründende GbRs zulassen würde und begründet dies umfangreich.<sup>28</sup>

### 5. Mecklenburg-Vorpommern – OLG Rostock

Soll eine GbR Grundstückseigentum erwerben, so sind dem Grundbuchamt die Existenz und Identität der Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 GBO) nachzuweisen. Dazu zählt das OLG die Vorlage eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags.<sup>29</sup> Dies jedenfalls dann, wenn die GbR in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft durch notariellen Vertrag gegründet wurde, während das OLG nicht entschieden hat, wie zu verfahren ist, wenn der Gründungsvorgang der GbR weiter zurückliegt.<sup>30</sup>

### 6. Niedersachsen – OLG Oldenburg

Aus der Vermutung des § 899a BGB folgt mit dem OLG, dass die GbR, die bereits im Grundbuch eingetragen ist, bei der Übertragung ihres Grundstückseigentums keine weiteren Nachweise erbringen muss. Ist dagegen eine GbR, die Grundstückseigentum erwerben möchte, im Grundbuch nicht eingetragen, so besteht mit dem OLG diese Vermutung nicht.<sup>31</sup> In diesem Fall sind dem Grundbuchamt die Existenz der GbR und die Identität der Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch eine öffentliche oder eine öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29 GBO) nachzuweisen. Dieser Nachweis kann – so das OLG – durch einen Gesellschaftsvertrag nachgewiesen werden, sie können aber auch durch das Rubrum eines Gerichtsurteils oder eines notariellen Kauf- oder Auflassungsvertrags nachgewiesen werden. Ein zusätzlicher Nachweis, dass sich die Voraussetzungen nicht verändert haben, ist gegenüber dem Grundbuchamt nicht erforderlich.<sup>32</sup>

Ist im Kaufvertrag dieser v.g. Nachweis nicht in eindeutiger Weise geführt worden bzw. sind Hinweise für Veränderungen gegeben, dann kann sich die Notwendigkeit eines ergänzenden Nachweises ergeben. Dies kann durch die nachträgliche Vorlage eines der Form des § 29 GBO entsprechenden Gesellschaftsvertrags und durch eine nachträgliche formgerechte eidesstattliche Erklärung der Gesellschafter der GbR erfolgen.<sup>33</sup>

## 7. NRW

### a) OLG Hamm

Möchte eine bereits existierende GbR ein Grundstück erwerben, so muss dem Grundbuchamt die Existenz der GbR, die Identität der Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch eine öffentliche oder eine öffentlich beglaubigte Urkunde in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden.<sup>34</sup> Wie auch das OLG München begründet das OLG Hamm umfangreich, warum ein solcher Nachweis bei einer bereits existenten GbR nicht geführt werden kann. Es weist darauf hin, dass nur zwei Alternativen blieben: Entweder werde im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb eine GbR neu gegründet, sodass die v.g. Nachweise dann auch durch einen unterschiftsbeglaubigten Gesellschaftsvertrag geführt werden könnten<sup>35</sup> oder es werde eine auf die Verwaltung eigenen Vermögens beschränkte Personenhandelsgesellschaft (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) gegründet, die mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Registerpublizität ausgestattet sei.<sup>36</sup>

Hat eine KG in Gründung einen Grundstückskaufvertrag geschlossen, so ist diese bereits unter den Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 HGB entstanden. Die Existenz und die Vertretungsverhältnisse einer bei Kaufvertragsabschluss bereits existenten KG in Gründung kann, da die Vorgesellschaft und die voll entstandene KG identisch sind, durch die spätere Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgen.<sup>37</sup>

### b) OLG Köln

Auch das OLG Köln wie schon das OLG München und OLG Hamm, geht zwar davon aus, dass dem Grundbuchamt die Existenz der GbR, die Identität der Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden muss, sieht aber nach geltendem Recht keine Möglichkeit, bei einer bereits bestehenden GbR diesen Nachweis zu erbringen.<sup>38</sup> Auch hier begründet das OLG Köln umfangreich,

25 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.6.2010 – 20 W 195/10, Rn. 4.

26 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.6.2010 – 20 W 195/10, Rn. 6.

27 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.6.2010 – 20 W 195/10, Rn. 8.

28 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.6.2010 – 20 W 195/10, Rn. 9.

29 OLG Rostock, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 W 100/10, ZIP 2011, 473 = LNR 2010, 32687.

30 OLG Rostock, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 W 100/10, ZIP 2011, 473, 474 = LNR 2010, 32687.

31 OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.7.2010 – 12 W 133/10, ZIP 2010, 1846.

32 OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.7.2010 – 12 W 133/10, ZIP 2010, 1846.

33 OLG Oldenburg, Beschl. v. 9.8.2010 – 12 W 158/10, ZfIR 2010, 723 f. = LNR 2010, 24771.

34 OLG Hamm, Beschl. v. 2.11.2010 – 15 W 440/10, ZIP 2010, 2245 = LNR 2010, 27887.

35 OLG Hamm, Beschl. v. 12.10.2010 – I-15 W 306/10, ZIP 2011, 474 f. = LNR 2010, 35112.

36 OLG Hamm, Beschl. v. 2.11.2010 – 15 W 440/10, ZIP 2010, 2245, 2246 = LNR 2010, 27887.

37 OLG Hamm, Beschl. v. 14.10.2010 – 15 W 201, 202/10, NZG 2011, 300 = LNR 2010, 33756.

38 OLG Köln, Beschl. v. 29.11.2010 – 2 Wx 26/10, NZG 2011, 297, 298 = LNR 2010, 31869; OLG Köln, Beschl. v. 13.12.2010 – 2 Wx 137/10, RNotZ 2011, 160, 161 f.

warum was nicht geht. Ferner weist es darauf hin, dass die Nachweise durch Abschluss eines notariellen Gesellschaftsvertrags im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft geführt werden können,<sup>39</sup> also durch eine aus Anlass des Grundstücksgeschäfts neu gegründete GbR.

## 8. Saarland – OLG Saarbrücken

Auch das OLG geht davon aus, dass beim Grundstückserwerb durch eine bereits vorhandene GbR dem Grundbuchamt die Existenz der GbR, die Identität der Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden muss. Aber es sieht diesen Nachweis bereits durch den notariell beurkundeten Kaufvertrag als geführt an, in dessen Urkundeneingang die entsprechenden Angaben enthalten seien.<sup>40</sup>

## 9. Sachsen – OLG Dresden

Ist eine bereits vorhandene GbR als Erwerberin im Grundstückskaufvertrag präzise bezeichnet und eindeutig identifizierbar, so ist ihre Existenz nachgewiesen. Dies gilt auch für die im notariellen Erwerbsvertrag aufgeführten Gesellschafter der GbR. Und ist zu den Vertretungsverhältnissen der persönlich anwesenden Gesellschafter nichts ausgeführt, so ergibt sich deren gemeinschaftliche Vertretungsmacht aus § 709 Abs. 1 BGB. Das OLG möchte sich erklärtermaßen den weniger strengen Maßstäben des OLG Saarbrücken und OLG Oldenburg anschließen.<sup>41</sup>

## 10. Schleswig-Holstein – OLG Schleswig

Beim Grundstückserwerb durch eine bereits vorhandene GbR muss dem Grundbuchamt die Existenz der GbR, die Identität der Gesellschafter und die Vertretungsberechtigung der für die GbR handelnden Personen durch eine öffentliche oder eine öffentlich beglaubigte Urkunde in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden. Wie dieser zu führen ist, hat das OLG offengelassen.<sup>42</sup>

## III. Folgerungen

Geht es um den Grundstückserwerb durch eine bereits existente GbR, wird ein solcher durch OLG München, OLG Hamm und OLG Köln letztlich verneint, da der erforderliche Nachweis nach § 29 Abs. 1 GBO nicht zu führen sei. Als Ausweg wird gewiesen, den Grundstückserwerb durch eine aus Anlass desselben erfolgte Neugründung einer GbR oder durch eine vermögensverwaltende Personenhandlungsgesellschaft erfolgen zu lassen. Andere OLG weisen unterschiedliche Wege, auf denen auch bereits existenten GbRs der Grundstückserwerb ermöglicht wird.

Art. 14 Abs. 1 GG regelt das verfassungsrechtliche Eigentum. Damit werden alle „Rechtspositionen (geschützt), kraft deren ein Grundrechtsträger befugt ist, mit einem vermögenswerten Recht nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen.“<sup>43</sup> Auch die bereits existente GbR ist Grundrechtsträger. Diejenigen Gerichte, die bereits existen-

ten GbRs die Möglichkeit des Grundstückserwerbs verschließen, müssen sich mithin in der Tat fragen lassen, ob dies mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist, was wohl nur vom OLG Brandenburg<sup>44</sup> thematisiert wird. Schließlich gibt es kein Gesetz i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, das den Grundstückserwerb durch existente GbRs untersagen würde. Und da bereits der schuldrechtliche Anspruch auf Eigentumserwerb Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unterfällt<sup>45</sup> und ein Grundstückserwerb erst und nur durch Eintragung im Grundbuch erfolgt,<sup>46</sup> steht es mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht im Einklang, zu iudizieren, bereits existente GbRs könnten erst dann Grundstückseigentümer werden, wenn der Gesetzgeber dies geregelt habe.<sup>47</sup> Dem Rechtssubjekt der existenten GbR, das zudem durch Eintragung einer Vormerkung ein Anwartschaftsrecht erlangt hat, wird damit die Möglichkeit des Eigentumserwerbs aufgrund obligatorischer und dinglicher Verträge verwehrt, ein Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auch bei der existenten GbR geschützten Eigentumsgarantie,<sup>48</sup> zu der auch die Möglichkeit des Erwerbs aufgrund schuldrechtlichen und dinglichen Vertrags zählt.<sup>49</sup> Wird der existenten GbRs die Möglichkeit des Grundstückserwerbs durch ein Gericht ohne gesetzliche Grundlage genommen, so ist darin eine Enteignung zu sehen, der es an den Erfordernissen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG fehlt. Und so wird denn von den OLG München, Hamm und Köln auch verkannt, geschweige denn thematisiert, dass auch Zivilgerichte die tatsächliche Wirksamkeit der Eigentumsgarantie sicherzustellen haben und Verfahrensvorschriften nicht in einer Weise handhaben dürfen, dass das verfassungsrechtliche Eigentumsrecht nicht mehr durchge-

39 OLG Köln, Beschl. v. 29.11.2010 – 2 Wx 26/10, NZG 2011, 297, 299 = LNR 2010, 31869; OLG Köln, Beschl. v. 13.12.2010 – 2 Wx 137/10, RNotZ 2011, 160, 164 f.

40 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.2.2010 – 5 W 371/09-134, ZIP 2010, 1290 = LNR 2010, 18767; wohl zust. *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302.

41 OLG Dresden, Beschl. v. 21.10.2010 – 17 W 1065/10, NotBZ 2010, 463.

42 OLG Schleswig, Beschl. v. 9.12.2009 – 2 W 168/09, DNotZ 2010, 296 = LNR 2009, 33833.

43 *Leisner*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 10.

44 OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10, NZG 2010, 1426 = LNR 2010, 25642 Rn. 31; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2010 – 5 Wx 105/10 = LNR 2010, 26543 Rn. 32.

45 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97, 111; *Leisner* (Fn. 43), § 173 Rn. 24 m.w.N.

46 Zur verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie von Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt zustehen BVerfG, Beschl. v. 13.6.2002 – 1 BvR 482/02, NVwZ 2002, 1232 = LNR 2002, 16907.

47 Immerhin erfolgt die aufgrund eines notariellen Erwerbsvertrags eingetragene Vormerkung zugunsten der bereits existenten GbR nach dem formellen Konsensprinzip aufgrund einseitiger Bewilligung des Betroffenen gem. § 19 GBO. Dies ist die Grundstückseigentümerin, ohne dass das Grundbuchamt im Hinblick auf § 19 GBO ein Nachforschungsrecht bzgl. der erwerbenden GbR hätte. Auch hat das Grundbuchamt bei der Eintragung der Vormerkung zugunsten der erwerbenden existenten GbR nicht deren Existenz und deren Vertretungsberechtigung und nicht die Identität der Gesellschafter zu prüfen, sodass insoweit nur eine abstrakte Plausibilitätskontrolle bei § 19 GBO erfolgt. So zutreffend OLG Schleswig, Beschl. 9.12.2009 – 2 W 168/09, DNotZ 2010, 296 f. = LNR 2009, 33833 unter Hinweis auf *Böhlinger*, RPfeger 2009, 540.

48 *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 101.

49 BVerfG, Beschl. v. 16.2.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 15 = LNR 2000, 17306; *Depenheuer* (Fn. 48), Art. 14 Rn. 11; *Sachs/Wendt*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 24.

setzt werden kann.<sup>50</sup> Im Gegenteil müssen sie das Verfahrensrecht so handhaben, dass der normativen Geltung der Grundrechte tatsächliche Wirksamkeit verschafft wird.<sup>51</sup> Auf diese Weise folgt aus dem Grundrecht des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG der Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz<sup>52</sup> und das Verfahrensrecht muss mit Blick auf Art. 14 GG ausgelegt und angewendet werden, sodass bei mehreren Möglichkeiten der Auslegung des Verfahrensrechts derjenige der Vorzug zu geben ist, „die es dem Gericht ermöglicht, Grundrechte des Verfahrensbeteiligten durchzusetzen und zu verwirklichen.“<sup>53</sup> Auch die bereits existente GbR hat ein positives Recht auf tatsächliche Grundrechtsdurchsetzung kraft Verfahrensrechts,<sup>54</sup> wenn es darum geht, aufgrund geschlossenen obligatorischen und dinglichen Vertrags auch Grundstückseigentümerin werden zu können. Denn Gerichte sind zu einer Verfahrensgestaltung verpflichtet, die „auf einen bestmöglichen Grundrechtsschutz hinwirkt.“<sup>55</sup> Die Gerichte, die bei existenten GbR die Möglichkeit des Grundstückserwerbs verschließen, scheinen diese verfassungsrechtlichen Grundsätze gänzlich aus den Augen verloren zu haben. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit den gesetzlichen Neuregelungen die Absicht hatte, die Verkehrsfähigkeit der GbR im Immobiliarsachenrecht wieder herzustellen<sup>56</sup> und nicht das Gegenteil zu bewirken.

Es geht hier weniger um Rechtsfortbildung<sup>57</sup> als vielmehr um die Frage der verfassungskonformen Auslegung aus Sicht der Gerichte, welche meinen, die Auslegung und Anwendung gesetzlicher Verfahrensvorschriften führe zwangsläufig zu einem Ergebnis, die eine Eintragung vorhandener GbR als Grundstückseigentümer im Grundbuch verhindere, bis der Gesetzgeber erneut tätig geworden sei, dies zumal damit dem bereits vorhanden gewesenen gesetzgeberischen Ziel entsprochen wird.<sup>58</sup> Eine Möglichkeit, wie eine verfassungskonforme Auslegung des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO gehandhabt werden könnte, kann der Entscheidung des OLG Saarbrücken<sup>59</sup> entnommen werden, wenn dort auch nicht als verfassungskonforme Auslegung, sondern als einfache Gesetzesauslegung vorgenommen, indem dort unter Hinweis auf Rechtsprechung und Fachschrifttum darauf verwiesen wird, auf den Grundstückserwerb einer bereits existierenden GbR könne übertragen werden, dass auch in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebene „Bestätigungs- oder Geständniserklärungen“ zum grundbuchlichen Nachweis ausreichend sein könnten, „in denen die zuvor erfolgte Abgabe einer Erklärung oder Vornahme eines Rechtsgeschäftes durch den Erklärenden bzw. Vornehmenden selbst bestätigt wird.“ Daher genüge der notarielle Erwerbs- bzw. Übertragungsvertrag als öffentliche Urkunde zum Nachweis der Existenz und Vertretungsberechtigung der existenten GbR sowie der Identität der Gesellschafter.<sup>60</sup> Auch eine Auslegung dahin gehend, als öffentlich beglaubigte Urkunde i.S.d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genüge die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags mit den notariell beglaubigten Unterschriften aller Gesellschafter, könnte dazu gehören,<sup>61</sup> der selbst oder in einer Nachtragsurkunde in einem zeitnahen Zusammenhang zum notariellen Erwerbsvertrag stehen sollte, ohne dass es sich deshalb um eine Neugründung der GbR handeln würde.<sup>62</sup> Und selbst wenn man die Vorlage eines solchen Gesellschaftsvertrags neben der notariellen Er-

werbsurkunde als Nachweiserfordernis im Hinblick auf § 29 Abs. 1 GBO fordern würde<sup>63</sup> bzw. für den Nachweis der Identität der Gesellschafter und der Vertretungsverhältnisse eine notariell beglaubigte aktuelle Gesellschafterliste,<sup>64</sup> würde dies den Grundstückserwerb durch die bereits existente GbR nicht verhindern, sondern ermöglichen.

Wie auch immer: Es muss die auch aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG folgende Selbstverständlichkeit sichergestellt sein und zwar von jedem Grundbuchamt und jedem OLG im Rahmen seiner Zuständigkeit, dass dann, wenn eine existente GbR materiell-rechtlich Grundstückseigentümer sein kann, sie auch formalrechtlich Grundstückseigentümer werden kann, ohne noch auf weitere gesetzgeberische Maßnahmen warten zu müssen. *Krüger*<sup>65</sup> ist vorbehaltlos zuzustimmen, wenn er hieran nochmals erinnert. Und auch *Tebben*<sup>66</sup> ist vor diesem Hintergrund zuzustimmen, an die grundbuchmäßigen Nachweise dürften keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, jedenfalls – so sei angefügt – insoweit nicht, als dies dazu führen würde, die Eintragung als Grundstückseigentümer zu verhindern.

#### IV. Fazit

Im Grunde deuten die unterschiedlichen Begründungen in der Rechtsprechung der OLG in zwei unterschiedliche Richtungen: Einerseits wird mit großem argumentativen Aufwand begründet, warum bereits existierende GBRs, die in notarieller Urkunde Erwerber von Grundbesitz werden sollen, nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden können, ja sogar so lange warten sollen, bis der Gesetzgeber dies ermöglicht. Andererseits sind andere OLG bemüht, es zu ermöglichen, dass auch bereits existierende GBRs als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden können und diese OLG haben die zuvor skizzierten verfassungsrechtlichen Gründe für sich. Vor diesem Hintergrund ist schwerlich vorstellbar, dass der BGH sich den Standpunkt der Eintragungsverhin-

50 *Deppenheuer* (Fn. 48), Art. 14 Rn. 94.

51 *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 07/2010, Art. 14 Rn. 43, 45.

52 BVerfG, Urt. v. 10.10.1978 – 1 BvR 475/78, BVerfGE 49, 252, 257 m.w.N.

53 *Papier* (Fn. 51), Art. 14 Rn. 43.

54 *Papier* (Fn. 51), Art. 14 Rn. 45.

55 *Papier* (Fn. 51), Art. 14 Rn. 48; *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 14 Rn. 34a; *Sachs/Wendt* (Fn. 49), Art. 14 Rn. 15.

56 Zutreffend *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 297 Fn. 103 unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/13437, S. 1, 24, 28.

57 Für Rechtsfortbildung *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 301 f.

58 Zur verfassungskonformen Auslegung zuletzt s. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2010 – 1 BvR 2742/08, LNR 2010, 31314 Rn. 16.

59 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.2.2010 – 5 W 371/09-134, ZIP 2010, 1290 = LNR 2010, 18767.

60 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.2.2010 – 5 W 371/09-134, ZIP 2010, 1290 f. = LNR 2010, 18767 unter Hinweis auf *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 179; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1451; so auch *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 177.

61 *Tebben*, NZG 2009, 288, 291.

62 *Tebben*, NZG 2009, 288, 292.

63 So wohl *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 659; *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 176.

64 So MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 314; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 335; *Wagner*, ZNotP 2006, 408, 410.

65 *Krüger*, NZG 2010, 801, 802.

66 *Tebben*, NZG 2009, 288, 291.



derer zu eigen machen wird, ohne sich auch mit zuvor angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen zu befassen. So lange der BGH noch nicht entschieden hat und beim Grundstückserwerb bereits existierender GbRs in Bezirken diverser OLG Rechtsunsicherheit besteht, sollten Beteiligte und beurkundende Notare in diesen Bezirken sicherheitshalber diesen

Problemen dadurch aus dem Weg gehen, dass an die Stelle bereits existierender GbR als Grundstückserwerber eine in diesem Zusammenhang neu gegründete GbR oder eine vermögensverwaltende Personenhandels-gesellschaft tritt.<sup>67</sup>

67 Heinze, RNotZ 2010, 289, 304.

## Verfahrensrecht

### Die Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen nach dem FamFG

von Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer, München\*

*Die Einführung des FamFG am 1.9.2009 brachte keine grundlegenden Änderungen des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit sich. Buch 1 des FamFG enthält eine Reihe von neuen Bestimmungen, die i.d.R. an die ZPO anknüpfen und erstmals in der Geschichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemeine Verfahrensvorschriften aufstellen. Zu solchen eher unspektakulären, in der Praxis aber wichtigen Bestimmungen gehören die in den §§ 42, 43 FamFG enthaltenen Regeln über die Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen, die in der Folge vorgestellt werden.*

#### I. Beschlussdogmatik und praktische Relevanz der Korrekturvorschriften

Der Gesetzgeber hatte das frühere FGG – anders als das nun geltende FamFG – von vornherein nicht als eigenständige Kodifikation gesehen. Das FGG sollte aus diesem Grunde die diversen und sehr unterschiedlichen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit weder lückenlos erfassen noch allgemeine Verfahrensvorschriften enthalten. Das frühere Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hatte deshalb gegenüber den verfahrensrechtlichen Vorschriften des BGB, des HGB und anderer Gesetze von vornherein nur Hilfsfunktionen.<sup>1</sup> Das FGG wies zudem geringere rechtsstaatliche Garantien eine weniger starke Regelungsdichte als andere Verfahrensordnungen auf.<sup>2</sup>

Ursächlich hierfür war u.a. der Entscheidungsbegriff des früheren Rechts: Zur Wahrung der Flexibilität der sehr unterschiedlichen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit stellte § 19 FGG<sup>3</sup> auf den Begriff der „Verfügung“ ab. „Verfügungen“ nach dem FGG hatten von Gesetzes wegen keine vorgegebene Form einzuhalten, sondern konnten auch als formloses Schreiben erlassen werden. Das Problem ihrer Korrektur in einem förmlichen Verfahren stellte sich deshalb und auch wegen der weitgehenden sachlichen Abänderbarkeit von Verfügungen nach § 18 Abs. 1 FGG in der Praxis kaum, sodass im früheren Recht spezielle Vorschriften über die Berichtigung und Ergänzung von Entscheidungen nicht vorgesehen waren.

Im neuen Recht ist das grundlegend anders: Aus Gründen der Rechtssicherheit ist in § 38 Abs. 1 FamFG für alle Endentscheidungen nach dem Vorbild des Entwurfs der FGG-Kommission von 1977 (§ 42 FrGOE)<sup>4</sup> die Entscheidung in Form eines Beschlusses vorgeschrieben. Dies bringt eine einheitliche Entscheidungsform für alle Verfahren des FamFG mit sich<sup>5</sup> und verbessert auch die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, weil sich die Anfechtbarkeit nach § 58 Abs. 1 FamFG alleine durch die Anknüpfung an die Form der

Entscheidung definiert. So vorteilhaft die dem § 38 Abs. 1 FamFG zugrunde liegende Beschlussdogmatik erscheint, kann sie jedoch in bestimmten Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit problematisch sein,<sup>6</sup> bspw. bei Zwischenverfügungen nach § 384 Abs. 4 FamFG.<sup>7</sup> Die Einführung der Beschlussdogmatik bringt es aber auch mit sich, dass die nun nach § 39 Abs. 1 FamFG ergehenden förmlichen Endentscheidungen und andere Beschlüsse bei Fehlern und Unvollständigkeiten nur noch in einem dafür vorgesehenen – ebenfalls förmlichen – Verfahren korrigiert werden können. Der Gesetzgeber hat deshalb in §§ 42, 43 FamFG Vorschriften für die Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen eingeführt, die sich an Vorbildern in anderen Prozessordnungen orientieren. Als Einstieg in die nähere Erläuterung der neuen Vorschriften soll nochmals kurz auf die Rechtslage nach dem früheren FGG zurückgegriffen werden.

#### II. Berichtigung und Ergänzung von Verfügungen nach dem FGG

##### 1. Berichtigung von Verfügungen

Die heute von § 42 FamFG erfasste Berichtigung von Beschlüssen war im früheren Recht der freiwilligen Gerichts-

\* Der Autor ist Regierungsdirektor beim Deutschen Patent- und Markenamt, München.

1 Arnold, DRiZ 1980, 321, 323; Bumiller, Rpfleger 1973, 3; Allgemeine Begründung zum RegE des FamFG, in: BT-Drucks. 16/6308, S. 161.

2 Holzer, ZNotP 2009, 122, 124.

3 Zur Definition des Begriffs der „Verfügung“ i.S.d. § 19 FGG vgl. BGHZ 16, 177, 178 = LNR 1955, 13660; BayObLGZ 24, 126, 128.

4 Vgl. Begr. zu § 42 FrGOE, in: BMJ (Hrsg.), Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich des Beurkundungsrechts, 1977, S. 127 f.; zust. hierzu Steffen, RdL 1979, 1, 2.

5 Begr. zu § 38 RegE, in: BT-Drucks. 16/6308, S. 195.

6 Ebenso bereits Klässel, Der Justizbeamte 1979, 10, 11.

7 Holzer/Holzer, FamFG, 2011, § 38 Rn. 5.

barkeit nicht geregelt. Jedoch hatten Rechtsprechung<sup>8</sup> und Literatur<sup>9</sup> insoweit § 319 Abs. 1 ZPO analog herangezogen. Bereits § 46 FrGOE hatte einen Verweis auf die Vorschriften der ZPO vorgeschlagen, dem der Gesetzgeber des FamFG gefolgt ist;<sup>10</sup> er hat § 42 Abs. 1 FamFG den § 319 Abs. 1 ZPO, § 118 Abs. 1 VwGO, § 107 Abs. 1 FGO, § 138 Satz 1 SGG, die übrigen Absätze des § 42 FamFG aber dem § 319 Abs. 2 und 3 ZPO nachgebildet.<sup>11</sup>

## 2. Ergänzung von Verfügungen

§ 43 FamFG regelt erstmals im Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit die nachträgliche Ergänzung von Beschlüssen. Unter dem Geltungsbereich des FGG hatte man die bestehende Regelungslücke durch entsprechende Anwendung des § 321 ZPO geschlossen,<sup>12</sup> was auch die FGG-Kommission in § 46 FrGOE vorgeschlagen hatte.<sup>13</sup> Der Gesetzgeber ist auch bei der Schaffung des § 43 Abs. 1 FamFG diesem Vorschlag gefolgt; die neue Vorschrift übernimmt im Wesentlichen den Regelungsgehalt des § 321 Abs. 1 ZPO sowie der § 120 Abs. 1 VwGO, § 109 Abs. 1 FGO und § 140 Abs. 1 SGG.<sup>14</sup>

Anders als die v.g. Bestimmungen knüpft § 43 Abs. 1 FamFG jedoch nicht an innere Widersprüche des zu ergänzenden Beschlusses an, sondern an das Übergehen eines in den Verfahrensakten vorhandenen Antrags. Der Gesetzgeber wollte dadurch den Besonderheiten des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rechnung tragen, das in § 38 FamFG in formaler Hinsicht verhältnismäßig geringe Anforderungen an den Beschluss aufstellt und deshalb eine Tatbestandsberichtigung, wie bspw. im Zivilprozess (§ 320 ZPO) nicht vorsieht. § 43 Abs. 2 FamFG übernimmt hingegen hinsichtlich der Antragsfrist die Regelung des § 321 Abs. 2 ZPO ohne wesentliche Änderungen.<sup>15</sup>

## III. Anwendungsbereich der §§ 42, 43 FamFG

Den §§ 42, 43 FamFG liegt der allgemeine Rechtsgedanke der (formellen) Richtigkeit behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen<sup>16</sup> zugrunde, der sich auch aus den in der Gesetzesbegründung nicht aufgeführten § 80 Abs. 1 MarkenG, § 95 Abs. 1 PatG, § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG, § 42 Satz 1 VwVfG, § 129 Satz 1 AO und § 193 InsO ergibt. Nach diesem Rechtsprinzip muss die äußere Form der Entscheidung dem Willen des dafür zuständigen Entscheidungsträgers entsprechen und darf nicht durch Schreib- und Rechenfehler, eine unzutreffende sprachliche Fassung und andere Mängel der äußeren Form verfälscht werden;<sup>17</sup> es setzt vor allem im Interesse der Beteiligten, aber auch des Rechtsverkehrs das Gebot der fairen Prozessführung und das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in das FamFG um.<sup>18</sup>

## IV. Geltungsbereich der §§ 42, 43 FamFG

Die §§ 42, 43 FamFG gelten in allen Rechtszügen der im FamFG geregelten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Soweit gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG für Ehe- und Familienstreitsachen die Vorschriften der ZPO zur Anwen-

dung kommen, sind die Vorschriften allerdings nicht anwendbar, sondern werden durch die §§ 319 ff. ZPO ersetzt.

Auch für die Abänderung von Eintragungen in den Registern gelten die §§ 42, 43 FamFG nicht, weil die Korrektur von Tatsachen und der äußeren Fassung der Eintragungen sowohl im Handelsregister<sup>19</sup> als auch im Grundbuch mangels spezieller Vorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen der Richtigstellung erfolgt. Soweit Registereintragungen Publizitätswirkungen entfalten (§ 15 HGB), sind sie ohnehin nicht korrigierbar (§ 383 Abs. 3 FamFG) und soweit sie dem Gutgläubensschutz (z.B. § 892 BGB) unterliegen, kommt nur die Eintragung von Amtswidersprüchen (z.B. nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) in Betracht. Für Eintragungen, die noch nicht unterschrieben sind, gestatten es die § 17 Abs. 1 Satz 1 HRV, § 12 Abs. 1 Satz 1 VereinsregisterVO ebenso wie die Grundbuchgeschäftsanweisungen der Länder, Korrekturen vorzunehmen.<sup>20</sup> Alle genannten Vorschriften gehen den allgemeinen Vorschriften der §§ 42, 43 FamFG vor.

## V. Gegenstand der Berichtigung und Ergänzung nach §§ 42, 43 FamFG

### 1. Erfasste Entscheidungen

Die §§ 42, 43 FamFG erfassen wie die §§ 40, 41 FamFG nach ihrem Wortlaut nur Beschlüsse, wobei es sich nicht um Endentscheidungen i.S.d. § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG handeln muss; vielmehr sind auch verfahrensleitende Entscheidungen erfasst. Der Wortlaut der §§ 42, 43 FamFG ist indes zu eng; dies resultiert vermutlich daraus, dass der noch stark am Verfahren nach der ZPO orientierte RefE des FamFG Zwischenverfügungen schlechthin nicht vorsah. Erst in den RegE wurde die heute in § 382 Abs. 4 FamFG enthaltene Bestimmung eingefügt, dabei aber möglicherweise nicht bedacht, dass auch Zwischenverfügungen, die nicht in Beschlussform ergehen müssen, korrekturbedürftig sein können. Auch wenn dies in der Praxis selten der Fall sein mag, sind die §§ 42, 43 FamFG auf die Zwischenverfügung des § 382 Abs. 4 FamFG entsprechend anwendbar.

8 BGH, NJW 1989, 1281 = LNR 1989, 13219; KG, DFG 1937, 87; KG, WM 1952, 184, 185; BayObLGZ 1985, 184, 187; OLG Düsseldorf, OLGZ 1970, 126, 127; OLG Frankfurt, OLGZ 1979, 389, 390; OLG Frankfurt, DNotZ 1997, 79, 80; OLG Zweibrücken, ZMR 1987, 232.

9 Bassenge/Roth, FGG, 11. Aufl., § 18 Rn. 24; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 18 Rn. 57; Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, S. 251; Müller, MDR 1954, 595, 596.

10 Dazu oben I.

11 Begr. zu § 42 RegE, in: BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

12 BayObLG, NZM 2002, 708 f.; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 9), § 18 Rn. 67.

13 Begr. zu § 46 FrGOE, in: BMJ (Fn. 4), S. 129.

14 Dazu Holzer/Holzer (Fn. 7), § 43 Rn. 1.

15 Begr. zu § 43 RegE, in: BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

16 BGH, NJW 1989, 1281 = LNR 1989, 13219; KG, WM 1960, 1134, 1135; OLG Frankfurt, DNotZ 1997, 79, 81; OLG Zweibrücken, ZMR 1987, 232; Müller, MDR 1954, 595, 596.

17 Holzer (Fn. 9), S. 353 f.

18 Vgl. dazu auch BVerfG, NJW 1992, 1496.

19 Dazu Holzer, ZNotP 2008, 138, 141 ff.

20 Dazu Holzer/Holzer (Fn. 7), § 42 Rn. 4, § 43 Rn. 3.

## 2. Erfasste Fehler

### a) Berichtigung von Beschlüssen nach § 42 FamFG

Nach § 42 Abs. 1 FamFG sind neben Schreib- und Rechenfehlern auch sog. „offenbare Unrichtigkeiten“ der Berichtigung zugänglich. Wie § 319 Abs. 1 ZPO versteht § 42 Abs. 1 FamFG unter diesem Begriff Fehler, die so offenkundig sind, dass sie sich aus dem Tenor, dem Tatbestand oder den Gründen des Beschlusses unmittelbar und ohne weitere Überprüfung ergeben.<sup>21</sup> Auch versehentliche Auslassungen oder Lücken können berichtigt werden.

Berichtigungen sind wie im Zivilprozess nur im Hinblick auf Fehler im Ausdruck, nicht aber bei solchen in der Tatsachenwürdigung bzw. Willensbildung möglich.<sup>22</sup> Die Entscheidung muss, um korrigiert werden zu können, etwas anderes aussagen, als das Gericht gewollt hat<sup>23</sup> oder etwas Gewolltes nicht aussagen. Die Berichtigung des Beschlusses erfasst somit nur den offensichtlichen Erklärungsirrtum, nicht aber den Motivirrtum.<sup>24</sup>

Eine Berichtigung von inhaltlichen Fehlern des Beschlusses ist aus Gründen der Rechtsklarheit im Verfahren des § 42 FamFG nicht möglich, sondern nur im Rahmen der dafür vorgesehenen Rechtsmittel (§§ 58 ff. FamFG).<sup>25</sup> Wie im Zivilprozess findet die Berichtigung auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihre Grenze an der sachlichen Unabänderbarkeit der rechtskräftigen Entscheidung.<sup>26</sup> Dies gilt jedoch nur insoweit, als nicht durch die im neuen Recht neu gestaltete Abänderungsbefugnis des § 48 Abs. 1 FamFG<sup>27</sup> inhaltliche Änderungen der Entscheidung möglich sind.<sup>28</sup>

### b) Ergänzung von Beschlüssen nach § 43 FamFG

§ 43 Abs. 1 FamFG gestattet eine Ergänzung des Beschlusses, wenn ein von einem Beteiligten (nicht aber von einem nicht am Verfahren beteiligten Dritten) gestellter Antrag ganz oder teilweise übergangen wurde oder eine Kostenentscheidung unterblieben ist. Erfasst ist nur die Ergänzung eines lückenhaften, nicht aber die inhaltliche Korrektur eines aus sachlichen Gründen unzutreffenden Beschlusses.<sup>29</sup> Ebenso wie nach § 42 FamFG sind von § 43 FamFG keine Fehler in der Tatsachenwürdigung bzw. Willensbildung des Gerichts erfasst. Gerade in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Abgrenzung zwischen formell und inhaltlich unvollständigen Entscheidungen besonders schwierig und kann nur im Einzelfall entschieden werden. Inhaltliche Fehler des Beschlusses können – abgesehen von der Abänderungsbefugnis des § 48 Abs. 1 FamFG – nicht im Wege der Ergänzung nach § 43 FamFG, sondern nur im Rahmen der dafür vorgesehenen Rechtsmittel korrigiert werden,<sup>30</sup> weil anderenfalls das gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelsystem ausgehebelt würde.

Die Ergänzung des Beschlusses nach § 43 FamFG ist bspw. nicht möglich, wenn das Gericht über die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 überhaupt nicht ent-

schieden hat;<sup>31</sup> wurde jedoch die Zulassung der Rechtsbeschwerde beschlossen, aber in den Beschluss nicht aufgenommen, ist eine Ergänzung möglich.<sup>32</sup>

Die v.g. Abgrenzung ist allerdings bei dem Fehlen einer Kostenentscheidung entbehrlich, weil das Gesetz hierfür einen Mischtatbestand enthält, der beide Fallgruppen erfasst. Das Fehlen der Kostenentscheidung kann einerseits darauf beruhen, dass das Gericht eine Kostenentscheidung fälschlich nicht für notwendig gehalten hat, aber auch darauf, dass diese einfach vergessen wurde. Das Gesetz behandelt beide Fallgruppen aus Gründen der Rechtsklarheit und auch deshalb gleich, weil die Kostenentscheidung lediglich eine Nebenentscheidung darstellt, die den Ausspruch in der Sache nicht verändert. Kostenentscheidungen können daher nach § 43 Abs. 1 FamFG ohne Rücksicht auf die Ursache ihres Fehlens ergänzt werden.<sup>33</sup>

## VI. Verfahren

### 1. Berichtigung von Beschlüssen nach § 42 FamFG

Nach § 42 Abs. 1 FamFG ist eine Berichtigung sowohl auf Antrag<sup>34</sup> als auch von Amts wegen (§ 26 FamFG) möglich; § 24 Abs. 1 FamFG findet insoweit keine Anwendung. Die Berichtigung erfolgt nach § 42 Abs. 2 Satz 1 FamFG, nach Anhörung der Beteiligten<sup>35</sup> durch einen Beschluss, dessen Beschlussformel (§ 38 Abs. 2 Nr. 3 FamFG) die Berichtigung enthält.

§ 42 Abs. 2 Satz 1 FamFG ordnet wie § 319 Abs. 2 Satz 1 ZPO an, dass der die Berichtigung aussprechende Beschluss auf dem berichtigten Beschluss und auf den Ausfertigungen vermerkt wird. Die Ausfertigungen sind dafür von den Beteiligten zurückzufordern. Falls der Berichtigungsbeschluss in der Form des § 14 Abs. 3 FamFG erfolgt, ist er in einem gesonderten elektronischen Dokument festzuhalten (§ 42 Abs. 2 Satz 2 FamFG), das mit dem Beschluss untrennbar zu verbinden ist (§ 42 Abs. 2 Satz 3 FamFG).

21 RGZ 129, 155, 161.

22 BGH, MDR 1994, 1142.

23 BFHE 120, 145, 146; Prukowski, NJW 1979, 931.

24 Holzer/Holzer (Fn. 7), § 42 Rn. 7.

25 BGH, ZIP 1994, 1388, 1390 = LNR 1994, 15313; OLG München, NJW-RR 1986, 1447 = LNR 1986, 14323; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 31. Aufl., § 319 Rn. 3.

26 BayObLGZ 1985, 184, 187.

27 Der frühere § 18 Abs. 1 FGG ist zu dieser Bestimmung nur eingeschränkt vergleichbar.

28 Holzer/Holzer (Fn. 7), § 42 Rn. 8.

29 BGH, MDR 1996, 1061 = LNR 1996, 14271; Bumiller/Harders, FamFG, § 43 Rn. 1.

30 Dazu Holzer/Holzer (Fn. 7), § 43 Rn. 5 f.

31 BGH, MDR 1981, 571 = LNR 1981, 12059; BGH, MDR 2002, 1449, 1450 = ZInsO 2002, 763.

32 Bumiller/Harders (Fn. 29), § 43 Rn. 1.

33 Holzer/Holzer (Fn. 7), § 43 Rn. 7.

34 Bumiller/Harders (Fn. 29), § 42 Rn. 4.

35 Thomas/Putzo/Reichold (Fn. 25), § 319 Rn. 5.

## 2. Ergänzung von Beschlüssen nach § 43 FamFG

§ 43 Abs. 2 FamFG lässt eine Ergänzung von Beschlüssen nur auf Antrag innerhalb einer Frist von 2 Wochen nach ihrer schriftlichen Bekanntgabe zu. Die Verkündung des Beschlusses im Termin nach § 41 Abs. 2 Satz 1 FamFG setzt den Lauf der Frist nicht in Gang; auch die zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft des Beschlusses steht seiner Ergänzung nicht entgegen.<sup>36</sup>

Die Ergänzung selbst erfolgt durch Beschluss.<sup>37</sup> § 43 Abs. 2 FamFG verwendet zwar (möglicherweise aufgrund eines Redaktionsversehens) den Begriff der den §§ 42, 43 FamFG fremden „Entscheidung“; jedoch ergibt sich aus dem Zusammenhang mit § 42 Abs. 2 Satz 1 FamFG sowie aus der systematischen Stellung des § 43 FamFG im Gesetz, dass eine andere Form der Entscheidung als der Beschluss nicht in Betracht kommt. Die Ergänzung muss sich aus der Beschlussformel (§ 38 Abs. 2 Nr. 3 FamFG) ergeben.

Im Gegensatz zu § 42 Abs. 2 Satz 1 FamFG ist nicht vorgeschrieben, dass der die Ergänzung aussprechende Beschluss auf dem ergänzten Beschluss und auf den Ausfertigungen zu vermerken ist. Der Ergänzungsbeschluss stellt wie das Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO eine selbstständige Endentscheidung dar,<sup>38</sup> sodass anders als bei der Berichtigung nach § 42 FamFG eine äußere Verknüpfung mit dem ergänzten Beschluss nicht erfolgt.

## VII. Wirkung

Die korrigierte Fassung des Beschlusses ist sowohl bei einer Berichtigung nach § 42 FamFG als auch bei einer Ergänzung nach § 43 FamFG rückwirkend auf den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe (z.B. in einem Termin nach § 41 Abs. 2 Satz 1 FamFG) die allein richtige. Der Lauf der Rechtsmittelfrist wird daher durch die Berichtigung und Ergänzung nicht tangiert.<sup>39</sup> Es liegt alleine in der Verantwortung der Beteiligten, welche Folgen die Berichtigung oder Ergänzung für etwa eingelegte Rechtsmittel hat; vor allem ist nicht ausgeschlossen, dass diese als Folge der Berichtigung oder Ergänzung unzulässig oder unbegründet werden. Eine neue Beschwerdefrist kann durch die Berichtigung nach § 42 FamFG nur dann in Lauf gesetzt werden, wenn der Beschluss insgesamt (also einschließlich seiner Gründe) nicht als Entscheidungs-

grundlage geeignet war.<sup>40</sup> In solchen Fällen kann allerdings die Grenze zu einer inhaltlichen Korrektur bereits erreicht bzw. überschritten sein.

## VIII. Anfechtbarkeit

### 1. Berichtigung von Beschlüssen nach § 42 FamFG

Nach § 42 Abs. 3 Satz 1 FamFG ist der Beschluss, durch den ein Berichtigungsantrag zurückgewiesen wird, wie nach § 319 Abs. 3 ZPO nicht anfechtbar. Gegen den eine Berichtigung aussprechenden Beschluss findet jedoch, weil es sich um eine Zwischenentscheidung handelt, die sofortige Beschwerde entsprechend §§ 567 ff. ZPO statt.

### 2. Ergänzung von Beschlüssen nach § 43 FamFG

Weil es sich bei dem Ergänzungsbeschluss nach § 43 FamFG um eine selbstständige Endentscheidung handelt, unterliegt er auch selbstständig der Anfechtung. Jedoch müssen die Voraussetzungen für die Einlegung des Rechtsmittels – insbesondere die Beschwer – auch im Hinblick auf den Ergänzungsbeschluss vorliegen.<sup>41</sup>

## IX. Zusammenfassung

Bei der Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen im Verfahren nach dem FamFG handelt es sich, obwohl deren Regelung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Novum darstellt, um ein aus dem Zivilprozess und anderen Verfahrensordnungen bekanntes Verfahren. Das neu geregelte Verfahren trägt zur Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei und dürfte angesichts der ausdifferenzierten Rechtsprechung zu anderen Verfahrensordnungen in der Praxis kaum Probleme aufwerfen.

36 BGH, MDR 2005, 526 = LNR 2004, 24505.

37 Bumiller/Harders (Fn. 29), § 43 Rn. 1.

38 Thomas/Putzo/Reichold (Fn. 25), § 321 Rn. 6.

39 BGH, MDR 1984, 387 = LNR 1983, 12288; BGH, MDR 1985, 835 = LNR 1985, 13262; BGH, MDR 1991, 523; BGH, MDR 1995, 196, 197 = LNR 1994, 15188; BGH, MDR 1999, 312 = LNR 1998, 17376.

40 Thomas/Putzo/Reichold (Fn. 25), § 319 Rn. 6.

41 BGH, MDR 2000, 1209, 1210 = LNR 2000, 19308; Bumiller/Harders (Fn. 29), § 43 Rn. 1; Thomas/Putzo/Reichold (Fn. 25), § 321 Rn. 6.

## ZNotP-Fragezeichen

1. A bestellt zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Parzelle x eine Grunddienstbarkeit zulasten der angrenzenden Parzelle y mit dem Inhalt, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks auf dem belasteten Grundstück eine Tiefgarage errichten und halten darf. Nach Eintragung der Dienstbarkeit wird die Tiefgarage errichtet. Eigentümer der Tiefgarage ist der Eigentümer der Parzelle

a) x,

b) y.

2. V ist Vorerbe. N ist Nacherbe. N verlangt von V jährliche schriftliche Rechenschaft über den Zustand und die Entwicklung der Erbschaft.

a) zu Recht,

b) zu Unrecht.

## ZNotP-Rechtsprechungsreport

### Handels- und Gesellschaftsrecht

#### Geltendmachung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Kommanditgesellschaft

HGB §§ 119, 161

Leitsätze (amtlich):

1. Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft wird durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist.
2. Ob das kapitalgesellschaftsrechtliche System übernommen ist, hängt von der Auslegung des Gesellschaftsvertrags im Einzelfall ab. Allein die Vereinbarung einer „Anfechtungsfrist“ bedeutet nicht, dass die Klage gegen die Gesellschaft zu richten ist.

BGH, Urt. v. 1. 3. 2011 – II ZR 83/09

[1] Die Klägerin ist Kommanditistin der I GmbH & Digitaldruck E KG (im Folgenden: DDE) und der I GmbH & Data Security E KG (im Folgenden: DSE). Persönlich haftende Gesellschafterin beider Gesellschaften ist die Beklagte zu 2, eine GmbH, deren Gesellschafter die Beklagte zu 1 und die Klägerin sind. Weitere Kommanditistin der DDE und der DSE ist jeweils die Beklagte zu 1, eine GmbH. Deren Alleingesellschafter und -geschäftsführer ist zugleich Geschäftsführer der Beklagten zu 2.

[2] Auf einer gemeinsamen Gesellschafterversammlung der DDE, der DSE und der Beklagten zu 2 am 13.12.2007 wurde allein mit den Stimmen der Beklagten zu 1 jeweils der Ausschluss der Klägerin aus den Kommanditgesellschaften und die Einziehung ihres Geschäftsanteils an der Beklagten zu 2 beschlossen. Mit Schreiben des Geschäftsführers der Beklagten zu 2 v. 20.12.2007 wurde die Klägerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass weitere Beschlüsse in der DDE, der DSE und der Beklagten zu 2 im Umlaufverfahren ohne Beteiligung der Klägerin gefasst worden seien.

[3] § 10 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags von DDE und DSE lautet jeweils:

„Ein Gesellschafterbeschluss kann nur innerhalb von zwei Monaten durch Klage angefochten werden. ...“

[4] In § 12 Abs. 1 Satz 1 der Gesellschaftsverträge von DDE und DSE heißt es:

„Ein Gesellschafter kann aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund vorliegt, aus dem er nach § 140 HGB als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden könnte ...“

[5] Eine inhaltsgleiche Regelung enthält § 13 Abs. 2 Buchst. e der Satzung der Beklagten zu 2 bzgl. der Einziehung der Geschäftsanteile. Außerdem heißt es in § 5 Abs. 4 der Satzung, dass ein Gesellschafter nur so lange der Gesellschaft angehören könne, wie er gleichzeitig als Kommanditist an der DDE und DSE beteiligt sei.

[6] Die Klägerin hat gegen die Beklagten Klage mit dem Antrag erhoben festzustellen, dass die Beschlüsse über den Ausschluss aus der DDE und der DSE, über die Einziehung des Geschäftsanteils bei der Beklagten zu 2 sowie die im Dezember 2007 gefassten Umlaufbeschlüsse nichtig sind. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurückverwiesen. Dagegen richten sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten, mit denen die Parteien eine Entscheidung in der Sache begehren.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision der Beklagten hat keinen Erfolg.

[8] I. Das Berufungsgericht hat die auf § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO gestützte Zurückverweisung wie folgt begründet: Das erstinstanzliche Verfahren leide an einem wesentlichen Mangel und aufgrund dieses Mangels sei eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig. Das LG habe den Vortrag der Parteien zur Passivlegitimation der Beklagten nicht hinreichend beachtet. Eine Regelung wie in § 10 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags schließe die für die Personengesellschaft typische, zwischen den Gesellschaftern zu führende Feststellungsklage aus und verweise den Gesellschafter darauf, den Streit mit der Gesellschaft selbst auszutragen. Darauf sei das LG unter Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht eingegangen. Der Behauptung der Klägerin, in § 10 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags sei nur die kapitalgesellschaftsrechtliche Fristenbindung übernommen worden, müsse das LG unter Beachtung der im II. Rechtszug gestellten beiderseitigen Beweisanträge nachgehen.

[9] II. Das Urteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

[10] I. Das Berufungsgericht darf die Sache gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nach seinem pflichtgemäßen Ermessen nur zurückverweisen, wenn das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

[11] a) Eine Zurückverweisung kommt nur in Betracht, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine instanzbeendende Entscheidung sein kann. Ob ein derartiger Verfahrensfehler vorliegt, ist allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn dieser verfehlt ist oder das Berufungsgericht ihn für verfehlt erachtet (BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 209/08, NZG 2010, 547 = *ZInsO* 2010, 765 Rn. 11).

[12] Der vom Berufungsgericht angenommene Gehörsverstoß liegt – von dem rechtlichen Standpunkt des LG aus – nicht vor. Das LG ist davon ausgegangen, dass die „Anfechtungsklage“ bei der Personengesellschaft als Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter zu richten ist. Dafür, dass es das bei Berück-

sichtigung der Regelung in § 10 Abs. 5 der Gesellschaftsverträge anders gesehen hätte, gibt es keinen Anhaltspunkt. Es hat § 10 Abs. 5 der Gesellschaftsverträge nicht übersehen, sondern im Zusammenhang mit der Klagefrist ausführlich erörtert und ist – wenn auch rechtlich unzutreffend bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage – darauf eingegangen, dass die Klage gegen die Mitgesellschafter zu richten ist.

[13] Das LG hat auch keinen Vortrag der Beklagten dazu übergangen, dass aufgrund einer Regelung der Gesellschaftsverträge die Gesellschaften richtige Klagegegner seien. Die Beklagten haben sich dafür, dass die Klage nicht gegen die Gesellschafter zu richten sei, nicht auf den Gesellschaftsvertrag, sondern auf zwei Senatsentscheidungen bezogen (BGH, Urt. v. 13.1.2003 – II ZR 173/02, ZIP 2003, 435 = *LNR 2003*, 23420; BGH, Urt. v. 13.1.2003 – II ZR 227/00, BGHZ 153, 285 = *ZNotP 2003*, 147), die einen ganz anderen Sachverhalt, nämlich die Ausschließung aus einer GmbH betreffen.

[14] b) Auch eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme ist nicht notwendig.

[15] Umfangreich kann eine Beweisaufnahme aufgrund der Zahl der Zeugen oder Sachverständigen oder des Umfangs der Fragen sein. Das Beweisthema ist hier eng begrenzt, nämlich auf die Frage, ob mit der Vereinbarung der Anfechtungsfrist in den Gesellschaftsverträgen der Kommanditgesellschaften das kapitalgesellschaftsrechtliche Klagesystem insgesamt übernommen werden sollte. Die Parteien haben nur eine geringe Anzahl von Zeugen benannt, nämlich die Beklagte einen und die Klägerin drei.

[16] c) Das Berufungsurteil lässt zudem die Ausübung des dem Berufungsgericht zukommenden Ermessens vermissen.

[17] Verweist das Berufungsgericht den Rechtsstreit wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers zurück, müssen seine Ausführungen erkennen lassen, dass es das ihm eingeräumte Ermessen, eine eigene Sachentscheidung zu treffen (§ 538 Abs. 1 ZPO) oder ausnahmsweise den Rechtsstreit an das Erstgericht zurück zu verweisen, pflichtgemäß ausgeübt hat (BGH, Urt. v. 1.2.2010 – II ZR 209/08, NZG 2010, 547 = *ZInsO 2010*, 765 Rn. 16). Das Berufungsgericht hat hier weder in Erwägung gezogen, dass eine Zurückverweisung der seiner Ansicht nach i.Ü. entscheidungsreifen Sache i.a.R. zu einer Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits führt, was den schützenswerten Interessen der Parteien entgegenstehen kann, noch hat es dargelegt, dass die aus seiner Sicht durchzuführende Beweisaufnahme so umfangreich ist, dass eine Zurückverweisung an das LG ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint.

[18] 2. Die Sache ist entgegen der Ansicht der Revision nicht ohne Beweisaufnahme im Sinne der Klägerin entscheidungsreif.

[19] a) Hinsichtlich der Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen der DDE und der DSE kommt es darauf an, ob die Mitgesellschafterinnen jeweils die richtigen Klagegegner sind. Das ist durch Auslegung von § 10 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln. Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft wird durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist (BGH, Urt. v. 27.4.2009 – II ZR 167/07, ZIP 2009, 1158 = *LNR 2009*, 14235 Rn. 25 m.w.N.). Die Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Klagesystems

auf Personengesellschaften ist nicht auf Publikumsgesellschaften oder Personengesellschaften mit zahlreichen Gesellschaftern beschränkt. Ob es ausnahmsweise übernommen ist, hängt von der dem Tatrichter vorbehaltenen Auslegung des Gesellschaftsvertrags im Einzelfall ab (vgl. BGH, Urt. v. 13.2.1995 – II ZR 15/94, ZIP 1995, 460 = *LNR 1995*, 15377).

[20] Zu den von den Beklagten behaupteten Vorstellungen der Gründungsgesellschafter zu der Regelung in § 10 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags sind die angebotenen Beweise zu erheben. Für die Auslegung von Personengesellschaftsverträgen, die sich nicht auf Publikumsgesellschaften beziehen, gelten entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung die allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB. Ein übereinstimmender Wille der an dem Abschluss eines Vertrags beteiligten Parteien geht dem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vor (BGH, Urt. v. 7.4.2008 – II ZR 3/06, ZIP 2008, 1075 = *ZNotP 2008*, 411 Rn. 12; BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, ZIP 1996, 750, 752 = *LNR 1996*, 14696 m.w.N.). Das Vorbringen der Beklagten ist im weiteren Verfahren unabhängig davon zu berücksichtigen, ob es ein erstmals im zweiten Rechtszug vorgebrachtes Verteidigungsmittel ist und nicht hätte zugelassen werden dürfen (§ 531 Abs. 2 ZPO). Das Berufungsgericht soll das erstinstanzliche Urteil in erster Line mit dem Ziel der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung überprüfen und deshalb neuen Tatsachenvortrag nur in besonderen Ausnahmefällen berücksichtigen. Dieses Ziel lässt sich nicht mehr erreichen, wenn das Berufungsgericht neues Vorbringen berücksichtigt hat (vgl. BGH, Urt. v. 2.4.2004 – V ZR 107/03, NJW 2004, 2382, 2383 = *LNR 2004*, 13442; BGH, Urt. v. 13.2.2006 – II ZR 62/04, ZIP 2006, 703 = *LNR 2006*, 12000 Rn. 14; BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 56/06, ZIP 2007, 718 = *LNR 2007*, 12184 Rn. 19).

[21] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Der Wortlaut von § 10 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrags führt – wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat – zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die Vereinbarung einer Anfechtungsfrist weist auf die Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Systems auch hinsichtlich der Gesellschaft als Klagegegner hin (vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2003 – II ZR 4/01, ZIP 2003, 843, 844 = *LNR 2003*, 23778). Allein die Verwendung des Wortes „Anfechten“ oder „Anfechtung“ zwingt aber nicht dazu, einen Gesellschaftsvertrag so auszulegen (BGH, Urt. v. 11.12.1989 – II ZR 61/89, WM 1990, 675, 676 = *LNR 1989*, 14852). Ob weitere Regelungen des Gesellschaftsvertrags auf das kapitalgesellschaftsrechtliche Klagesystem verweisen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Zweck der Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Systems, Gesellschafterstreitigkeiten mit der Gesellschaft anstelle der Mitgesellschafter als Klagegegner überschaubar zu halten, konnte angesichts der geringen Gesellschafterzahl nicht im Vordergrund stehen. Hier weicht zudem der gleichzeitig mit den Verträgen zu den Kommanditgesellschaften abgeschlossene GmbH-Gesellschaftsvertrag trotz i.Ü. weitgehend gleicher Formulierungen auffallend insoweit ab, als darin ausdrücklich geregelt ist, dass die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft zu richten ist. Eine solche Regelung fehlt in den Gesellschaftsverträgen der Kommanditgesellschaften. Das legt nahe, dass bei den Kommanditgesellschaften die Klage gerade nicht gegen die Gesellschaften gerichtet werden sollte. Gegen eine Regelung des Klagegegners in den Gesellschaftsverträgen der Kommanditgesellschaften spricht auch, dass sich die Beklagten in erster Instanz dafür, dass die Klage gegen die

Gesellschaft zu richten sei, selbst nicht auf den jeweiligen Gesellschaftsvertrag, sondern auf zwei Senatsentscheidungen und damit eine vermeintliche gesetzliche Regel bezogen haben.

[22] b) Hinsichtlich der Klage gegen die Beschlüsse der Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die Beklagte zu 2 richtiger Klagegegner ist (vgl. *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl., Anh. § 47 Rn. 163). Der Erfolg dieser Klage hängt, soweit es um § 5 der Satzung – Einziehung bei Verlust der Gesellschafterstellung in den Kommanditgesellschaften – geht, von dem Erfolg der entsprechenden Klagen bzgl. der Ausschließungsbeschlüsse in den Kommanditgesellschaften ab (vgl. BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 153/03, ZIP 2005, 706 = *ZNotP 2005*, 313). I.Ü. sind keine Umstände festgestellt, die einen wichtigen Grund im Sinn des § 13 der Satzung für eine Einziehung allein des Geschäftsanteils an der Beklagten zu 2 darstellen.

[23] III. Die Anschlussrevision der Beklagten hat keinen Erfolg. Die Klage ist nicht abweisungsreif.

[24] 1. Die Anschlussrevision ist zulässig, insbesondere enthält sie eine ausreichende Begründung.

[25] Mit der Rüge, es sei keine Beweisaufnahme erforderlich gewesen und es hätte durch Sachurteil entschieden werden müssen, können auch sachlich-rechtliche Ausführungen des Berufungsgerichts zur Überprüfung gestellt werden. Die Tatsachen, aus denen sich dieser Verfahrensmangel ergeben soll, müssen aber in der Revisions- oder Anschlussrevisionsbegründung im Einzelnen bezeichnet werden, §§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2b, 554 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Allein die Beanstandung vom Berufungsgericht angestellter materiell-rechtlicher Überlegungen ohne Darlegung, dass durch Sachurteil hätte entschieden werden müssen, ist keine ordnungsgemäße Verfahrensrüge (BGH, Beschl. v. 7.1.2008 – II ZR 234/06, NJW-RR 2008, 585 = *LNR 2008*, 10328 Rn. 1).

[26] Die Anschlussrevision enthält eine solche Verfahrensrüge. Sie rügt, dass entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Beweisaufnahme nicht erforderlich gewesen sei, weil die Klage wegen einer ohne Beweisaufnahme festzustellenden fehlenden Passivlegitimation der Beklagten als auch deswegen abweisungsreif gewesen sei, weil ein wichtiger Grund für die Ausschließung der Klägerin aus der DDE und der DSE und für die Einziehung ihres Geschäftsanteils an der Beklagten zu 2 gegeben sei.

[27] 2. Die Anschlussrevision ist aber nicht begründet.

[28] a) Da ein übereinstimmender Wille der an dem Abschluss eines Vertrags beteiligten Parteien dem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vorgeht, ist die Klage hinsichtlich der Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen der Kommanditgesellschaften nicht schon deshalb abweisungsreif, weil – ohne Beweisaufnahme – davon auszugehen wäre, dass die Beklagten nicht passivlegitimiert sind.

[29] b) Die Klage ist entgegen der Auffassung der Anschlussrevision auch nicht unabhängig davon, ob die Beklagten die richtigen Klagegegner sind, abzuweisen, weil davon auszugehen wäre, dass ein wichtiger Grund für den Ausschluss der Klägerin vorliegt.

[30] Ein wichtiger Grund für einen Ausschluss oder eine Einziehung im Sinn der Gesellschaftsverträge ist dann gegeben,

wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Auszuschließenden für die übrigen Gesellschafter unzumutbar ist. Eine Entscheidung hierüber erfordert eine umfassende Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer beiden Seiten gerecht werdenden Gesamtabwägung. Dabei sind vor allem Art und Schwere des Fehlverhaltens des Auszuschließenden sowie ein etwaiges Fehlverhalten des den Ausschluss betreibenden Gesellschafters zu berücksichtigen. Die Ausschließung kommt nur als „ultima ratio“ in Betracht, nämlich wenn die Unzumutbarkeit nicht durch mildere Mittel beseitigt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2003 – II ZR 8/01, ZIP 2003, 1037, 1038 = *ZNotP 2003*, 275 zu § 737 BGB m.w.N.). Die Frage, ob ein wichtiger Grund in der Person des auszuschließenden Gesellschafters gegeben ist, unterliegt im Wesentlichen der tatrichterlichen Beurteilung. Das Berufungsurteil ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin nachzuprüfen, ob das Berufungsgericht den Begriff des wichtigen Grundes richtig erfasst hat und ob es alle Umstände des Falls berücksichtigt und dabei die Grenzen seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nicht überschritten hat (BGH, Urt. v. 18.10.1976 – II ZR 98/75, WM 1977, 500, 502 = *LNR 1976*, 12725, insoweit in BGHZ 68, 81 nicht abgdr.; BGH, Urt. v. 12.12.1994 – II ZR 206/93, ZIP 1995, 113 = *LNR 1994*, 15265; BGH, Urt. v. 24.2.2003 – II ZR 243/02, ZIP 2003, 759, 760 = *ZNotP 2003*, 228).

[31] Danach kann der Senat im Revisionsverfahren nicht feststellen, dass entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein wichtiger Grund für den Ausschluss der Klägerin oder die Einziehung ihres Geschäftsanteils vorliegt. Die Rüge der Anschlussrevision, das Berufungsgericht habe nicht alle Umstände des Falls berücksichtigt, ermöglicht dem Senat schon deshalb keine Entscheidung in der Sache, weil das Berufungsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen hat und das in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden kann.

[32] I.Ü. hat das Berufungsgericht – entgegen der Auffassung der Anschlussrevision – die Vorgeschichte der Kündigung des sog. MASP-Vertrags durch den Geschäftsführer der Beklagten zu 2 berücksichtigt und nicht allein darauf abgestellt, dass der Geschäftsführer damit die innergesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung verletzt hat. Im Rahmen der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung hat das Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den übrigen Einwänden der Anschlussrevision gegen seine zur Ablehnung eines wichtigen Grundes führende Gesamtabwägung auseinanderzusetzen.

## Unnummerierung von Geschäftsanteilen

HGB § 40; FamFG § 59

### Leitsätze (amtlich):

- 1. Weigert sich das Registergericht wegen formaler Beanstandungen, eine von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, hat der Notar ein eigenes Beschwerderecht.**
- 2. Die Unnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.**

BGH, Beschl. v. 1. 3. 2011 – II ZB 6/10

[1] I. Der Antragsteller beurkundete in seiner Eigenschaft als Notar die Übertragung sämtlicher insgesamt 12 Geschäftsanteile an einer GmbH auf einen neuen Gesellschafter. Nachdem

der Gesellschafterwechsel wirksam geworden war, reichte er zum Handelsregister eine aus sieben Spalten bestehende Gesellschafterliste ein:

Lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Bisherige lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Gesellschafter (Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort bzw. Firma und Sitz)	Anzahl der Geschäftsanteile (Stück)	Nennbetrag der einzelnen Geschäftsanteile (in DM)	Summe der Nennbeträge	Veränderungen

Unter den laufenden Nr. 1 – 12 der ersten Spalte waren die Namen, Geburtsdaten und Wohnorte der bisherigen Gesellschafter sowie deren Geschäftsanteile nach Anzahl, Nennbetrag pro Stück und Summe der Nennbeträge eingetragen. Diese Eintragungen waren durchgestrichen. Unter den laufenden Nr. 13 – 24 folgte jeweils der Name des neuen Gesellschafter mit den fortgeschriebenen Angaben zu den 12 erworbenen Geschäftsanteilen einschließlich der Angabe der bisherigen Nummern. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Registergericht die Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste in den für das Registerblatt bestimmten Registerordner abgelehnt, weil die einmal festgelegte Nummerierung der Geschäftsanteile auch nach einem Gesellschafterwechsel beizubehalten sei.

[2] Die hiergegen vom Antragsteller eingelegte Beschwerde hat das OLG (OLG Bamberg, ZIP 2010, 1394 = LNR 2010, 16407) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Dem Registergericht stehe zwar kein materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der nach § 40 Abs. 2 GmbHG einzureichenden Gesellschafterliste zu. Es habe jedoch zu prüfen, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspreche, da die Norm gläubigerschützend i.S.v. § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG sei. Im Rahmen dieser Prüfungscompetenz habe das Registergericht die Umnummerierung der Geschäftsanteile zu Recht beanstandet. Auf die Erforderlichkeit der Beibehaltung der einmal festgelegten Nummerierung deute bereits der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hin. Außerdem sei die Norm im Zusammenhang mit der ebenfalls neu gefassten Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zu sehen, wonach bereits bei der Gründung der Gesellschaft jedem vorhandenen Geschäftsanteil eine laufende Nummer zugeordnet werde. Mit der neuen Gesellschafterliste seien daher nur die vorgenommenen Änderungen zu dokumentieren, während die nicht von Änderungen betroffenen Eintragungen der früheren Gesellschafterliste beibehalten werden müssten. Schließlich entspreche die Beibehaltung der Nummerierung der Geschäftsanteile auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG. Die durch das MoMiG erheblich aufgewertete Gesellschafterliste habe die Funktion eines Rechtsscheinträgers erhalten und verlange deshalb nach einer übersichtlichen und eindeutigen Darstellung, aus der für einen Dritten zweifelsfrei erkennbar sei, welche Geschäftsanteile zum aktuellen Zeitpunkt vorhanden seien und von wem der einzelne Geschäftsanteil derzeit gehalten werde. Diesen Erfordernissen werde eine Gesellschafterliste aber nur dann gerecht, wenn die einmal vorgenommene Nummerierung in den nachfolgenden Listen beibehalten werde.

[3] Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner weiterverfolgt.

[4] II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt – unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen – zur Weisung an das Registergericht, die vom Antragsteller eingereichte Gesellschafterliste in den für das Registerblatt bestimmten Registerordner aufzunehmen.

[5] 1. Auf das Verfahren ist gem. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag – hier in Form der Einreichung der Gesellschafterliste – am 5.11.2009, also nach Inkrafttreten der Neuregelung, bei Gericht eingegangen ist.

[6] Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gem. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch i.Ü. zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis des beteiligten Notars ergibt sich daraus, dass seine Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ohne Erfolg geblieben ist.

[7] 2. Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das OLG hat die Beschwerde des Notars gegen den angefochtenen Beschluss des Registergerichts zu Unrecht zurückgewiesen, da diese zulässig und begründet ist.

[8] a) Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ist gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Nach dieser Vorschrift findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der AG und LG in „Angelegenheiten nach diesem Gesetz“ statt, also in Angelegenheiten nach dem FamFG. Zu diesen Angelegenheiten gehört auch die in § 9 Abs. 1 HRV geregelte Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner, denn die in der HRV (Handelsregisterverordnung) ergänzend geregelten Verfahrensvorschriften beruhen auf der Verordnungsermächtigung des § 387 Abs. 2 FamFG.

[9] Der einreichende Notar ist auch dazu befugt, die Beschwerde im eigenen Namen einzulegen. Das folgt zwar noch nicht aus § 59 Abs. 2 FamFG. Danach steht die Beschwerde, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, allein dem Antragsteller zu. In Fällen des § 59 Abs. 2 FamFG müssen immer auch die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG erfüllt sein (BGH, Beschl. v. 27.8.2003 – XII ZB 33/00, FamRZ 2003, 1738, 1740 = LNR 2003, 23909 zu § 20 FGG; Unger, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl., § 59 Rn. 25). Das ist hier aber der Fall. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in eigenen Rechten beeinträchtigt ist. Durch die Ablehnung des Registergerichts, die vom Notar gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, wird (auch) der Notar in eigenen Rechten beeinträchtigt. Soweit die Beschwerdebefugnis des Notars von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung mit der Erwägung in Abrede gestellt wird, der Notar habe sei-



ner persönlichen Amtspflicht bereits mit der Einreichung der Liste genügt, sodass ihn die Zurückweisung der Liste durch das Registergericht nicht mehr in eigenen Rechten beeinträchtigt (OLG Köln, FGPrax 2010, 202 = LNR 2010, 23069), vermag der Senat dem nicht zu folgen.

[10] § 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet einen Notar, der an Veränderungen des Gesellschafterbestands mitgewirkt hat, unverzüglich nach deren Wirksamwerden die geänderte Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Der Notar kommt mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister einer ihm obliegenden Amtspflicht nach, die ihm als Folgeverpflichtung aus seiner Mitwirkung an der Anteilsübertragung erwächst (OLG Köln, FGPrax 2010, 202 = LNR 2010, 23069; *Altmepfen/Roth*, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rn. 14; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., § 40 Rn. 38). Weist das Registergericht eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste zurück, macht es ihm die Erfüllung seiner Amtspflicht streitig. Wäre die Zurückweisung berechtigt, stünde der Notar weiterhin gem. § 40 Abs. 2 GmbHG in der Amtspflicht, eine (korrigierte) Gesellschafterliste einzureichen (im Ergebnis ebenso OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832 = LNR 2010, 13459).

[11] b) Die Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ist auch begründet. Das Registergericht hat die eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht zurückgewiesen.

[12] Dabei kann offenbleiben, ob und ggf. in welchem Umfang das Registergericht das Recht oder die Pflicht hat, die eingereichte Gesellschafterliste zu prüfen (vgl. hierzu OLG München, NJW-RR 2009, 972, 973 = LNR 2009, 18731; OLG Jena, ZIP 2010, 831 = LNR 2010, 13459; *Nedden-Boeger*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich*, a.a.O., Anh. § 387 Rn. 5a; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rn. 1105; *Melchior/Schulte*, Handelsregisterverordnung, § 9 Rn. 6; Gutachten DNotI-Report 2009, 190, 193; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039; *Scholz/Schneider*, a.a.O., § 40 Rn. 36; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rn. 75; *Wachter*, GmbHR 2010, 596, 597, *ders.*, NZG 2009, 1001, 1002). Denn jedenfalls hat es die von dem Antragsteller eingereichte Liste zu Unrecht beanstandet.

[13] Die Umnummerierung der abgetretenen Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft ist zulässig (§ 40 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Gliederungskontinuität, wie er bspw. für den Jahresabschluss angeordnet ist (§ 265 Abs. 1 HGB), in Bezug auf die Gesellschafterliste nicht aufgestellt. Ohnehin kann eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen Fällen durchgehalten werden, etwa nach einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, erst recht wenn vormals geteilte Geschäftsanteile anschließend mit anderen Geschäftsanteilen zusammengelegt werden. In solchen Fällen wird teils die Vergabe von Abschnittsnummern (1.1, 1.2, ...), teils die Verwendung ergänzender Buchstaben (1a, 1b, ...) und teils die Vergabe der nächst freien Nummern vorgeschlagen (vgl. OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832 = LNR 2010, 13459; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284; Gutachten DNotI-Report 2010, 147, 148 f.). Das Gesetz macht hierzu – soweit der Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibt – keine zwingende Vorgabe, obwohl das Problem bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt war (vgl. die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV Nr. 43/07

v. 5.9.2007 zum RegE des MoMiG, Rn. 28). Sind in manchen Fällen Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich, besteht keine Notwendigkeit, in allen übrigen Abtretungsfällen die Stetigkeit der Nummerierung zu fordern, solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leidet und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt. Reine Zweckmäßigkeitgesichtspunkte, die allerdings regelmäßig für eine Beibehaltung der Nummerierung sprechen, berühren die Rechtsgültigkeit der eingereichten Liste nicht. Inhaltliche Zweifel daran, welche Geschäftsanteile bestanden und durch welche Abtreungsketten diese in die Hand des neuen Gesellschafters gelangt waren, konnten hier nicht aufkommen. Durch das Durchstreichen der laufenden Nr. 1 – 12 sowie durch die Veränderungsnachweise unter den laufenden Nr. 13 – 24 ist die Zuordnung der Geschäftsanteile gewährleistet.

[14] Daher hätte das OLG der Beschwerde stattgeben und das Registergericht zur Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner anweisen müssen. Dieses kann der Senat selbst nachholen, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG).

### Aufwändungsersatz bei GbR

BGB §§ 713, 670

**Leitsatz (amtlich):**

**Bereits vor der Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann jeder Gesellschafter die von ihm gemachten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, von der Gesellschaft ersetzt verlangen oder, wenn der Gesellschaft selbst keine freien Mittel zur Verfügung stehen, die Mitgesellschafter auf Aufwändungsersatz – beschränkt auf deren Verlustanteil – in Anspruch nehmen.**

*BGH, Urt. v. 22. 2. 2011 – II ZR 158/09*

[1] Die Parteien des Rechtsstreits und eine weitere Vertragsbeteiligte schlossen am 17.12.2001 eine von ihnen als „A-Metá-Vertragsvereinbarung“ bezeichnete Vereinbarung, deren Gegenstand die Bebauung und Verwertung eines zuvor von der Klägerin erworbenen Baugrundstücks war. Der aus dem Geschäft erzielte Überschuss oder Verlust sollte zu 50 % auf die Klägerin, zu 40 % auf die Beklagte und zu 10 % auf die weitere Vertragsbeteiligte aufgeteilt werden. Die Durchführung und Überwachung der im Vertrag festgelegten Schritte oblag den Vertragsbeteiligten gemeinsam. Das Baukonto, für das die Geschäftsführer beider Prozessparteien die persönliche Haftung übernahmen, wurde abredgemäß auf den Namen der Klägerin angelegt.

[2] Die Vereinbarung enthält u.a. folgende Bestimmungen:

„Das Risiko der Bebauung und anschließenden Verwertung tragen die Gesellschaften im Verhältnis der hier festgelegten Gewinnbeteiligung/Verlustbeteiligung.

...

Sollte sich zwischenzeitlich ein Verlust abzeichnen, so wird dieser umgehend gemeinsam ermittelt und sofort von den drei Gesellschaften anteilig dem eingerichteten Objektkonto zur Kreditreduzierung zur Verfügung gestellt.“

[3] Die letzte Wohneinheit wurde im Jahr 2006 veräußert. Daraufhin rechnete das finanzierende Kreditinstitut das Baukonto mit einer Verbindlichkeit von rd. 40.400 € zzgl. Zinsen ab. Diesen Saldo beglich die Klägerin aus ihren eigenen Mitteln, nachdem sie zuvor vergeblich die Beklagte aufgefordert hatte, anteilig zum Kontoausgleich beizutragen.

[4] Mit der Klage hat die Klägerin zunächst die Zahlung von 16.280 € verlangt, entsprechend einem 40 %igen Anteil der Beklagten an der von der Klägerin ausgeglichenen Kontoverbindlichkeit. Die Beklagte hat den Anspruch für nicht fällig gehalten, bevor die Klägerin, die die buchhalterische Betreuung des Bauvorhabens übernommen hatte, Rechnung über das Zustandekommen des Verlustes gelegt habe. Noch im Verlauf des ersten Rechtszugs hat die Klägerin der Beklagten Abrechnungunterlagen übersandt. Anschließend hat sie die Klage auf Zahlung von 21.043,59 € zzgl. Zinsen erhöht und dies mit einem von der Beklagten nunmehr zu tragenden (endgültigen) Verlust i.H.v. 11.043,59 € nebst weiterer 10.000 € begründet, die die Beklagte als Vorabgewinn entnommen und angesichts des eingetretenen Verlusts nunmehr zurückzuzahlen habe. Die Beklagte hat die Verlustaufstellung zuletzt noch in dem Punkt beanstandet, dass insgesamt 79.818 € an Vertriebsprovisionen gezahlt worden seien, für die nach ihrer Auffassung keine Grundlage bestanden haben.

[5] Das LG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf deren Berufung hat das OLG die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat in Höhe der ursprünglichen Klageforderung von 16.280 € nebst Zinsen zugelassene Revision der Klägerin.

#### Aus den Gründen:

[6] Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt im Umfang des eingelegten Rechtsmittels unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[7] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Der von der Klägerin erhobene Zahlungsanspruch sei nicht fällig. Als Ausgleichsanspruch aus einer Auseinandersetzungsbilanz könne eine Zahlung derzeit nicht verlangt werden, weil es der Gesellschaft an Auseinandersetzungsreife fehle, da ihre Geschäfte noch nicht endgültig abgewickelt seien, solange die Gewährleistungsfristen liefen. Auch einen vorläufigen Verlustausgleich könne die Klägerin nicht beanspruchen, da die Ermittlung eines (vorläufigen) Verlustes nicht – wie im Vertrag vorgesehen – gemeinsam stattgefunden habe. Es fehle ein nachvollziehbares Zahlenwerk, welches eine für die Beklagte und das Gericht verständliche vollständige Aufstellung sämtlicher Positionen enthalten müsse. Zu Recht beanstandete die Beklagte, dass die Klägerin ihre Berechtigung zur Aufwendung von Provisionen nicht unter Beweis gestellt habe.

[9] II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass Aufwendungsersatzansprüche bereits während des Bestehens der Gesellschaft unter den Gesellschaftern erhoben werden können, wenn der Gesellschaft selbst keine frei verfügbaren Mittel zur Verfügung stehen.

[10] 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Vertragsbeteiligten mit dem Abschluss der Vereinbarung v. 17.12.2001 eine GbR (§§ 705 ff. BGB) be-

gründet haben. Zwar ist die als „A-Metá-Vertragsvereinbarung“ überschriebene Vereinbarung von den Parteien insoweit unzutreffend bezeichnet worden. Denn unter einem Metageschäft ist regelmäßig eine Verbindung zu verstehen, die zwei oder mehrere Personen in der Absicht, einen untereinander zu teilenden Gewinn zu erzielen, auf gewisse Zeit zur Ausführung einer unbestimmten Anzahl von Umsatzgeschäften eingehen, die auf gemeinschaftliche Rechnung, nach außen aber von jedem Teilhaber im eigenen Namen geschlossen werden (BGH, Urt. v. 27.11.1963 – VIII ZR 142/62, BB 1964, 12; ähnlich Staudinger/Habermeier, BGB, Vorbem. zu §§ 705 – 740 Rn. 65; MünchKomm-BGB/Ulmer, 5. Aufl., Vor § 705 Rn. 72; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., Vor § 705 Rn. 46). Um eine solche Verbindung ging es im vorliegenden Fall aber nicht, sondern um die gemeinsame Planung und Durchführung eines Bauvorhabens mit anschließend gemeinsamer Vermarktung der errichteten Wohneinheiten. Mit dieser Zwecksetzung und beschränkt auf dieses Projekt haben sich die Beteiligten durch die Vereinbarung v. 17.12.2001 zu einer sog. Gelegenheitsgesellschaft zusammengeschlossen (vgl. MünchKomm-BGB/Ulmer, a.a.O., Vor § 705 Rn. 87).

[11] 2. a) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht allerdings die Prüfung der Zahlungsansprüche der Klägerin darauf beschränkt, ob ihr ein Verlustausgleich zustehe, sei es als endgültiger Verlustausgleich aus der von ihr erstellten Auseinandersetzungsrechnung oder als „sich abzeichnender“ Verlustausgleich gemäß der getroffenen Vertragsabrede. Selbst wenn Auseinandersetzungsreife noch nicht besteht und auch die abredegemäßen Voraussetzungen für den Ausgleich eines „sich abzeichnenden“ Verlusts nicht vorliegen, kann jeder Gesellschafter bereits während des Bestehens der Gesellschaft die von ihm gemachten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, von der Gesellschaft ersetzt verlangen (§§ 713, 670 BGB). Zu solchen Aufwendungen gehört auch die Begleichung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.

[12] Die Klägerin hatte unter ihrem eigenen Namen ein Bankkonto für fremde Rechnung der Gesellschaft eingerichtet. Nach der Veräußerung der letzten Wohnung, als keine weiteren Zahlungseingänge mehr zu erwarten waren, zog das Kreditinstitut die Klägerin zum Ausgleich des Sollstands heran. Indem die Klägerin den Kontoausgleich aus eigenen Mitteln bewirkte, erbrachte sie eine Aufwendung für die Gesellschaft. Diese durfte sie den Umständen nach für erforderlich halten, da anderenfalls das Kreditinstitut das Konto hätte fällig stellen und den Saldo zwangsweise hätte betreiben können. Dabei ist revisionsrechtlich zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass sie auch berechtigt war, zulasten des Kontos Provisionsleistungen in der in Rede stehenden Höhe zu erbringen.

[13] b) Zwar richtet sich der durch §§ 713, 670 BGB begründete Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft als solche und ist somit aus deren Vermögen zu begleichen. Der Gesellschafter kann allerdings gegen seine Mitgesellschafter – beschränkt auf deren Verlustanteil – Rückgriff nehmen, wenn er aus der Gesellschaftskasse keinen Ausgleich erlangen kann (BGH, Urt. v. 2.7.1979 – II ZR 132/78, WM 1979, 1282 = LNR 1979, 11524; Urt. v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2002, 394 = LNR 2001, 20583). Diese Voraussetzung ist nicht erst gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aussichtslos wäre. Es genügt vielmehr, dass der Gesellschaft – wie hier – freie Mittel nicht zur Verfügung stehen (BGH, Urt. v. 2.7.1979 – II ZR 132/78, WM 1979, 1282 = LNR 1979, 11524).

[14] 3. Der Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin aus §§ 713, 670 BGB unterliegt auch keiner Durchsetzungssperre. Zwar würde die Auflösung der Gesellschaft dazu führen, dass die Gesellschafter die ihnen gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zustehenden Ansprüche nicht mehr selbstständig im Wege der Leistungsklage durchsetzen könnten, diese Ansprüche vielmehr als unselbstständige Rechnungsposten in die Schlussrechnung aufzunehmen wären (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 3.4.2006 – II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 = LNR 2006, 14298 Rn. 17 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat jedoch von der Revisionserwiderung nicht angegriffen festgestellt, dass die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist.

[15] III. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht wird im weiteren Verfahren Feststellungen dazu zu treffen haben, ob die Klägerin nach der Absprache der Gesellschafter berechtigt war, Provisionsleistungen zulasten des Gesellschaftsvermögens zu erbringen. Nach den bisher getroffenen Feststellungen entsprachen Provisionen für die Vermarktung der geschaffenen Wohn- und Geschäftseinheiten der Übung der Parteien bei früheren Bauvorhaben. Auch das hier gegenständliche Bauprojekt war ursprünglich mit Kosten für den „Vertrieb“, also mit Provisionszahlungen kalkuliert. Daraus kann – wenn keine weiteren Absprachen getroffen wurden – auf eine konkludente Einigung über Provisionszahlungen auch für das hier gegenständliche Projekt geschlossen werden. Die Beklagte, der für eine von der festgestellten Übung abweichende Abrede die Darlegungs- und Beweislast obliegt, hat jedoch unter Beweisantritt dargelegt, dass das Objekt bereits bei Baubeginn in eine schwierige wirtschaftliche Situation geraten sei und die Parteien sich deswegen entgegen der sonst ständigen Übung darüber geeinigt hätten, dass die übliche 3 %ige Provisionsvergütung hier nicht in Ansatz kommen solle.

## Sanieren oder Ausscheiden

BGB §§ 705, 735, 739

### Leitsatz (amtlich):

**Regelt der Gesellschaftsvertrag einer Publikumpersonengesellschaft, dass eine Kapitalerhöhung auch im Krisenfall nur einstimmig beschlossen werden kann und das Nichterreichen der Einstimmigkeit zur Folge hat, dass die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sind, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen haben, so sind die zahlungsunwilligen Gesellschafter nicht aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet, einem Beschluss zuzustimmen, dass ein nicht sanierungswilliger Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 – Sanieren oder Ausscheiden).**

BGH, Urt. v. 25. 1. 2011 – II ZR 122/09

[1] Die Beklagte ist ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR. Gesellschaftszweck ist die Errichtung und Vermietung eines Wohn- und Geschäftshauses sowie zweier weiterer Wohnhäuser auf gesellschaftseigenem Grundstück. Der Kläger und seine Ehefrau erklärten ihren Beitritt zu der Beklagten durch eine gemeinsam abgegebene Beitrittserklärung v. 16.12.1998, mit der sie eine gemeinsame Einlage von

121.956 DM übernahmen. Nachdem die Beklagte in eine finanzielle Schieflage geraten war, beauftragte sie die T AG mit der Erarbeitung eines Sanierungskonzepts. In dem im März 2005 vorgelegten vorläufigen Bestandssicherungskonzept stellte die T AG die Sanierungsbedürftigkeit der Beklagten fest, weil sie eine wachsende strukturelle Unterdeckung erwirtschaftete und ihr ohne Umsetzung geeigneter Sanierungsmaßnahmen spätestens 2009 die Zahlungsunfähigkeit drohe. Als Sanierungsmaßnahme schlug die T AG vor, das Fremdkapital auf einen geringeren, leichter bedienbaren Valutenstand zu reduzieren. Das finanzierende Kreditinstitut stimmte der Sanierung unter der Voraussetzung einer Kapitalerhöhung um insgesamt 2.700.000 € zu. Daraufhin fasste die Gesellschafterversammlung am 18.1.2006 mit der im Gesellschaftsvertrag für Satzungsänderungen vorgesehenen Stimmenmehrheit, jedoch ohne die Stimmen des Klägers und seiner Ehefrau, u.a. folgende Beschlüsse:

§ 4 Abs. 1 [des Gesellschaftsvertrages] wird wie folgt neu gefasst:

(1) Das Gesellschaftskapital wird auf 12.925.837,62 € erhöht. Es setzt sich zusammen aus dem Altkapital in Höhe von 10.225.837,62 € und Neukapital in Höhe von 2.700.000 €.

§ 18 Abs. 7 wird wie folgt neu gefasst:

(7) Ein Gesellschafter, der nicht spätestens bis zum 28. Februar 2006 einen seiner bisherigen Beteiligungshöhe entsprechenden Anteil am Neukapital von 2.700.000 € gezeichnet hat, scheidet rückwirkend zum 1. Januar 2006 aus der Gesellschaft aus, ohne dass es einer weiteren Erklärung seitens der Gesellschaft bedarf.

[2] Der Gesellschaftsvertrag enthält darüber hinaus folgende Bestimmungen:

§ 1 Abs. 2:

Halten mehrere Personen einen Anteil gemeinschaftlich, so gelten sie als ein Gesellschafter im Sinne dieses Vertrages. Sie können ihre Rechte nur einheitlich ausüben und haften gesamtschuldnerisch. Jeder von ihnen ist zur Abgabe und zum Empfang von Willenserklärungen für den anderen bevollmächtigt.

§ 4 Abs. 5:

Die Erhöhung des Gesellschaftskapitals ist nur mit Zustimmung aller Gesellschafterstimmen zulässig, sofern bei Überschreitung der Gesamtkosten für das gesellschaftseigene Bauvorhaben Eigengelder soweit zu erhöhen sind, wie es die Beendigung des Bauvorhabens erforderlich macht. Kommt ein einstimmiger Beschluss nicht zustande, so sind die zustimmenden Gesellschafter berechtigt, ihre Einlagen – soweit erforderlich – zu erhöhen. Die nicht zustimmenden Gesellschafter haben in diesem Fall eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen.

§ 12:

(1) Die Gesellschafterversammlung beschließt über

...

- e) die Änderung des Gesellschaftsvertrages;
- f) die Auflösung der Gesellschaft,
- g) die Festsetzung eventuell notwendiger Nachschusszahlungen sowie

...

(2) Beschlüsse gemäß Abs. 1 e) und f) bedürfen einer qualifizierten Mehrheit. Die qualifizierte Mehrheit beträgt 75 % aller in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen. Für Beschlüsse gem. Abs. 1 g) gilt die Regelung des § 4 Abs. 5 entsprechend.

...

[3] Der Kläger und seine – inzwischen getrennt lebende – Ehefrau zeichneten die Kapitalerhöhung nicht wie ihnen angeboten. Die Ehefrau des Klägers unterzeichnete die Kapitalerhöhungsvereinbarung mit dem Hinweis, dass sie die Erklärung allein für sich und auch nur für den hälftigen Geschäftsanteil abgebe. Der Kläger gab keine Zeichnungserklärung ab. Mit Ablauf der auf den 28.2.2006 datierten Zeichnungsfrist betrachtete die Beklagte den Kläger und seine Ehefrau als ausgeschieden, da die Kapitalerhöhung nicht für den gesamten von ihnen gehaltenen Gesellschaftsanteil gezeichnet worden sei. Mit der Ehefrau des Klägers traf die Beklagte am 22.6./29.9.2006 eine „Wiederaufnahmevereinbarung“ im Umfang der Hälfte der ursprünglich gemeinsam mit ihrem Ehemann gehaltenen Beteiligung, wobei die Ehefrau insoweit auch an der beschlossenen Kapitalerhöhung teilnahm. Dem Kläger hat die Beklagte auf den Stichtag seines beschlussmäßigen Ausscheidens (1.1.2006) eine Auseinandersetzungsrechnung erteilt, einen Auseinandersetzungsfehlbetrag i.H.v. insgesamt 10.971.973,78 € errechnet und den Kläger hieran entsprechend der Hälfte seiner ursprünglich gemeinsam mit seiner Ehefrau eingegangenen prozentualen Beteiligung am Gesellschaftskapital i.H.v. 35.306,01 € beteiligt.

[4] Das LG hat auf Antrag des Klägers festgestellt, dass der am 18.1.2006 gefasste Gesellschafterbeschluss zur Änderung des § 18 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags unwirksam sei und das Gesellschaftsverhältnis der Beklagten zu dem Kläger und seiner Ehefrau unverändert fortbestehe. Die von der Beklagten erhobene Widerklage, mit der sie vom Kläger die Zahlung des zu seinen Lasten errechneten negativen Auseinandersetzungs Guthabens verlangt, hat das LG abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der – vom erkennenden Senat zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihre erstinstanzlichen Begehren weiter.

#### Aus den Gründen:

[5] Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

[6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Die Klage sei unbegründet, da der Kläger und seine Ehefrau nicht aus der Beklagten ausgeschieden, sondern weiterhin deren Gesellschafter seien. Die von der Gesellschafterversammlung für alle Gesellschafter verbindlich beschlossene Einlagenerhöhung sei unwirksam, weil ihr nicht alle Gesellschafter zugestimmt hätten. Die in § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags enthaltene Regelung erlaube nur eine Kapitalerhöhung auf freiwilliger Basis. Auch aus gesellschaftlicher Treuepflicht habe keine Zustimmungspflicht zu einer verbindlichen Einlagenerhöhung bestanden, da aufgrund der in § 12 Abs. 1, 2 sowie § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags getroffenen Regelungen jeder Gesellschafter davon ausgehen durfte, dass er nur die ihm zum Zeitpunkt des Beitritts bekannten Zahlungen zu leisten hatte. Nachdem die Kapitalerhöhung nicht wirksam beschlossen sei, fehle es auch für den Ausschluss des nicht an ihr teilnehmenden Gesellschafters an einer Grundlage.

[8] II. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis richtig entschieden. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten über den Ausschluss derjenigen Gesellschafter, die die Kapitalerhöhung nicht gezeichnet haben (§ 18 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags), ist gegenüber dem Kläger und seiner Ehefrau unwirksam. Daher sind der Kläger und seine Ehefrau nicht mit Wirkung v. 1.1.2006 aus der Gesellschaft ausgeschieden und der Kläger nicht zur Erstattung eines Auseinandersetzungsfehlbetrags verpflichtet.

[9] 1. Die Klage ist zulässig erhoben; insbesondere ist der Kläger zur Prozessführung befugt. Bei der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen ist (BGH, Urt. v. 19.3.1987 – III ZR 2/86, BGHZ 100, 217, 219 = LNR 1987, 13453; Urt. v. 11.8.2010 – XII ZR 181/08, NJW 2010, 3033 = ZInsO 2010, 2406). Grds. ist (nur) der Inhaber eines Rechts befugt, es in eigenem Namen einzuklagen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., Vor § 50 Rn. 18). Wer ein Recht einklagt, das nicht ihm selbst zusteht (Prozessstandschaft), muss seine Befugnis zur Führung des Prozesses dartun und notfalls beweisen. Anderenfalls ist seine Klage als unzulässig abzuweisen (Zöller/Vollkommer, a.a.O., Vor § 50 Rn. 19). Dasselbe gilt bei der Einzelprozessführung durch einen nur Teilberechtigten (MünchKommZPO/Lindacher, 3. Aufl., Vorbem. § 50 Rn. 42).

[10] Mit seinem Feststellungsbegehren gem. § 256 Abs. 1 ZPO verfolgt der Kläger Rechte aus der Mitgliedschaft in der beklagten Gesellschaft. Nach seinem eigenen Vorbringen steht ihm dieses Mitgliedschaftsrecht gemeinsam mit seiner Ehefrau zu, sodass der Kläger in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis nur die Rolle eines Teilberechtigten einnimmt und er somit die Feststellung (auch) eines Drittrechtsverhältnisses verfolgt.

[11] Nach feststehender Rechtsprechung können jedoch auch Drittrechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn diese für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander zumindest mittelbar von Bedeutung sind und ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Klärung besteht (vgl. BGH, Urt. v. 2.3.1960 – V ZR 131/58, MDR 1960, 485; Urt. v. 16.6.1993 – VIII ZR 222/92, NJW 1993, 2539, 2540 = LNR 1993, 16813 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Denn aus der streitigen Mitgliedschaft erwachsen besondere Rechtsbeziehungen auch zwischen der Beklagten und den einzelnen Ehegatten gesondert. Aufgrund der in § 1 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags getroffenen Regelung haften die Ehegatten gegenüber der Beklagten gesamtschuldnerisch und können daher von der Beklagten einzeln in Anspruch genommen werden. Ob und mit welchem Inhalt Rechtspflichten der einzelnen Ehegatten bestehen, hängt vom Fortbestand der gemeinsamen Mitgliedschaft der Ehegatten und von der Wirksamkeit des hier streitigen Beschlusses ab. Daraus folgt das rechtliche Interesse des einzelnen Ehegatten, im eigenen Namen die Unwirksamkeit des am 18.1.2006 gefassten Gesellschafterbeschlusses zur Änderung des § 18 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags sowie den Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses der Beklagten zu beiden Ehegatten feststellen zu lassen.

[12] Dem steht nicht entgegen, dass die Ehefrau des Klägers gemäß den von der Gesellschafterversammlung am 18.1.2006 gefassten Beschlüssen die Kapitalerhöhung für „ihren“ Anteil zunächst zeichnete und später eine „Wiederaufnahmevereinbarung“ mit der Beklagten traf. Ein dem Vorgehen des Klägers entgegenstehender Wille seiner Ehefrau ist in entspre-

chender Anwendung von § 744 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGH, Urt. v. 4.5.1955 – IV ZR 185/54, BGHZ 17, 181, 183 = *LNR 1955, 13689*; Staudinger/*Habermeier*, BGB, § 709 Rn. 43; Palandt/*Sprau*, BGB, 70. Aufl., § 714 Rn. 8) unbeachtlich. Auch Verfahrenshandlungen wie die Klage eines einzelnen von mehreren Mitberechtigten können als Erhaltungsmaßnahmen i.S.v. § 744 Abs. 2 BGB für den gemeinsam gehaltenen Gegenstand notwendig sein (vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2008 – III ZR 46/06, ZIP 2008, 1582 Rn. 36; MünchKomm-BGB/*Schmidt*, 5. Aufl., §§ 744, 745 Rn. 43; Staudinger/*Langhein*, a.a.O., § 744 Rn. 43). Die vom Kläger erhobene Feststellungsklage ist zur Erhaltung der gemeinsam begründeten Mitgliedschaft an der Beklagten auch und gerade im Hinblick auf die Rechtshandlungen der Ehefrau notwendig, die sie für „ihren“ Anteil vorgenommen hat und die den gemeinsamen Anteil infrage stellen.

[13] 2. Die Klage ist auch begründet. Der Kläger und seine Ehefrau sind weiterhin Gesellschafter der Beklagten, da der Gesellschafterbeschluss über die Einfügung von § 18 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags ihnen gegenüber unwirksam ist.

[14] a) Anders als das Berufungsgericht meint, ist der Mehrheitsbeschluss über die Kapitalerhöhung durch Änderung von § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags allerdings nicht unwirksam. Dies folgt aus den Regelungen in § 4 Abs. 5 i.V.m. § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags.

[15] Nach § 4 Abs. 5 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags sind die zustimmenden Gesellschafter in dem hier vorliegenden Fall, dass ein – nach § 4 Abs. 5 Satz 1 an sich notwendig – einstimmiger Beschluss über eine Kapitalerhöhung nicht zustande kommt, berechtigt, ihre Einlagen – soweit erforderlich – zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen haben. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist daher auch dann wirksam, wenn Einstimmigkeit nicht erreicht wird. Allerdings ist in dem Fall jedem einzelnen Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Erhöhung seiner Einlage freigestellt. Ein Gesellschafter, der seine Einlage nicht erhöht, setzt seine Beteiligung unter Verwässerung seines Gesellschaftsanteils fort (§ 4 Abs. 5 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags).

[16] Die in § 4 Abs. 5 getroffenen Regelungen gelten gem. § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags für Beschlüsse über die Festsetzung evtl. notwendiger Nachschusszahlungen entsprechend. Der Begriff der notwendigen Nachschusszahlungen umfasst auch die am 18.1.2006 beschlossene Kapitalerhöhung. Denn mit der Regelung in § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags ist gerade eine einheitliche Behandlung sowohl späterer „Nachschüsse“ als auch der in § 4 Abs. 5 geregelten „Kapitalerhöhung“ bezweckt: Beide Arten zusätzlicher Beitragsleistungen sollen entweder einstimmig beschlossen werden und dann sämtliche Gesellschafter verpflichten oder es soll, wenn ein einstimmiger Beschluss nicht gefasst wird, dadurch eine Verschiebung der Kapitalanteile erfolgen, dass die nicht zustimmenden Gesellschafter eine Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses hinzunehmen haben. Diese Auslegung des Gesellschaftsvertrags kann der Senat selbst vornehmen, weil der Gesellschaftsvertrag der Beklagten als Publikumsgesellschaft objektiv auszulegen ist (BGH, Urt. v. 7.6.1999 – II ZR 278/98, ZIP 1999, 1391, 1393 = *ZNotP 1999, 448*; Urt. v. 19.3.2007 – II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 = *ZNotP 2007, 232* Rn. 18, jeweils m.w.N.).

[17] b) Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass die in der Gesellschafterversammlung weiter beschlossene Neufassung des § 18 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags, nach der der nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, zumindest gegenüber dem Kläger und seiner Ehefrau, die diesem Beschluss im Hinblick auf den gemeinschaftlich gehaltenen Gesellschaftsanteil nicht – wie nach § 1 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags geboten – einheitlich zugestimmt haben, unwirksam ist.

[18] aa) Der Entzug der Gesellschafterstellung durch zwangsweises Ausscheiden ist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich, sei es durch antizipierte Zustimmung in Form der eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag, sei es durch Zustimmung zu einem Beschluss, durch den nachträglich eine Ausschlussregelung in den Gesellschaftsvertrag eingefügt wird (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = *ZInsO 2009, 2257* Rn. 16 – Sanieren oder Ausscheiden m.w.N.). Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Weder enthielt der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag eine Regelung über das Ausscheiden bei Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung noch haben der Kläger oder seine Ehefrau einer solchen Regelung nachträglich zugestimmt.

[19] bb) Anders als die Revision meint, verhält sich der Kläger auch nicht treupflichtwidrig, wenn er zwar an den Sanierungsbemühungen nicht teilnehmen, aber in der Gesellschaft verbleiben will.

[20] (1) Ein Gesellschafter ist im Allgemeinen nicht verpflichtet, einer solchen, seine Gesellschafterstellung aufhebenden Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen. Zwar geht der Senat in st. Rspr. davon aus, dass sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen für jeden einzelnen Gesellschafter aus der gesellschaftlicher Treuepflicht etwas Abweichendes ergeben kann. Danach kommt eine Zustimmungspflicht dann in Betracht, wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung des Gesellschaftsvertrags dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = *ZInsO 2009, 2257* Rn. 23 – Sanieren oder Ausscheiden m.w.N.).

[21] (2) Grundlage solcher Treuepflichten eines Gesellschafters kann jedoch stets nur die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter sein. Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftlicher Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang; der einzelne Gesellschafter ist nur insoweit verpflichtet, wie er es im Gesellschaftsvertrag versprochen hat (vgl. *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 21. Aufl., § 7 Rn. 4; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 20 IV 2 d, S. 592; MünchKomm-BGB/*Ulmer*, a.a.O., § 705 Rn. 222). Erlaubt das eingegangene Gesellschaftsverhältnis keine berechnete Erwartungshaltung gegenüber einzelnen Gesellschaftern, besteht auch keine Treuepflicht, diese zu erfüllen. Der Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht rechtfertigt es nicht, in eine sachlich nicht unvertretbare gesellschaftsvertragliche Regelung ändernd einzugreifen, nur weil dies für angemessener erachtet wird (vgl. BGH, Urt. v. 10.6.1965 – II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 42 = *LNR 1965, 10958*).

[22] (3) Im vorliegenden Fall ist eine Erwartungshaltung, dass jeder Gesellschafter in der Schieflage der Gesellschaft weiteres Risiko auf sich nimmt und sich an einer Kapitalerhöhung beteiligt, durch das eingegangene Gesellschaftsverhältnis nicht begründet worden. Im Gegenteil war den Bestimmungen der § 4 Abs. 5 und § 12 Abs. 1, 2 des Gesellschaftsvertrags zu entnehmen, dass eine evtl. zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft notwendig werdende Kapitalerhöhung oder Nachschusszahlung einstimmig beschlossen werden musste, wenn sie alle Gesellschafter verpflichten sollte; anderenfalls sollten die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sein, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter unter Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses in der Gesellschaft verbleiben können sollten.

[23] Aufgrund dieser ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelung, mit der sich jeder Gesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft einverstanden erklärt hatte, durfte er nicht darauf vertrauen, einen Mitgesellschafter, der im Fall einer Schieflage der Gesellschaft zu weiteren Einlagen nicht bereit war, unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treupflicht mit einer anderen als der vertraglich vorgezeichneten Rechtsfolge in Anspruch nehmen zu können. Vielmehr musste jeder Gesellschafter damit rechnen, dass zusätzlicher Kapitalbedarf der Gesellschaft nur von einem Teil der Gesellschafter aufgebracht würde, sich andere Gesellschafter dagegen nicht an der Kapitalerhöhung beteiligten und sich für den Verbleib in der Gesellschaft unter Verwässerung ihrer Gesellschaftsanteile entschieden.

[24] (4) Eine über diese vertraglichen Regelungen hinausgehende Treupflicht des einzelnen Gesellschafters wird hier auch nicht durch den Umstand begründet, dass die Gesellschaft in eine wirtschaftliche Schieflage mit drohender Zahlungsunfähigkeit geraten war, welche die Aufbringung neuen Kapitals für den Erhalt der Gesellschaft notwendig machte. Denn die Bestimmungen der § 4 Abs. 5 und § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags regeln auch diesen Krisenfall.

[25] § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags regelt ausdrücklich den Fall, dass das gesellschaftseigene Bauvorhaben wegen Überschreitung der vorgesehenen Gesamtkosten nicht ohne Zuführung von Eigenkapital beendet werden kann. In dieser Lage, in der i.d.R. Fremdkapital nicht zu erlangen ist, wäre die Gesellschaft ohne eine Kapitalerhöhung liquidationsreif. Denn ohne die Möglichkeit, das unvollendete Bauvorhaben mit zusätzlichem Eigenkapital fertigzustellen, hätte die Gesellschaft keine Vermietungsmöglichkeit und somit dauerhaft keine Ertragserwartung und keine positive Fortführungsprognose. Im Fall einer danach notwendigen Liquidation wäre zu erwarten, dass der Veräußerungserlös des Grundstücks mit dem angefangenen Bauwerk die bis dahin getätigten Aufwendungen nicht annähernd deckt. Die Gesellschafter verlören zumindest einen erheblichen Teil ihrer Einlagen, wenn sie nicht sogar zu einem Fehlbetragsausgleich herangezogen werden müssten.

[26] In der so beschriebenen, für die Gesellschaft existenzbedrohenden Ausgangslage wird der einzelne Gesellschafter gleichwohl durch die ausdrückliche Regelung in § 4 Abs. 5 Satz 2, 3 des Gesellschaftsvertrags nicht dazu verpflichtet, an einer mehrheitlich beschlossenen Kapitalerhöhung zur Rettung der Gesellschaft teilzunehmen. Die – rechtlich unbedenkliche (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.1975 – II ZR 89/74, BGHZ 66, 82, 85 f. = LNR 1975, 12660) – gesellschaftsvertragliche Rege-

lung sieht vielmehr vor, den zur Rettung erforderlichen Kapitalmehrbedarf durch zusätzliche Einlagen nur der sanierungswilligen Gesellschafter zu erbringen, während die nicht daran teilnehmenden Gesellschafter eine Verwässerung ihrer Anteile hinzunehmen haben.

[27] Stellt sich die wirtschaftliche Schieflage der Gesellschaft nicht – wie in dem in § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags geregelten Fall – durch eine unvorhergesehene Erhöhung der Gesamtkosten, sondern – wie hier revisionsrechtlich zu unterstellen – durch Wegfall geplanter Einnahmen ein, besteht eine sowohl für die Gesellschaft als auch für ihre Gesellschafter vergleichbare Interessenlage. Ohne Zuführung neuen Kapitals müsste die Gesellschaft unter Inkaufnahme wesentlicher wirtschaftlicher Nachteile liquidiert werden. Für diesen Sanierungsfall sind diejenigen Bestimmungen, die § 4 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrags für den Fall einer unerwarteten Kostenerhöhung trifft, gem. § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags entsprechend anzuwenden.

[28] (5) Zwar kann diese Regelung u.U. zu einer Besserstellung derjenigen Gesellschafter führen, die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmen, indem sie durch den Beitrag der übrigen Gesellschafter zumindest teilweise von den auf sie entfallenden Gesellschaftsschulden frei werden und sogar – wenn auch in geringerer Höhe – an dem Gewinn beteiligt sind, falls die Gesellschaft in die Gewinnzone gelangen sollte (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = ZInsO 2009, 2257 Rn. 31 – Sanieren oder Ausscheiden). Eine solche Besserstellung ist hier jedoch in den Regelungen des Gesellschaftsvertrags selbst angelegt (§§ 4 Abs. 5, 12 Abs. 1, 2) und daher von allen Gesellschaftern mit ihrer Beitrittsentscheidung in Kauf genommen worden.

[29] (6) Überdies könnte eine Verpflichtung, einer notwendig gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen, nur dann angenommen werden, wenn dem schützenswerte Belange des einzelnen Gesellschafters nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = ZInsO 2009, 2257 Rn. 23 m.w.N. – Sanieren oder Ausscheiden). Diese Voraussetzung ist hier ebenfalls nicht erfüllt. Nach § 707 BGB sowie aufgrund der Regelungen in § 4 Abs. 5 Satz 1 und § 12 Abs. 1 Buchst. g, Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags durfte jeder beitragswillige Anleger davon ausgehen, dass seine Beitragsverpflichtung auf die im Zeitpunkt des Beitritts gezeichnete Einlage beschränkt blieb und er zu einer Vermehrung seiner Beitragspflichten nicht gegen seinen Willen veranlasst werden konnte (vgl. BGH, Urt. v. 25.5.2009 – II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 = LNR 2009, 16293 Rn. 18 m.w.N.). Ebenso durfte er aufgrund der Regelungen in § 4 Abs. 5 Satz 2 und 3 annehmen, dass er seinen Gesellschaftsanteil, wenngleich verwässert, behalten könne, auch wenn er an einer notwendigen Kapitalerhöhung nicht teilnähme. Durch diese ausdrücklichen Regelungen in dem dem Beitritt zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag wurde ein schutzwürdiges Vertrauen des einzelnen Gesellschafters begründet, das einem späteren Entzug seiner Mitgliedschaft, auch als Folge der hier zur Überprüfung stehenden Änderung des Gesellschaftsvertrags, sowie der Annahme entgegensteht, der Gesellschafter sei aufgrund seiner gesellschaftlichen Treupflicht verpflichtet, einer diesem Vertrauen gerade widersprechende Regelung zuzustimmen.

[30] cc) Der damit (jedenfalls) gegenüber dem Kläger und seiner Ehefrau bestehenden Unwirksamkeit der Änderung des

Gesellschaftsvertrags steht nicht entgegen, dass diese zur Folge haben könnte, dass der Gesellschaftsvertrag gegenüber verschiedenen Gesellschaftern einen unterschiedlichen Inhalt hat. Diese Rechtsfolge ist zwingend, wenn alle Gesellschafter – wie hier antizipiert im Gesellschaftsvertrag – auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrags auf das sonst geltende Einstimmigkeitsprinzip verzichtet haben, die Wirksamkeit des konkreten, den Gesellschaftsvertrag ändernden Beschlusses gegenüber dem jeweiligen Gesellschafter aber von dessen Zustimmung abhängig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die tatsächliche Umsetzung des Beschlusses auch dann möglich und sinnvoll ist, wenn sie nicht gegenüber allen, sondern nur gegenüber den zustimmenden Gesellschaftern erfolgen kann (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = *ZInsO* 2009, 2257 Rn. 20 – Sanieren oder Ausscheiden).

[31] 3. Da der Kläger und seine Ehefrau weiterhin gemeinsam der Beklagten als Gesellschafter angehören, haben die Vorinstanzen zu Recht auch die Widerklage der Beklagten abgewiesen. Der mit der Widerklage begehrte Anspruch auf anteiligen Ausgleich eines Fehlbetrags entsteht erst mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft (§ 739 BGB).

## Notarrecht

### Altersgrenze für Notare

GG Art. 101 Abs. 1; BNotO §§ 47 Nr. 1, 48a

#### Leitsätze (nicht amtlich):

1. **Ob die Altersgrenze nach §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO dem Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG unterfällt, kann dahinstehen. Jedenfalls liegt eine nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zulässige Ungleichbehandlung vor.**
2. **Die Altersgrenze zielt auf die Wahrung einer geordneten Altersstruktur im Notariat und bezweckt eine gerechte Verteilung der Berufschancen zwischen allen Generationen. Dieser Gesetzeszweck stellt eine sozialpolitische und im Sinne der Rechtsprechung des EuGH legitimes Ziel dar.**

*BVerfG, Beschl. v. 5. 1. 2011 – 1 BvR 2870/10*

[1] I. 1. Der Beschwerdeführer war bis zum Erreichen der in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO geregelten Altersgrenze von 70 Jahren zum Notar bestellt.

[2] Der gegen das altersbedingte Ausscheiden aus dem Notaramt gestellte Antrag des Beschwerdeführers auf gerichtliche Entscheidung wurde vom OLG durch Beschl. v. 3.8.2009 als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen vom Beschwerdeführer erhobene sofortige Beschwerde wies der BGH durch Beschl. v. 22.3.2010 als unbegründet zurück. Zur Begründung führte der BGH insbesondere aus, die gesetzliche Altersgrenze in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO sei verfassungskonform und auch mit dem europäischen Recht vereinbar; sie unterfalle schon nicht dem Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG des Rats v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden: RL 2000/78/EG oder Richtlinie), sei aber jedenfalls als zulässige Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 6

Abs. 1 der Richtlinie zu bewerten und verstoße daher weder gegen die RL 2000/78/EG noch gegen das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Einer Vorlage an den EuGH bedürfe es nicht, weil es zur Überzeugung des Senats offenkundig sei und keinem vernünftigen Zweifel unterliege, dass die in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO bestimmte Altersgrenze nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfalle, jedenfalls aber eine gem. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zulässige Ungleichbehandlung darstelle. Die für diese Beurteilung maßgeblichen Kriterien seien teilweise bereits durch den Gerichtshof geklärt und lägen i.Ü. auf der Hand. Hinsichtlich der Beurteilung, ob mit einer nationalen Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgt werde und die Maßnahme erforderlich und angemessen sei, komme dem einzelnen Mitgliedstaat nach der Rechtsprechung des EuGH ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die gesetzliche Altersgrenze von 70 Jahren sei ersichtlich verhältnismäßig; sie verfolge – u.a. – das legitime beschäftigungspolitische Ziel der Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen, gewährleiste zudem eine funktionsfähige Rechtspflege und bringe die Bedürfnisse und Interessen der älteren Notare einerseits und des juristischen Nachwuchses andererseits in einen angemessenen Ausgleich.

[3] 2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und führt zur Begründung aus, der BGH habe sich nicht hinreichend mit der Rechtsprechung des EuGH, der einschlägigen Literatur und der Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten der EU auseinandergesetzt, sondern habe eine eigene Lösung entwickelt, die den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH nicht gerecht werde. Der BGH sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Rechtslage offenkundig sei, und habe hierdurch willkürlich gegen seine Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) verstoßen.

[4] II. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der vom Beschwerdeführer als verletzt gerügten Rechte angezeigt. Für eine Verletzung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten ist nichts ersichtlich.

[5] 1. a) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist verletzt, wenn einfachrechtliche Verfahrensvorschriften willkürlich unrichtig angewendet werden (vgl. BVerfGE 29, 45, 48; st. Rspr.) und dem Rechtsuchenden hierdurch eine Entscheidung durch den gesetzlich vorgesehenen Richter versagt wird. Dies kann auch bei Verletzung einer Vorlagepflicht der Fall sein.

[6] b) Der EuGH ist gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV sind die nationalen Gerichte von Amts wegen gehalten, den EuGH anzurufen (vgl. BVerfGE 82, 159, 192 f.; st. Rspr.). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss ein nationales letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechts stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende gemeinschaftsrechtliche Frage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts

derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 „C.I.L.F.I.T.“, Slg. 1982, S. 03415 Rn. 21).

[7] Das BVerfG überprüft allerdings nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das GG bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 82, 159, 194 f.; BVerfG, Beschl. des Zweiten Senats v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, *LNR 2010, 22026* Rn. 88 ff.; Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.11.2010 – 1 BvR 2065/10, *LNR 2010, 27636* Rn. 23). Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird insbesondere in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (grundsätzliche Verkenning der Vorlagepflicht), oder in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft). Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 82, 159, 195 f.; BVerfG, Beschl. des Zweiten Senats v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, *LNR 2010, 22026* Rn. 90; Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.11.2010 – 1 BvR 2065/10, *LNR 2010, 27636* Rn. 23). Dabei kommt es für die Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des für den Streitfall maßgeblichen materiellen Unionsrechts an, sondern auf die Vertretbarkeit der Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268, 1269 = *ZInsO 2010, 865*; Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 30.8.2010 – 1 BvR 1631/08, *LNR 2010, 23537* Rn. 48; Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.11.2010 – 1 BvR 2065/10, *LNR 2010, 27636* Rn. 23). Eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG kann insbesondere dann vorliegen, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind (vgl. BVerfGE 82, 159, 194 ff.); zu verneinen ist in diesen Fällen allerdings ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG bereits dann, wenn das nationale Gericht die entscheidungserhebliche Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat (vgl. BVerfG, Beschl. des Zweiten Senats v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, *LNR 2010, 22026* Rn. 90).

[8] Nach der ständigen Kammerrechtsprechung des BVerfG hat das Fachgericht Gründe anzugeben, die zeigen, ob es sich hinsichtlich des europäischen Rechts ausreichend kundig ge-

macht hat, und die so dem BVerfG eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ermöglichen (vgl. BVerfGK 8, 401, 405; 10, 19, 31; BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 9.1.2001 – 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267, 1268 = *LNR 2001, 17934*; Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 14.5.2007 – 1 BvR 2036/05, NVwZ 2007, 942, 945 = *LNR 2007, 31392*; Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 20.2.2008 – 1 BvR 2722/06, NVwZ 2008, 780, 781 = *LNR 2008, 10996*; Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268, 1269 = *ZInsO 2010, 865*).

[9] 2. Nach diesen Maßstäben sind die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen nicht zu beanstanden. Die von den Fachgerichten in den angegriffenen Entscheidungen vorgenommene Auslegung und Anwendung der Regelung in Art. 267 Abs. 3 AEUV erscheint bei verständiger Würdigung der das GG bestimmenden Gedanken weder nicht mehr verständlich noch ist sie offensichtlich unhaltbar. Insbesondere hat sich der BGH mit der Möglichkeit einer Vorlagepflicht an den EuGH und den hierfür maßgeblichen rechtlichen Voraussetzungen eingehend auseinandergesetzt und nachvollziehbar begründet, warum im vorliegenden Fall keine Vorlagepflicht bestand. Dabei ist der BGH auch auf die Rechtsprechung des EuGH eingegangen und hat auf dieser Grundlage seine zumindest vertretbare Entscheidung entwickelt; von einem bewussten Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH kann hiernach keine Rede sein.

[10] Der BGH hat ferner den Beurteilungsrahmen, der ihm angesichts der noch nicht erschöpfenden Rechtsprechung des EuGH zu den sich vorliegend stellenden Fragen zukommt, nicht in unvertretbarer Weise überschritten.

[11] Dahingestellt bleiben kann dabei, ob die Annahme des BGH vertretbar ist, die in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO geregelte Altersgrenze unterfalle nicht dem Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG. Denn der BGH hat seine Entscheidung nicht nur auf die Unanwendbarkeit der Richtlinie auf das Berufsrecht der Notare gestützt, sondern zusätzlich damit begründet, dass jedenfalls eine gem. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zulässige Ungleichbehandlung vorliege. Insoweit hat der BGH unter Würdigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH vertretbar ausgeführt, dass die für diese Beurteilung maßgeblichen Kriterien teilweise durch den Gerichtshof geklärt seien und i.Ü. auf der Hand lägen. Der BGH ist mit nachvollziehbarer und tragfähiger Begründung davon ausgegangen, dass es sich bei der in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO geregelten gesetzlichen Altersgrenze unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH offenkundig um eine zulässige Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG handelt und daher eine Vorlage verzichtbar ist.

[12] Insbesondere hat der BGH nachvollziehbar ausgeführt, dass und warum die Regelung in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO ein legitimes Ziel verfolgt und zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen ist. Bei der Prüfung dieser Merkmale durfte der BGH auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04, Slg. 2005 I-9981, 10037 = *LNR 2005, 24167* Rn. 63; Urt. v. 16.10.2007 – C-411/05, NJW 2007, 3339, 3341 = *LNR 2007, 40985* Rn. 68; Urt. v. 12.1.2010 – C-341/08) von einem weiten Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten ausgehen.



[13] Die mit der gesetzlichen Altersgrenze verfolgten Ziele hat der BGH zutreffend ermittelt. Nach den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 11/8307, S. 18) zielt die streitige Regelung auf die Wahrung einer geordneten Altersstruktur im Notariat. Dies hat der BGH in zulässiger Weise dahin konkretisiert, dass auch eine gerechte Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen und die Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen bezweckt werde. Der Gesetzeszweck, die Berufschancen gerecht zwischen den Generationen zu verteilen, stellt ein sozialpolitisches und damit ohne Zweifel ein auch im Sinne der Rechtsprechung des EuGH legitimes Ziel dar. Der BGH hat in der angegriffenen Entscheidung auch nachvollziehbar begründet, dass und warum die Regelung in §§ 47 Nr. 1, 48 BNotO geeignet, erforderlich und angemessen ist, um das mit ihr verfolgte – legitime – beschäftigungspolitische Ziel der gerechten Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen zu erreichen. Das insoweit vom BGH angeführte Argument, dass ohne die gesetzliche Altersgrenze keine hinreichende Vorhersehbarkeit und Planbarkeit für den juristischen Nachwuchs bestünde und daher der Zugang zum Amt des Notars für nachfolgende Juristengenerationen faktisch erheblich eingeschränkt würde, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und tragfähig. Vertretbar und in keiner Weise zu beanstanden ist auch, dass der BGH die Interessen der älteren Notare durch die gesetzliche Altersgrenze von 70 Jahren als nicht unangemessen beeinträchtigt erachtet hat.

[14] Auch soweit der BGH eine Pflicht zur Vorlage der Sache an den EuGH mit Blick auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot verneint hat, ist seine Entscheidung jedenfalls vertretbar. Auch insoweit greift das Argument des BGH, dass eine Verletzung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots schon deshalb ausgeschlossen ist, weil es sich bei der gesetzlichen Altersgrenze in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO um eine zulässige Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG handelt.

[15] Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

[16] Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

### **Unterhalten einer nicht genehmigten zweiten Geschäftsstelle**

GG Art. 12 Abs. 1; BNotO § 10 Abs. 4

#### **Leitsatz (nicht amtlich):**

**Keine unzulässige Beeinträchtigung durch Verbot von Auswärtsbeurkundungen bei Nichterhebung von Auswärtsgebühren und Ausnutzen der organisatorischen Vorteile eines auswärtigen Kanzleisitzes ohne Genehmigung einer zweiten Geschäftsstelle.**

*BVerfG, Beschl. v. 1. 12. 2010 – 1 BvR 1747/10*

[1] I. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen eine Disziplinarverfügung der Notaraufsicht und die hierüber ergangenen Entscheidungen.

[2] 1. Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt und Notar. Seine Tätigkeit übt der Beschwerdeführer in einer überörtlichen

Sozietät von Rechtsanwälten und Notaren aus, die Kanzleisitze in L und in R unterhält; beide Orte liegen im AG-Bezirk L. Für sein Notaramt ist dem Beschwerdeführer als Amtssitz R zugewiesen; dort hat er seine Geschäftsstelle und seine Anwaltskanzlei eingerichtet. Daneben bietet der Beschwerdeführer feste anwaltliche Sprechstunden an dem weiteren Sitz der Sozietät in L an.

[3] In den Jahren 2006 und 2007 nahm der Beschwerdeführer – stets auf eigene Anregung, teilweise auch nachdem er den Urkundsbeteiligten die Möglichkeit aufgezeigt und ihnen die Wahl überlassen hatte – jeweils etwa 15 % seiner Beurkundungen am Sitz der Sozietät in L vor. Zusatzgebühren gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO erhob der Beschwerdeführer für die auf seine Anregung in L vorgenommenen Auswärtsbeurkundungen nicht.

[4] Wegen schuldhafter Verletzung der notariellen Amtspflichten verhängte der Präsident des LG gegen den Beschwerdeführer eine Geldbuße i.H.v. 5.000 €. Zur Begründung führte der Präsident des LG aus, der Beschwerdeführer habe entgegen § 10 Abs. 4 Satz 1 BNotO eine ungenehmigte zweite Geschäftsstelle unterhalten und die Urkundsbeteiligten pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, dass es sich bei den in L vorgenommenen Beurkundungen um Auswärtsbeurkundungen handle, für die eine Auswärtsgebühr anfalle; hierdurch habe der Beschwerdeführer den Anschein erweckt, als Notar berechtigt zu sein, zwei Geschäftsstellen zu unterhalten. Gleichzeitig habe der Beschwerdeführer mittelbar gegen § 17 Abs. 1 BNotO, § 58 Abs. 1 KostO verstoßen, weil er das Entstehen von Auswärtsgebühren pflichtwidrig verhindert und hierdurch seine Gebührenerhebungspflicht umgangen habe. Durch das Anbieten auswärtiger Beurkundungen ohne Hinweis auf die möglicherweise anfallenden Zusatzgebühren habe der Beschwerdeführer die Entstehung von Auswärtsgebühren nach § 58 Abs. 1 KostO verhindert. Durch sein Verhalten habe der Beschwerdeführer auch gegen § 29 Abs. 1 BNotO verstoßen, weil er durch seine Beurkundungstätigkeit in L in einer dem öffentlichen Amt widersprechenden Art und Weise geworben habe. Mit den – letztlich wahllosen – Beurkundungen außerhalb der eigenen Geschäftsstelle habe der Beschwerdeführer nach außen hin den Eindruck erweckt, anders als andere Notare über zwei Geschäftsstellen zu verfügen und problemlos und ohne Mehrkosten an zwei Orten Beurkundungen vornehmen zu können. Das Verhalten des Beschwerdeführers verstoße schließlich auch gegen die allgemeinen notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 1, 3 Satz 2 BNotO, weil sich der Beschwerdeführer durch seine Beurkundungspraxis amtspflichtwidrig Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Notaren verschafft habe, die grds. an ihrem Amtssitz beurkundeten und für Auswärtsbeurkundungen pflichtgemäß Zusatzgebühren nach § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO in Rechnung stellten.

[5] Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beschwerdeführers wies der Präsident des OLG mit weitgehend gleicher Begründung zurück. Ergänzend führte er dabei aus, ein Verstoß gegen § 10 Abs. 4 BNotO liege schon dann vor, wenn der Notar in den Räumen seiner überörtlich mit ihm verbundenen Sozietät ständig oder zu bestimmten Zeiten Amtsgeschäfte vornehme und dabei zumindest in gewissem Umfang deren sachliche und personelle Ausstattung nutze. Dies sei vorliegend der Fall gewesen.

[6] Der hierauf vom Beschwerdeführer beim Notarsenat des zuständigen OLG gestellte Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieb ohne Erfolg.

[7] 2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.

[8] Zur Begründung führt er aus, die durch §§ 10, 10a, 11 und 17 BNotO gesetzten Grenzen der Zulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen seien unzutreffend ausgelegt und in einer nicht mehr mit Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbarenden Weise zur Anwendung gebracht worden. Ein Verbot von Auswärtsbeurkundungen innerhalb des notariellen Amtsbereichs sei nach der Rechtsprechung des BVerfG weder den gesetzlichen Regelungen zu entnehmen noch durch Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen. In den angegriffenen Entscheidungen werde ein Verstoß gegen das Verbot der Gebührenunterhebung konstruiert, obwohl die Voraussetzungen für eine Gebührenerhebung überhaupt nicht vorgelegen hätten; weiter werde ihm ein Verstoß gegen das Verbot zur Last gelegt, eine zweite Geschäftsstelle zu errichten, obwohl das OLG in seinem Beschl. v. 25.5.2010 ausdrücklich festgestellt habe, dass er an dem Sitz seiner Sozietät in L nicht die betriebliche Ausstattung eines notariellen Amtssitzes vorhalte. Die Tragweite seines Grundrechts auf freie Berufsausübung werde hierdurch verkannt. Schon die Grundannahme des OLG, er habe den Anschein einer zweiten Geschäftsstelle erweckt, indem er – überhaupt nicht entstandene – Gebühren für Auswärtsbeurkundungen nicht erhoben habe, zeige, dass das OLG versuche, vermeintliche, tatsächlich aber nicht bestehende Lücken der BNotO in einer seine Berufsfreiheit verletzenden Weise zu schließen. Das OLG verstoße nicht nur gegen das Verbot der grundrechtsbeschränkenden richterlichen Rechtsfortbildung, sondern treffe auch eine Berufsausübungsregelung, die nicht durch Gemeinwohlbelange gedeckt sei. Auch der Wettbewerb zwischen den Notaren seines Amtsbereichs werde durch seine Beurkundungspraxis nicht verzerrt, weil er mit den Notaren in seinem Amtsbereich ohnehin in Konkurrenz stehe. Das OLG wende zudem das Kostenrecht contra legem an, wenn es davon ausgehe, dass sich der Anschein einer weiteren Geschäftsstelle daraus ergebe, dass er keine Auswärtsgebühren erhoben habe, die – wie das OLG selbst anerkenne – nach einfachem Recht nicht hätten erhoben werden dürfen. § 17 Abs. 1 BNotO verpflichte die Notare lediglich, entstandene Gebühren zu erheben. Dagegen seien die Notare nicht verpflichtet, Beurkundungen so zu gestalten, dass eine Auswärtsgebühr gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO in jedem Fall entstehe. § 14 Abs. 1, 3 Satz 2 BNotO greife ebenfalls nicht ein. Seine Tätigkeit begründe keinen Anschein der Parteilichkeit oder Abhängigkeit. Einen Anschein verbotenen Verhaltens könne seine Tätigkeit schon deshalb nicht erwecken, weil sein Verhalten nach den gesetzlichen Voraussetzungen des § 58 Abs. 1 KostO rechtmäßig gewesen sei. Auch wettbewerbswidriges Verhalten könne ihm nicht vorgeworfen werden, weil er sich ausschließlich im Wettbewerb mit den Notaren in seinem Amtsbereich betätigt habe und der mit §§ 10 ff. BNotO verfolgte Gemeinwohlbelang keine Beschränkung des Wettbewerbs der Notare innerhalb des eigenen Amtsbereichs rechtfertige.

[9] Seine allgemeine Handlungsfreiheit sei aus den genannten Gründen ebenfalls verletzt. Schließlich verstießen die angegriffenen Hoheitsakte gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG. Sie entbehrten jeder sachlichen Grundlage, nachdem von

einer faktischen zweiten Geschäftsstelle ausgegangen worden sei, obwohl auch nach Auffassung des OLG die hierfür erforderliche organisatorische, technische und betriebliche Einrichtung nicht vorgelegen habe, und weil die Voraussetzungen für die Erhebung einer Auswärtsgebühr gem. § 58 Abs. 1 KostO nicht erfüllt gewesen seien. Willkürlich seien die angegriffenen Entscheidungen i.Ü. auch deshalb, weil die der BNotO zugrunde liegenden Gemeinwohlerwägungen keine weiteren Einschränkungen der Beurkundungstätigkeit innerhalb des dem Notar zugewiesenen Amtsbereichs rechtfertigen könnten.

[10] II. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Für eine Verletzung von Grundrechten ist nichts ersichtlich.

[11] 1. Der Beschwerdeführer ist durch die gegen ihn ergangene Disziplinarverfügung und die sie bestätigenden Entscheidungen nicht in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verletzt. Die angegriffenen Hoheitsakte sind angesichts der maßgeblichen gesetzlichen Regelungen zumindest vertretbar und beruhen nicht auf einer Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der Berufsfreiheit.

[12] a) Die Annahme, der Beschwerdeführer habe ohne Genehmigung eine zweite notarielle Geschäftsstelle in L unterhalten und daher gegen § 10 Abs. 4 Satz 1, 2. HS BNotO verstoßen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Nachdem der Beschwerdeführer in den Jahren 2006 und 2007 jeweils etwa 15 % seiner Beurkundungen an dem Kanzleisitz in L zu den Konditionen einer Beurkundung an seinem Amtssitz vorgenommen hat, sprechen nachvollziehbare Gründe dafür, von der Einrichtung einer weiteren – ungenehmigten – notariellen Geschäftsstelle des Beschwerdeführers in L auszugehen. Dass eine weitere Geschäftsstelle i.S.d. § 10 Abs. 4 Satz 1, 2. HS BNotO nur dann unterhalten wird, wenn eine eigene organisatorische Struktur mit Personal und sächlichen Mitteln geschaffen ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des Gesetzes kommt es hierauf maßgeblich an; entscheidend ist vielmehr, dass durch das Verbot der Errichtung einer weiteren Geschäftsstelle im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege sichergestellt werden soll, dass Notare an ihren Geschäftsstellen am Amtssitz soweit wie möglich für die Rechtssuchenden gleichmäßig zur Verfügung stehen (vgl. BGH, Beschl. v. 17.2.1986 – NotZ 6/85, DNotZ 1987, 49, 51 = LNR 1986, 13445). Hiernach kann sich das Unterhalten einer weiteren notariellen Geschäftsstelle ohne Weiteres auch aus anderen Umständen ergeben.

[13] Dass die Dienstaufsichtsbehörden und das Fachgericht im vorliegenden Fall von solchen Umständen ausgegangen sind, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und mithin auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer hat für seine notarielle Amtstätigkeit nicht nur die Räumlichkeiten einer nicht mit seinem Amtssitz identischen Rechtsanwalts- und Notarkanzlei wiederholt genutzt, sondern insbesondere den Rechtssuchenden solche Auswärtsbeurkundungen auch regelmäßig angeboten. Er hat darüber hinaus diese Beurkundungen zu den Konditionen eines Amtsgeschäfts an der Geschäftsstelle vorgenommen, indem er keine Zusatzgebühren für eine notarielle Tätigkeit außerhalb seiner Ge-

schaftsstelle gem. § 58 Abs. 1 KostO erhoben und vereinnahmt hat. Dabei kommt es nicht maßgeblich darauf an, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer für die außerhalb seiner notariellen Geschäftsstelle vorgenommenen Beurkundungen keine Auswärtsgebühren verlangt hat, ob er also auf die Berechnung entstandener Zusatzgebühren lediglich verzichtete, oder ob diese schon nicht angefallen sind, weil es an der Voraussetzung einer Auswärtsbeurkundung „auf Verlangen“ der Rechtsuchenden (§ 58 Abs. 1 Satz 1 KostO) fehlt, nachdem der Beschwerdeführer die Amtstätigkeit außerhalb seiner Geschäftsstelle von sich aus angeboten hatte. Es genügt vielmehr, dass der Beschwerdeführer regelmäßig selbst in gebührenrechtlicher Hinsicht eine Situation geschaffen hat, die der einer Amtstätigkeit in einer Geschäftsstelle entspricht.

[14] Durch die angegriffenen Entscheidungen wird die Vornahme von Auswärtsbeurkundungen nicht zulasten des Beschwerdeführers entgegen den gesetzlichen Regelungen in §§ 10 ff. BNotO und der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 9.8.2000 – 1 BvR 647/98, *ZNotP 2000, 394* = NJW 2000, 3486 ff.) erschwert. Der gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochenen Disziplinarmaßnahme liegt nicht die Annahme zugrunde, dass Beurkundungen nur in der notariellen Geschäftsstelle vorgenommen werden dürften. Vielmehr haben die Dienstaufsichtsbehörden und das Fachgericht Auswärtsbeurkundungen in den vom Gesetz und der Rechtsprechung des BVerfG gesetzten Grenzen als zulässig erachtet und lediglich mit Blick auf die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 4 BNotO als Dienstvergehen geahndet, dass der Beschwerdeführer die als solche nicht beanstandeten Auswärtsbeurkundungen in einer Weise vornimmt, die dazu führt, dass die Voraussetzungen für das Unterhalten einer weiteren – ungenehmigten – Geschäftsstelle erfüllt sind.

[15] Der – zur Rechtfertigung seiner Beurkundungspraxis vorgebrachte – Einwand des Beschwerdeführers, der vom Gesetz ermöglichte Wettbewerb zwischen den im selben Amtsbereich tätigen Notaren werde durch Auswärtsbeurkundungen nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt (vgl. dazu BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 9.8.2000 – 1 BvR 647/98, *ZNotP 2000, 394* = NJW 2000, 3486 ff.), trifft nur dann zu, wenn die konkurrierenden Notare eine Amtstätigkeit außerhalb ihrer Geschäftsstellen zu den gleichen Konditionen und Rahmenbedingungen vornehmen können. Dies ist insbesondere nicht der Fall, wenn einer der konkurrierenden Notare sich – wie hier der Beschwerdeführer – kostenrechtliche Vorteile durch die Nichterhebung von Auswärtsgebühren verschafft und zudem noch die organisatorischen Vorteile eines auswärtigen Kanzleisitzes nutzt.

[16] b) Die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Disziplinarmaßnahme begegnet auch insoweit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, als von einem Verstoß des Beschwerdeführers gegen die in § 17 Abs. 1 BNotO geregelte Pflicht zur Gebührenerhebung ausgegangen worden ist. Insbesondere wurde hierbei nicht verkannt, dass den Beschwerdeführer tatsächlich keine Pflicht zur Erhebung von Auswärtsgebühren getroffen haben mag und ihm daher kein unmittelbarer Verstoß gegen § 17 Abs. 1 BNotO vorgeworfen werden kann. Die Hoheitsträger haben das Verhalten des Beschwerdeführers vielmehr als nur „mittelbaren“ Verstoß gegen § 17 Abs. 1 BNotO und nur deshalb als pflichtwidriges Verhalten angesehen, weil von ihm durch die regelmäßigen Angebote zu Beurkundungen

außerhalb seiner Geschäftsstelle das Entstehen des Gebührentatbestands des § 58 Abs. 1 KostO systematisch vereitelt worden ist. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

[17] Insbesondere werden mit dem geschilderten Verständnis der Gebührenerhebungspflicht des Notars (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO) Bedeutung und Tragweite der durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit nicht verkannt. Durch die Verpflichtung zur Erhebung der gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren soll namentlich verhindert werden, dass es zu einem Verdrängungswettbewerb unter den Notaren kommt. Die Vorschrift bezweckt somit die Sicherung einer funktionsfähigen Rechtspflege, indem leistungsfähige Notariate und die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen gesichert werden sollen. Sie dient damit einem wichtigen Gemeinwohlbelang (vgl. BVerfGE 117, 163, 182 = *RVGreport 2007, 179*; BVerfGE 122, 190, 206 = *LNR 2008, 28083*). Dieser ist aber auch dann gefährdet, wenn sich ein Notar Wettbewerbsvorteile dadurch verschafft, dass er das Entstehen von Zusatzgebühren systematisch vereitelt und auf diese Weise den Rechtsuchenden seine Amtstätigkeit gegen geringere Kosten anbieten kann.

[18] c) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zudem, dass auch die Annahme weiterer Amtspflichtverletzungen, die dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Beurkundungspraxis zur Last gelegt worden sind, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

[19] 2. Auch für eine Verletzung des Willkürverbots gem. Art. 3 Abs. 1 GG und für eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG ist nach alledem nichts ersichtlich.

[20] Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

[21] Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

### Vorherige Tätigkeit als Gesellschafter und Prokurist einer Rechtsanwalts-GmbH

BNotO § 6 Abs. 2 Nr. 2

#### Leitsatz (amtlich):

**Die Wartefrist nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO ist nicht schon dann gewahrt, wenn der Rechtsanwalt seit mehr als drei Jahren Gesellschafter und Prokurist einer Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ist, die in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich eine Zweigstelle unterhält.**

*BGH, Beschl. v. 21. 2. 2011 – NotZ(Brfg) 6/10*

[1] Ein Zulassungsgrund ist nicht gegeben; insbesondere kann sich der Kläger nicht auf den – allein geltend gemachten – Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO berufen. Das Urteil des OLG begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die vom Kläger angefochtene Auswahlentscheidung erweist sich vielmehr als rechtsfehlerfrei.

[2] Die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO zieht der Senat nicht in Zweifel (vgl. BVerfGE 110, 303, 322 ff.; BVerfG, DNotZ 2003, 375 f.). Der Beklagte hat in seiner Auswahlentscheidung richtig gesehen, dass als Notar „in der Regel“ nur bestellt werden soll, wer die örtliche Wartezeit eingehalten hat. Der Kläger erfüllt die örtliche Wartezeit nicht. Die Stellung als Gesellschafter und die Tätigkeit als Pro-

kurist in einer überörtlichen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, die auch eine Zweigstelle im Amtsbereich des zu besetzenden Notariats hat, schafft für sich genommen nicht schon die mit der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO auch bezweckte örtliche Vertrautheit des Bewerbers mit den Gegebenheiten des entsprechenden Amtsgerichtsbezirks. Dass und ggf. in welchem Umfang der Kläger als Prokurist der Rechtsanwalts-gesellschaft mbH aufgrund eigener Anwaltstätigkeit vor dem AG Münster die notwendigen wirtschaftlichen Grundlagen für das von ihm angestrebte Notariat gelegt hat, ist durch den Vortrag von Tatsachen nicht hinreichend belegt. Die vom Kläger dargelegten Gründe, die ein (völliges) Absehen von der Einhaltung der örtlichen Wartezeit rechtfertigen sollen, hat der Senat geprüft; er hat sie aber nicht für durchgreifend erachtet. Die Entscheidung des Beklagten ist auch insoweit nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat erkannt, dass das Regelerfordernis der Einhaltung der örtlichen Wartezeit der Auswahl unter den geeigneten Bewerbern vorgelagert ist (§ 6 Abs. 3 BNotO). Würde allein die bessere Eignung als solche genügen, um von dem Erfordernis des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BNotO abzusehen, verlöre es seine eigenständige Bedeutung (Senat, Beschl. v. 24.7.2006 – NotZ 13/06, DNotZ 2007, 75, 77 = LNR 2006, 20309).

[3] Die Kostenentscheidung beruht auf § 111d Satz 2 BNotO, § 154 Abs. 2 VWGO. Die Wertfestsetzung ergibt sich aus § 111g Abs. 2 BNotO.

## Vollstreckungsrecht

### Verwertungspflichten aufgrund Sicherungsabrede

BGB § 1191

#### Leitsatz (amtlich):

**Will der Ersteher des Grundstücks eine in der Zwangs- oder Teilungsversteigerung bestehen gebliebene Grundschuld ablösen, ist der Grundschuldgläubiger auf Grund des durch die Sicherungsabrede begründeten Treuhandverhältnisses mit dem persönlichen Schuldner zur Verwertung der Grundschuld in der Weise verpflichtet, dass dieser von der persönlichen Schuld vollständig befreit wird; weitergehende Pflichten zumindest im Hinblick auf zur Zeit der Ablösung nicht valutierte Grundschuldzinsen treffen den Grundschuldgläubiger nicht.**

BGH, Urt. v. 4. 2. 2011 – V ZR 132/10

[1] Den Klägern gehörte ein Grundstück in M. Dieses war zur Sicherung mehrerer Darlehen, welche die Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend einheitlich: Beklagte) an die Kläger ausgereicht hatte, mit 19 Grundschulden über insgesamt 5.317.435 € belastet, die jeweils mit 18 % p.a. zu verzinsen waren. Die den Grundschulden zugrunde liegenden Zweckbestimmungserklärungen lauten auszugsweise wie folgt:

„Zur Sicherung aller Ansprüche der Bank aus diesem Darlehensverhältnis (...) dienen die der Bank am Beleihungsobjekt zu verschaffenden Grundschulden (...) Die Ansprüche auf Rückgewähr dieser Grundschuld sind darauf beschränkt, dass von der Bank ausschließlich die Löschung der Grundschuld verlangt werden kann. Diese Beschränkung gilt nicht, wenn

im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundbesitz durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat (...)

Die Bank ist nicht verpflichtet, bei einem Zwangsvollstreckungsverfahren die Grundschuld mit einem ihre schuldrechtlichen Ansprüche übersteigenden Betrag geltend zu machen. Sie ist berechtigt, ganz oder teilweise auf die Grundschuld oder auf einen an ihre Stelle getretenen Geldbetrag zu verzichten. Dies gilt auch bei einer Verwertung der Grundschuld außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens (...).“

[2] Die Kläger betrieben zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft die Teilungsversteigerung des Grundstücks. Am 22.12.2005 wurde der Ersteherin der Zuschlag erteilt; die zugunsten der Beklagten bestellten Grundschulden blieben bestehen.

[3] Die Beklagte teilte der Ersteherin mit Schreiben v. 6.3.2006 wegen einer geplanten Ablösung der Grundschulden deren Nominalbetrag – ohne Grundschuldzinsen – mit und bat um Überweisung auf das Darlehenskonto der Kläger. Die Zahlung erfolgte am 15.3.2006. Die Beklagte rechnete daraufhin die Darlehen, die zu dieser Zeit noch i.H.v. 5.186.763 € valutierten, ab und zahlte den Mehrerlös an die Kläger aus. Die Grundschulden übertrug sie im Laufe des Rechtsstreits an die Kläger. Der Duldungsanspruch wegen der Zinsen für die Zeit v. 22.12.2005 bis zum 15.3.2006, welche sich nach Berechnung der Kläger auf 220.673 € belaufen, ist Gegenstand eines zwischen den Klägern und der Ersteherin geführten Rechtsstreits, in dem sich die Ersteherin u.a. auf einen ihr gegenüber erklärten Verzicht der Beklagten auf die Grundschuldzinsen beruft.

[4] Die Kläger meinen, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Ersteherin (auch) wegen der nach dem Zuschlag angefallenen dinglichen Zinsen in Anspruch zu nehmen und diese anschließend an sie auszukehren. Das LG hat die auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichtete Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Aus den Gründen:

[5] I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in WM 2010, 1459 veröffentlicht ist, hält den Feststellungsantrag für begründet. Die Beklagte sei aufgrund des durch die Sicherungsabrede begründeten Treuhandverhältnisses verpflichtet gewesen, bei der Verwertung der Grundschulden die Interessen der Kläger wahrzunehmen. Diese Pflicht habe sie verletzt, indem sie es unterlassen habe, die ab Zuschlagserteilung angefallenen Grundschuldzinsen von der Ersteherin zu verlangen. Soweit die Zweckbestimmungserklärungen vorsähen, dass die Beklagte nicht gehalten sei, die Grundschulden mit einem die schuldrechtlichen Ansprüche übersteigenden Betrag geltend zu machen, hielten sie einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klausel sei überraschend und enthalte zudem einen unzulässigen Haftungsausschluss. Der den Klägern entstandene Schaden liege darin, dass die Ersteherin – was für die Feststellungsklage zu unterstellen sei – auf eine entsprechende Aufforderung der Beklagten hin auch die Grundschuldzinsen gezahlt hätte. Dagegen seien die Kläger nunmehr gezwungen, die an sie abgetretenen Zinsansprüche gerichtlich durchzusetzen, was zumindest eine Vermögensgefährdung begründe.

[6] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Revision führt zur Wiederherstellung der Entscheidung des LG. Den Klägern steht kein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB wegen einer unterbliebenen Geltendmachung der Grundschuldzinsen zu.

[7] 1. Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die Beklagte die bei der Bestellung der Grundschulden vereinbarten dinglichen Zinsen (§ 1191 Abs. 2 BGB) beanspruchen konnte, obwohl bereits das Grundschuldkapital zur Tilgung der gegenüber den Klägern bestehenden Darlehensforderungen ausreichend war. Zwar steht dem Grundschuldgläubiger im Verhältnis zum Sicherungsgeber die Grundschuld nur in Höhe der durch diese gesicherten schuldrechtlichen Zahlungsverpflichtung zu. Das schließt jedoch die Geltendmachung des gesamten haftenden Betrags einschließlich der dinglichen Zinsen nicht aus, da die Grundschuld von der ihr zugrunde liegenden persönlichen Forderung unabhängig ist und daher von dem Gläubiger in dem bestellten Umfang verwertet werden kann (Senat, Urt. v. 27.2.1981 – V ZR 9/80, NJW 1981, 1505 f. = *LNR 1981, 12513*; OLG Celle, WM 1985, 1112, 1114; Palandt/*Bassenge*, BGB, 70. Aufl., § 1191 Rn. 32; Soergel/*Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rn. 59; MünchKommBGB/*Eickmann*, 5. Aufl., § 1191 Rn. 150 m.w.N.; a.A. OLG München, ZIP 1980, 974, 975; *Vollkommer*, NJW 1980, 1052, 1053).

[8] 2. Zu Unrecht hält das Berufungsgericht die Beklagte jedoch für verpflichtet, die in der Zeit ab Zuschlagserteilung (§ 56 Satz 2 ZVG) bis zur Ablösung der Grundschulden angefallenen Zinsen von der Ersteherin zu verlangen. Eine derartige Verpflichtung kann dem dem Grundschuldbestellungen jeweils zugrunde liegenden Sicherungsvertrag nicht entnommen werden.

[9] a) Der Senat hat die Frage, ob der Gläubiger einer nicht (mehr) voll valuierten Grundschuld gleichwohl die zur Tilgung der gesicherten Schuld nicht benötigten Grundschuldzinsen zugunsten des Sicherungsgebers geltend machen muss, bislang offengelassen (Urt. v. 27.2.1981 – V ZR 9/80, NJW 1981, 1505, 1506 = *LNR 1981, 12513*). In Rechtsprechung und Schrifttum wird sie vorrangig unter dem Gesichtspunkt einer Pflicht zur vollständigen Anmeldung des Grundpfandrechts in der Zwangsversteigerung erörtert.

[10] Einer Antwort bedarf es auch hier nicht. Denn die Kläger werfen der Beklagten keinen Pflichtverstoß im Zusammenhang mit der (Teilungs-)Versteigerung des Grundbesitzes vor. Der Anspruch wird vielmehr darauf gestützt, dass die Beklagte anlässlich der Ablösung der Grundpfandrechte entgegen dem Inhalt des Sicherungsvertrags von einer Geltendmachung der rückständigen Grundschuldzinsen gegenüber der Ersteherin abgesehen habe.

[11] b) Gegen den Sicherungsvertrag hat die Beklagte nicht verstoßen.

[12] aa) Zwar ist der Grundschuldgläubiger aufgrund des durch die Sicherungsabrede begründeten Treuhandverhältnisses gehalten, bei der Ausübung seiner sich aus der Grundschuld ergebenden Rechte zugleich die Interessen des Sicherungsgebers zu wahren (BGH, Urt. v. 7.5.1987 – IX ZR 198/85, NJW-RR 1987, 1291, 1292 = *LNR 1987, 13137*; Urt. v. 8.12.1988 – III ZR 107/87, NJW 1989, 1732, 1733 = *LNR 1988, 13220*). Das gilt auch für die Ablösung eines gem. § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG in

der Zwangsversteigerung bestehen gebliebenen Grundpfandrechts durch den Ersteher, weil wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf die zugrunde liegende Schuld die Belange des Sicherungsgebers ebenfalls berührt werden.

[13] bb) Dieser Pflicht kommt der Gläubiger aber dadurch nach, dass er für die Verwertung der Grundschuld in der Weise sorgt, dass der Sicherungsgeber von der persönlichen Schuld befreit wird. Er muss deshalb einen zur Tilgung seiner persönlichen Forderung ausreichenden Ablösungsbetrag verlangen und diesen, wenn er gezahlt wird, mit den gesicherten Forderungen verrechnen. Führt die Ablösung – wie hier – zu einer (vollständigen) Befriedigung des Gläubigers, kommt sie zugleich dem Sicherungsgeber zugute. Das von diesem im Rahmen des Sicherungsgeschäfts vorrangig verfolgte Ziel, nämlich die Befreiung von der gegenüber dem Gläubiger bestehenden schuldrechtlichen Zahlungsverpflichtung, ist erreicht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob – was das Berufungsgericht offengelassen hat – die Zahlung auf die Grundschuld oder die gesicherte Forderung erfolgt (vgl. zur Abgrenzung Senat, Urt. v. 28.5.1976 – V ZR 208/75, NJW 1976, 2132, 2133 = *LNR 1976, 12997*; Urt. v. 16.6.1989 – V ZR 85/88, NJW-RR 1989, 1036, 1037 = *LNR 1989, 13423* m.w.N.).

[14] cc) Weitergehende Pflichten zumindest im Hinblick auf zzt. der Ablösung nicht valuierte Grundschuldzinsen ergeben sich aus der treuhänderischen Gebundenheit des Inhabers der Grundschuld nicht.

[15] (1) Denn die Zinsen hätten den Klägern auch dann nicht zugestanden, wenn diese vor der Teilungsversteigerung des Grundstücks die Grundschulden selbst abgelöst hätten. Dabei kann offenbleiben, ob sich die für diesen Fall in den Zweckbestimmungserklärungen vorgesehene Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung der Grundpfandrechte als wirksam erweist (bejahend etwa *Erman/Wenzel*, BGB, § 1191 Rn. 63; *Gaberdiel/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl., Rn. 756 f.; a.A. MünchKommBGB/*Eickmann*, a.a.O., § 1191 Rn. 131; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2009, Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 157; differenzierend *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rn. 579). Denn selbst wenn dies zu verneinen wäre, hätte den Klägern zwar ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld zugestanden. Diese hätte aber nach der – gem. § 1192 Abs. 1 BGB auch auf die Grundschuld anwendbaren (vgl. Senat, Urt. v. 29.6.1965 – V ZR 83/63, WM 1965, 1197, 1198 = *LNR 1965, 12197*) – Vorschrift in § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB zu einem Erlöschen des dinglichen Zinsanspruchs geführt. Ein sachlicher Grund dafür, weshalb der Rückgewähranspruch durch den aufgrund der Teilungsversteigerung eingetretenen Eigentumsverlust eine Ausweitung erfahren soll, ist nicht gegeben.

[16] (2) Dem Interesse des Sicherungsgebers an einer Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger könnte die Geltendmachung eines zur Tilgung der Schuld nicht benötigten Zinsanspruchs sogar zuwiderlaufen. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der die Ablösung betreibende Ersteher angesichts einer solchen Forderung – etwa weil die Grundschuldzinsen in seinem eigenen Finanzierungsplan nicht berücksichtigt sind – von der Ablösung Abstand nimmt. Das gilt insbesondere dann, wenn in der Zeit nach Zuschlagserteilung bereits ein erheblicher Zinsbetrag (hier nach der Berechnung der Kläger 220.673 €) aufgelaufen ist. Ein Scheitern der Ablösung wirkte sich indes unmittelbar nachteilig für den Si-

cherungsgeber aus, zumal bei einer (erneuten) Verwertung des Grundstücks in der Zwangsversteigerung ein auch die Grundschuldzinsen umfassender Übererlös vielfach nicht zu erwarten sein wird.

[17] (3) Ohne Bedeutung bleibt, dass die Ersteherin das Grundschuldkapital innerhalb der von der Beklagten gesetzten Frist vollständig gezahlt hat. Denn die Frage, ob sie zusätzlich die dinglichen Zinsen gezahlt hätte und deren Geltendmachung daher im Interesse der Kläger liegt, stellte sich nicht nach, sondern vor der Ablösung der Grundschulden. Zu diesem Zeitpunkt war das Zahlungsverhalten der Ersteherin jedoch noch nicht absehbar. Dass diese nach dem Ausgleich des zunächst mitgeteilten Ablösungsbetrags auf eine die Zinsen betreffende Nachforderung eingegangen wäre, wie es das Berufungsgericht unterstellt hat, wird von den Klägern nicht behauptet.

[18] (4) Auch der Umstand, dass der Ersteher den Gläubiger bei einer Ablösung in der vollen Höhe der Grundschuld zu befriedigen hat (§ 266 BGB; vgl. Senat, Beschl. v. 28.9.1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372, 379 = *LNR 1989, 13723*; BGH, Urt. v. 11.5.2005 – IV ZR 279/04, NJW 2005, 2398 = *ZNotP 2005, 388*), führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar unterfallen die Grundschuldzinsen als Bestandteil des dinglichen Rechts dem Teilleistungsverbot. Daraus kann der Sicherungsgeber aber schon deshalb nichts für sich herleiten, weil § 266 BGB ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Ersteher betrifft. Zudem hindert die Vorschrift den Gläubiger nicht daran, sich mit einer Zahlung nur des Grundschuldkapitals zufriedenzugeben. Denn sie betrifft nur Teilleistungen des Schuldners und steht der Annahme einer solchen Leistung durch den Gläubiger nicht entgegen (Senat, a.a.O.). Dass in der zwischen der Beklagten und der Ersteherin bestehenden rechtlichen Beziehung besondere Umstände begründet sind, die die Beklagte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausnahmsweise verpflichtet erscheinen ließen, eine auf das Grundschuldkapital beschränkte Leistung abzulehnen (vgl. Senat, Urt. v. 11.11.1977 – V ZR 235/74, WM 1978, 192, 193 = *LNR 1977, 12821*), ist nicht ersichtlich.

[19] dd) Die Beklagte war schließlich deshalb nicht verpflichtet, die Grundschuldzinsen gegenüber der Ersteherin geltend zu machen, weil es insoweit an einem Zahlungsanspruch fehlt und der Zinsanspruch auch nicht auf eine andere, für die Beklagte zumutbare Weise durchgesetzt werden kann.

[20] (1) Die Grundschuld verleiht dem Inhaber nur das Recht, aus dem belasteten Grundstück Befriedigung zu suchen (BGH, Urt. v. 14.7.1952 – IV ZR 28/52, BGHZ 7, 123, 126 = *LNR 1952, 10102*). Ein Anspruch auf Ablösung der Grundschuld besteht für ihn nicht. Erst recht kann er den Ersteher nicht auf Zahlung eines bestimmten Ablösungsbetrags in Anspruch nehmen. Die Übernahme einer dahingehenden Verpflichtung in dem Sicherungsvertrag wäre letztlich auf eine unmögliche Leistung (§ 275 Abs. 1 BGB) gerichtet.

[21] (2) Der Gläubiger könnte daher die nach der Zuschlagerteilung angefallenen dinglichen Zinsen allenfalls im Wege einer hierauf beschränkten Vollstreckung in das Grundstück geltend machen. Ein solches Vorgehen wäre für ihn indes nicht zumutbar. Denn seine Pflicht zur Wahrung der Interessen des Sicherungsgebers findet dort ihre Grenze, wo eigene schutzwürdige Belange entgegenstehen (vgl. BGH, Urt. v. 5.5.1999 – XI ZR 280/98, NJW 2000, 352, 353 = *LNR 1999, 16227 m.w.N.*). Das schließt die Verpflichtung zur Durchführung eines Versteigerungsverfahrens, welches ausschließlich der Erzielung eines an den Sicherungsgeber auszukehrenden Übererlöses diene, aus.

[22] c) Nach alledem kommt es auf die Wirksamkeit der Bestimmung in der Sicherungsabrede, nach der die Beklagte die Grundschuld nicht in einem ihre schuldrechtlichen Ansprüche übersteigenden Umfang geltend machen muss, nicht an (vgl. dazu *van Bevern*, BKR 2010, 453, 456 f.).

[23] 3. Dass die Beklagte die Grundschulden erst später als 3 Jahre nach der Ablösung des Grundschuldkapitals an die Klägerin übertragen hat, begründet entgegen deren Auffassung ebenfalls keinen Schadensersatzanspruch. Es ist weder festgestellt noch ersichtlich, welcher Schaden den Klägern dadurch entstanden ist.

[24] 4. Dass die Beklagte – worauf sich die Kläger ebenfalls berufen – gegenüber der Ersteherin auf die Geltendmachung der dinglichen Zinsen verzichtet haben soll, begründet allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) im Hinblick darauf, dass die Kläger gegen die Ersteherin im Vertrauen auf den Bestand der Zinsforderung Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen wollen, einen Schadensersatzanspruch. Für eine solche Schädigung ist jedoch nichts ersichtlich.

[25] III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

## ZNotP-Kostenecke

### Entscheidungen zum Kostenrecht

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

#### Geschäftswert für die Beurkundung des im Rahmen einer beabsichtigten Scheidung abgeschlossenen Ehevertrags

Betrifft ein im Rahmen einer beabsichtigten Scheidung abgeschlossener Ehevertrag die Änderung des Güterstandes, so bestimmt sich insoweit der Geschäftswert der Be-

urkundung nach dem Reinvermögen der Eheleute. Die in derselben Urkunde enthaltenen weiteren Vereinbarungen über den Unterhalt, das Sorge- und Umgangsrecht sowie

**die Erb- und Pflichtteilsrechte sind gegenstandsverschieden i.S.d. § 44 Abs. 2a KostO und führen zu einer Erhöhung des Geschäftswertes.**

*OLG Köln, Beschl. v. 29. 3. 2011 – 2 Wx 63/11*

**Sachverhalt:**

Der am Verfahren beteiligte Notar beurkundete einen Vertrag, in dem die Beteiligten im Hinblick auf eine beabsichtigte Scheidung ihrer Ehe zur endgültigen und abschließenden Abgeltung der gegenseitigen vermögensrechtlichen Ansprüche die Gütertrennung vereinbarten, den Kindesunterhalt, das Sorgerecht/Umgangsrecht, den Ehegattenunterhalt, das Erb- und Pflichtteilsrecht sowie den Hausrat regelten.

Für die Beurkundung berechnete der Notar den beteiligten Ehegatten einen Betrag von jeweils 2.946,14 €. Hierbei legte er seiner Kostenberechnung einen Geschäftswert von insgesamt 1.593.000 € (Gütertrennung 1,2 Mio. €, Kindesunterhalt 90.000 €, Umgangs- und Sorgerecht 3.000 €, Ehegattenunterhalt 84.000 € und 36.000 €, Erbverzicht 10 % aus 300.000 € = 30.000 €, Pflichtteilsverzicht 150.000 €) zugrunde.

Die Beteiligten haben die Kostenberechnungen angegriffen und hierbei die Auffassung vertreten, der Notar habe den Geschäftswert zu hoch angesetzt. Sie haben die Wertansätze für die Beurkundung der Gütertrennung, des Kindes- und Ehegattenunterhalts sowie für den Erb- und Pflichtteilsverzicht angegriffen mit der Argumentation, ihr Verfahrensbevollmächtigter habe im Rahmen seiner Tätigkeit seiner Honorarrechnung lediglich einen Gegenstandswert von 136.000 € zugrunde gelegt.

Das LG hat die Einwendungen zurückgewiesen. Hiergegen haben die Kostenschuldner Beschwerde erhoben, mit der sie im Wesentlichen ihre bisherigen Einwendungen aufrechterhalten.

**Entscheidung:**

Zunächst stellt der 2. ZS des OLG Köln fest, dass für das gesamte Verfahren das ab 1.9.2009 geltende Recht anzuwenden ist, da das Verfahren nach dem Stichtag, dem 1.9.2009, eingeleitet worden ist. Das Rechtsmittel hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Der Geschäftswert für die Beurkundung der in Nr. I. des notariellen Vertrags zwischen den beteiligten Ehegatten vereinbarten Gütertrennung ist auf jeden Fall nicht zu ihrem Nachteil fehlerhaft angesetzt. Wie Eheverträge zu bewerten sind, ist in § 39 Abs. 3 KostO geregelt. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach dem zusammengerechneten Wert der gegenwärtigen Vermögen beider Ehegatten. Damit erfasst die Beurkundung der Vereinbarung über die Gütertrennung grds. kostenrechtlich das Gesamtvermögen. Hiervon macht das Gesetz nur Ausnahmen hinsichtlich der Möglichkeit des Schuldenabzugs (Satz 2); zudem kommt eine Reduzierung des Geschäftswerts in Betracht, wenn der Ehevertrag nur das Vermögen eines Ehegatten betrifft (Satz 1, 2. Alt.) oder ausschließlich bestimmte Gegenstände betroffen sind (Satz 3). Keiner dieser Fälle ist vorliegend gegeben, sodass sich der Geschäftswert hier nach § 39 Abs. 3 Satz 1 KostO bestimmt (vgl. auch BayObLGZ 1985, 4; OLG Karlsruhe/Freiburg, FGPrax 2008, 271).

Im hier entschiedenen Fall kann für die Bewertung des Geschäftswerts nicht auf § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO zurückgegriffen werden. Denn der streitbefangene Ehevertrag betrifft ent-

gegen der unzutreffenden Auffassung der Beschwerdeführer nicht nur einen bestimmten Gegenstand. Es geht nicht um eine auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkte Abwandlung eines bereits bestehenden Güterstands. Vielmehr haben die Eheleute in der notariellen Urkunde umfassend einen der im BGB geregelten Güterstände ohne Einschränkung aufgehoben und einen anderen Güterstand vereinbart. Auch die im Vorfeld durchgeführte Mediation führt zu keinem anderen Ergebnis. Der in der Urkunde enthaltene Verweis hat lediglich eine deklaratorische Bedeutung. Mit der hier betroffenen Urkunde wurde erstmals konstitutiv entsprechend der Regelung in den §§ 1408, 1410 BGB eine Vereinbarung über den Güterstand getroffen. Die Möglichkeit, entsprechende güterrechtliche Regelungen im Rahmen einer Mediation mithilfe eines Mediators zu treffen, ist demgegenüber den Vorschriften des BGB fremd. Vielmehr führt der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Nichtigkeit, nach Maßgabe des § 139 BGB auch zur Nichtigkeit der damit verbundenen weiteren Regelungen (vgl. Palandt/*Brudermüller*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1410 Rn. 1).

Die von den Beschwerdeführern vertretene Vorstellung, bei der Bestimmung des Geschäftswerts seien neben den in der KostO geregelten Bemessungskriterien auch andere Gesichtspunkte heranzuziehen, geht fehl. Unzutreffend ist auch der von den Kostenschuldnern erhobene Einwand, „es gehe darum, dass Schamgrenzen mit der Kostenberechnung im Hinblick auf Arbeitsaufwand überschritten worden sind.“ Insoweit läge ein grundlegendes Fehlverständnis der Beschwerdeführer bzw. ihrer Verfahrensbevollmächtigten hinsichtlich des in der KostO enthaltenen Gebührensystems vor. Gleiches gilt für die in dem landgerichtlichen Verfahren geäußerte Vorstellung, „die Gegenstandswerte ... seien an den Messlatten der §§ 242 und 138 BGB zu prüfen.“

Der Gesetzgeber hat die Notargebühren für die Beurkundung eines Ehevertrags weder von dem mit der Beurkundung verbundenen tatsächlichen Arbeitsaufwand des Notars noch von der Schwierigkeit der notariellen Tätigkeit abhängig gemacht. Daher ist es für die Höhe der mit der notariellen Tätigkeit verbundenen Gebühr ohne Belang, ob die Urkundsbeteiligten – wie hier geschehen – bereits einen Vertragsentwurf bzw. „Eckdaten für eine notarielle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung“ dem Notar mit der Bitte vorzulegen, diese Unterlagen in eine notarielle Urkunde umzusetzen, oder ob der Notar anhand der von ihm ermittelten Vorstellungen der Urkundsbeteiligten einen Vertrag entwirft und anschließend beurkundet. Für die Höhe der anfallenden Gebühren ist es unerheblich, ob die in einer notariellen Urkunde enthaltene Regelung nur für eine kurze Zeit – hier im Hinblick auf die beabsichtigte Scheidung der Eheleute – von Bedeutung ist. Dieses Kriterium findet in der KostO keine Berücksichtigung.

Die nach der KostO anfallenden Gebühren unterliegen auch keiner Überprüfung anhand der §§ 138, 242 BGB. Die Gebühren für einen Ehevertrag orientieren sich vielmehr an den in § 39 Abs. 3 KostO niedergelegten Kriterien. Insoweit gilt für das Wertgebührensysteem der KostO das Prinzip der Mischkalkulation, in dem Vorgänge mit niedrigen Geschäftswerten regelmäßig nicht kostendeckende Gebühren auslösen und durch die Gebühren für Vorgänge mit hohen Geschäftswerten quer subventioniert werden. Hierdurch soll für finanziell schwächere Bevölkerungskreise der kostengünstige Zugang zu hoch qualifizierten Leistungen der vorsorgenden Rechtspflege sicherge-

stellt werden (vgl. Korintenberg/Reimann, KostO, 18. Aufl. 2010, Einf. Rn. 28).

Der Senat stellt fest, dass der Geschäftswert im vorliegenden Fall für die Vereinbarung der Gütertrennung mit 1,2 Mio. € nicht überhöht sei; es handele sich um das Mindestvermögen. Weiter stelle der Senat fest, dass die in der Urkunde über die Gütertrennung aufgenommenen Regelungen betreffend den Kindesunterhalt, das Sorgerecht/Umgangsrecht, den Ehegattenunterhalt sowie die Erb- und Pflichtteilsverzichte jeweils gegenstandsverschieden i.S.v. § 44 Abs. 2a KostO zur Gütertrennung sind. Zwar verwende die Kautelarpraxis den Begriff „Ehevertrag“ oftmals in dem Sinne, dass darunter alle ehebezogenen familienrechtlichen Vereinbarungen von Ehegatten zur Regelung der allgemeinen Ehwirkungen, des ehelichen Güterrechts und der Scheidungsfolgen fallen. Indes orientiert sich der in § 39 Abs. 3 Satz 1 KostO verwendete Begriff des Ehevertrags an der Regelung in den §§ 1408 ff. BGB. Der Ehevertrag im Sinne des BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass die Eheleute in der Form notarieller Beurkundung anstelle des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft die Wahlgüterstände der Gütertrennung oder der Gütergemeinschaft vereinbaren oder innerhalb der einzelnen Güterstände vertragliche Modifikationen vornehmen können. Für Verträge, die entsprechende Regelungen enthalten, bestimmt sich der Geschäftswert nach § 39 Abs. 3 KostO (OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.6.2005 – 20 W 328/01, LNR 2005, 21319). Soweit die Eheleute, wie hier, in der notariellen Urkunde zusätzliche Regelungen aufgenommen haben, ist dies bei der Geschäftswertbemessung zusätzlich zu berücksichtigen. Insoweit handelt es sich bei den weiteren Regelungsgegenständen nicht um solche zur Abänderung des Güterstands. Vielmehr betreffen die weiteren Regelungen, nämlich der Unterhalt, das Sorgerecht sowie der Erb- und Pflichtteilsverzicht unabhängig vom Bestehen eines bestimmten Güterstands, weitere eigenständige Gegenstände im Sinne der KostO.

Hinsichtlich der von dem Notar für die einzelnen Regelungsgegenstände in Ansatz gebrachten Werte wurden seitens der Beschwerde keine Einwendungen mehr erhoben.

Auch eine unrichtige Sachbehandlung liegt nicht vor, da die Beschwerdeführer anwaltlich vertreten waren und die Vereinbarung der Gütertrennung ausdrücklich gewünscht war. Unter diesem Gesichtspunkt bestand für den Notar auch keine Hinweispflicht auf die gesetzlich entstehenden Kosten.

#### Anmerkung:

Dem OLG Köln ist im vollen Umfang zuzustimmen.

Zunächst verweist der 2. ZS darauf, dass sich der Geschäftswert für einen Ehevertrag allein nach § 39 Abs. 3 KostO bestimmt. Das bedeutet, dass auch dann das gegenwärtige Reinvermögen der Ehegatten als Geschäftswert maßgebend ist, wenn der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aufgehoben wird und die Ehegatten Gütertrennung vereinbaren (so auch Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., § 39 Rn. 109a, 109b; Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., Stichwort „Ehevertrag“ Nr. 1.2b); Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. 2010, Rn. 294; OLG Hamm, JurBüro 1979, 88; BayObLG, JurBüro 1985, 753 = MittBayNot 1985, 50; Bay ObLG, MittBayNot 1988, 215; OLG Karlsruhe, FGPrax 2008, 271; a.A. Rohs/Wedewer/Rohs, KostO, 2. Aufl., § 39 Rn. 40 mit Hinweis auf Lappe, JVB1. 1960, 197 ff.; Rohs, Rpfleger 1959, 70). Zutreffend argumentiert der Senat, dass § 39 Abs. 3 KostO nur für die Fälle Ausnahmen regelt, wenn der Ehevertrag entweder nur das Vermögen eines Ehegatten betrifft (§ 39 Abs. 3 Satz 1, letzter HS KostO; dann Geschäftswert nur dessen Vermögen) oder nur bestimmte Gegenstände betroffen sind (§ 39 Abs. 3 Satz 3 KostO, dann nur der Wert des betroffenen Gegenstands). Für alle anderen Güterstandsvereinbarungen gilt das Reinvermögen. § 30 Abs. 1 KostO kann nur dann einschlägig sein, wenn ein Güterstand nicht aufgehoben, sondern nur modifiziert wird, wie das bei der Zugewinnngemeinschaft nicht selten der Fall ist (s. hierzu Streifzug durch die KostO, a.a.O., Rn. 317 ff.).

Darüber hinaus vertritt das Gericht die ebenfalls zutreffende Auffassung, dass sich der Begriff „Ehevertrag“ i.S.v. § 39 Abs. 3 KostO auf die Güterstandsvereinbarung beschränkt und weitere damit verbundene ehe- und familienrechtliche Vereinbarungen, wie z.B. Unterhaltsvereinbarungen der Ehegatten und/oder zugunsten der Kinder, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, Sorgerechtserklärungen usw. und auch Erb- und Pflichtteilsverzichte einen eigenen Gegenstand gem. § 44 Abs. 2a KostO betreffen. Dies entspricht schon der bisherigen h.M. (vgl. Streifzug durch die KostO, a.a.O., Rn. 359 ff. m.w.N.).

Ob die Einzelwerte, die zu dem Gesamtwert von 1.593.000 € geführt haben, zutreffend sind, musste vom Gericht nicht geprüft werden. Die Einzelwerte wurden von den Beschwerdeführern nicht konkret angegriffen.

## ZNotP-Fragezeichen

1. a) Nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Tiefgarage nicht Bestandteil des belasteten Grundstücks, da sie in Ausübung eines Rechts mit dem herrschenden Grundstück verbunden wurde.
2. b) Nach § 2121 Abs. 1 BGB hat der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben ein Verzeichnis der zur Erbschaft

gehörenden Gegenstände mitzuteilen. Dieses Auskunftsrecht besteht nur einmal. Weitere Auskunftsrechte bestehen nach § 2127 BGB für den Nacherben nur dann, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt.