

## Die Insolvenz des Bauträgers aus bevorzugt notarieller Sicht

Von Diplom-Rechtspfleger (FH) *Harald Wudy*, Leipzig<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Der Kauf vom Bauträger ist längst zu einem Vertragstyp mit großer wirtschaftlicher Bedeutung geworden. In der notariellen Praxis – zumindest in den größeren Städten – nimmt er einen bedeutenden Teil des Alltagsgeschäfts ein. Seine Abwicklung verläuft problemlos, solange es nicht zu einem Steckenbleiben des Bauvorhabens kommt. Stockt das Bauvorhaben und stellen die Handwerker ihre Arbeiten ein, bedeutet dies meist den Anfang vom Ende des Bauträgers.

Das Risiko einer Insolvenz des Bauträgers vor vollständiger Vertragserfüllung ist nicht gering. Ein Käufer muss wissen, was ihm in den verschiedenen Krisenstadien des Bauträgers zustoßen kann, um gegebenenfalls die richtigen rechtlichen und wirtschaftlichen Maßnahmen zügig ergreifen zu können. Der Notar wiederum bedarf einer umfassenden Kenntnis aller denkbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen, um zum einen den Vertrag entsprechend gestalten und abwickeln und zum anderen auch seiner Aufklärungspflicht nach § 17 BeurkG gerecht werden zu können.

Um die Darstellung nicht zu überfrachten, wird nachstehend nur von dem „klassischen“ Bauträgervertrag ausgegangen, wonach sowohl das Grundstück als auch das Bauwerk vom Bauträger aus einer Hand geliefert werden<sup>2</sup>. Nicht berücksichtigt werden somit die verschiedenen Bauträger- und Bauherrenmodelle.

Die nachstehenden Ausführungen sind zwar für den Geltungsbereich der Insolvenzordnung (InsO) gedacht, können aber zum Großteil auch auf Insolvenzen übertragen werden, die noch nach Maßgabe der Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsordnung abzuwickeln sind<sup>3</sup>. Der größte Teil der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ohnehin während des Geltungsbereichs der Konkursordnung ergangen und muss nun auf die entsprechenden Vorschriften der Insolvenzordnung übertragen werden.

Die Risiken beim Kauf vom Bauträger zeigen sich hauptsächlich und vornehmlich im Falle des steckengebliebenen Bauvorhabens. Dabei ist es wirtschaftlich, nicht jedoch rechtlich, zunächst gleichgültig, ob die Insolvenz des Bauträgers in ein förmlich eröffnetes Insolvenzverfahren mündet oder ob ein solches Verfahren mangels Masse gar nicht erst eröffnet wird. In jedem Fall ist der Bauträger aus eigenem wirtschaftlichen Vermögen nicht mehr in der Lage, seinen Bauverpflichtungen weiter nachzukommen.

Um es gleich vorwegzunehmen: Die Probleme, die bei einem unvollendeten Bauvorhaben auftauchen, sind nicht standardisiert lösbar. Ein Patentrezept für die Abwicklung von Bauvorhaben, die wegen Insolvenz des Bauträgers steckengeblieben sind, gibt es nicht; jeder Fall läuft in der Praxis anders. In jedem Einzelfall muss unter kaufmännischen Gesichtspunkten eine wirtschaftlich vernünftige Lösung gesucht werden, die in keinem Gesetzbuch steht<sup>4</sup>. Jede unter Berücksichtigung des

<sup>1</sup> Für die Durchsicht des Manuskripts und die vielen wertvollen Hinweise bedanke ich mich sehr herzlich bei Herrn Notar *Dr. Hans-Günter Arimond* in Leipzig.

<sup>2</sup> Vollständige Vertragsmuster hierzu siehe: *F. Schmidt*, in: *Bärman/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1997 mit Ergänzungslfg. Stand 1998, Teil G, S. 1073 ff; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, S. 304 ff; *Schippel*, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 1998, III.B.4; *Blank*, Bauträgervertrag, 2000, mit zahlreichen Mustern zu allen denkbaren Fallgestaltungen; *Bolz*, in: *Bolz/Krauß*, Notarielle Urkunden im Grundstücksrecht, 1997, S. 108 ff; *Brandmüller jun.*, in: *Brandmüller/Brandmüller*, Vertrags- und Formularbuch, Stand 1999, Band 1 Fach 2 C I Ziffer 5; *Götte*, in: *Grässlin*, Text- und Diktathandbuch für das Notariat, 1985, Kapitel 4 Kennbuchstabe B; *von Buttlar/Schmidt*, in: *Heidel/Pauly/Amend*, AnwaltFormulare, 2. Aufl. 2000, S. 379 Rdnr. 49; *Heussen*, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 1997, S. 457; *Wagner*, in: *von Heymann/Wagner/Rösler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Muster 1 S. 157 ff; *Kehrer/Bühler*, Notar und Grundbuch, Stand 1991, § 6 C II Form. 2; *Keim*, Immobilienverträge, Stand 1989, Abschnitt 5; *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, Formu-

larbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, § 37; *Holland*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Abschnitt 2, Muster 25, S. 313 ff; *Krauß*, in: *Limmer/Krauß*, Vertragsmusterhandbuch für die Rechtspraxis, Stand 1998, Teil 7 Abschnitt I Ziffer 5; *F. Schmidt*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4 Bürgerliches Recht, 1. HB, 4. Aufl. 1999, Ziffer 30 bis 32; *Blank*, in: *Reithmann/Blank/Rinck*, Notarpraxis, 2. Aufl. 2000, Muster 2, S. 616 ff.; *Keim*, in: *Rollmann*, Der Immobilienkauf, 1997, S. 389 ff; *Maaß*, in: *Usinger*, Immobilien-Recht und Steuern, 2. Aufl. 1999; S. 1457; *Götte*, in: *Wurm/Wagner/Zartmann*, Das Rechtsformularbuch, 14. Aufl. 1998, 38q.

<sup>3</sup> Für bis zum 31.12.1998 beantragte Verfahren gelten weiterhin die Konkurs-Vergleichs- oder Gesamtvollstreckungsordnung (Art. 103 EGIInsO). Für ab dem 1.1.1999 beantragte Verfahren gilt für die alten und neuen Bundesländer einheitlich die Insolvenzordnung (Art. 104 EGIInsO).

<sup>4</sup> So wörtlich *Benz*, in: Die Bauträger und ihre Verträge, 1979, im Diskussionsbeitrag zum Referat *Bucher*, S.187. Nach *Röll* (WE 1997, 94/95) gibt es deshalb so wenig Gerichtsentscheidungen zum steckengebliebenen Bau, weil in der Praxis immer auf pragmatische Art eine Lösung gefunden wird.

Einzelalles zu findende Lösung wird sich jedoch in einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen bewegen müssen. Das Ziel dieses Überblicks soll es daher sein, die rechtlichen Vorgaben näher in Augenschein zu nehmen, um darauf eine maßgeschneiderte wirtschaftliche Lösung aufbauen zu können.

## II. Sicherungsmechanismen der Makler- und Bauträgerverordnung versus Sicherungsbedürfnis des Käufers

### 1. Worst case

Wollte man einem Käufer schlagwortartig erläutern, wie sich ein wirtschaftliches Unvermögen des Bauträgers zur vollständigen Bauerrichtung für ihn auswirken könnte, so wird man ihm klarmachen müssen, dass im schlimmsten Fall, je nach vereinbartem Sicherungssystem, seine bis dorthin geleisteten Zahlungen lediglich dergestalt gesichert sind, dass er deren Rückzahlung oder aber die lastenfreie<sup>5</sup> Übereignung des Grundbesitzes nebst Bautorso<sup>6</sup> verlangen kann. Die Kenntnis um diesen Allgemeinplatz genügt jedoch bei weitem nicht, um den in der Praxis auftretenden Einzelproblemen Herr werden zu können. Es wird auch zu prüfen sein, ob die üblichen Kautelen eines Bauträgervertrages<sup>7</sup> dem Käufer wirklich als Mindestziel die Übereignung des Grundbesitzes nebst unvollendetem Bauwerk gegen Zahlung des dafür äquivalenten Entgeltes garantieren.

### 2. Die beiden alternativen Sicherungssysteme nach der Makler- und Bauträgerverordnung

Die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) bietet zwei grundsätzlich verschiedene Sicherungssysteme an:

- Zahlung nach Baufortschritt, § 3 MaBV (Bautenstandssicherung),
- Zahlung gegen Bürgschaft, § 7 MaBV (Bürgschaftssicherung).

Jede der beiden Varianten hat ihre Vor- und Nachteile. Während die Bürgschaftssicherung die Rückzahlungsansprüche des Käufers bei Nichtvollzug des Vertrages sichert, ist die Bautenstandssicherung auf die partielle Durchführung des Vertrags gerichtet, wonach der Käufer als Gegenleistung für seine geleisteten Zahlungen die Übereignung des Grundbesitzes nebst Bauwerk im Istzustand verlangen kann<sup>8</sup>. Hat der Käufer das Gebäude bereits bezogen oder/und umfangreiche Eigenleistungen erbracht, so ist er mit der Rückzahlung seiner bisherigen Gelder, die etwaige Eigenleistungen nicht einschließt, schlecht bedient. Umgekehrt kann es bei noch geringem Baufortschritt für den Käufer wesentlich günstiger sein, wenn er seine bisherigen Zahlungen zurückerhält. Er kann sich dann nach einem neuen Objekt umsehen, anstatt den Bautorso als neuer Bauherr selbst fertigstellen zu müssen<sup>9</sup>.

Das durch die §§ 3, 7 MaBV an den Bauträger gerichtete gewerberechtliche Gebot, Gelder des Käufers nur bei Einhal-

<sup>5</sup> Ausgenommen natürlich die Belastungen, die vom Käufer vertragsgemäß übernommen worden sind und damit keinen Rechtsmangel im Sinne von § 434 BGB darstellen.

<sup>6</sup> Als wesentlicher Bestandteil des Grundbesitzes gemäß §§ 93, 94, 946 BGB.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu die in Fn. 2 bezeichneten Vertragsmuster.

<sup>8</sup> Vgl. *Volmer*, ZfIR 1999, 493 (497) m.w.N.

<sup>9</sup> Bei erworbenem Wohnungseigentum sogar noch in einer Schicksalsgemeinschaft mit den anderen Erwerbern. Vgl. nachfolgend Abschnitt VII.

tung der dort bestimmten Voraussetzungen entgegenzunehmen, wird zivilrechtlich im Bauträgervertrag durch entsprechende Fälligkeitgestaltung umgesetzt<sup>10</sup>. Die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV (Rechtswirksamkeit des Vertrags, Vorliegen der zum Vollzug erforderlichen Genehmigungen, im Grundbuch eingetragene Eigentumsvormerkung, gesicherte Lastenfreistellung und Baugenehmigung bzw. entsprechendes Substitut) schaffen die Grundsicherung für den Erwerb des Grundbesitzes und entsprechen den üblichen Kautelen bei herkömmlichen Grundstückskaufverträgen<sup>11</sup>. Gerade die noch zu erbringende Bauleistung stellt jedoch den wesentlichen Unterschied zu einem herkömmlichen Grundstückskaufvertrag dar und erfordert weitere Sicherungen, denen § 3 Abs. 2 MaBV durch Zahlungen nach Baufortschritt Rechnung zu tragen versucht.

### 3. Vergleich Makler- und Bauträgerverordnung/ BGB-Werkvertragsrecht

Für die Zeit vor dem 1.5.2000 konnte man zu Recht davon ausgehen, dass die §§ 3, 7 MaBV allein den Verkäufer begünstigen, da nach den Bestimmungen der §§ 320, 641 BGB i.V.m. §§ 9, 24 a AGBG der Käufer erst zahlen musste, wenn der Verkäufer das Bauwerk schlüsselfertig und im Wesentlichen mangelfrei errichtet hatte<sup>12</sup>. Seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen<sup>13</sup> zum 1.5.2000 und der Einfügung des § 632a in das BGB wird sich diese Einschätzung nicht mehr aufrecht erhalten lassen, da nunmehr Abschlagszahlungen für abgeschlossene Gewerke eines Bauvorhabens auch im Lichte des § 9 AGBG als zum gesetzlichen Leitbild des Vertrags gehörig anzusehen sein werden<sup>14</sup>.

### 4. Wirtschaftliche Hintergründe

Im Bauträgervertrag werden die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen, die ein Bauträgergeschäft erst ermöglichen: Der Bauträger kann in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, jedoch mit fremdem Geld, ein Bauvorhaben verwirklichen. Die wirtschaftlichen Gründe für diese Art der Bauherstellung sind darin zu sehen, dass es zum einen die Kapitalausstattung der Bauträger in Deutschland dem Bauträger nur ausnahmsweise ermöglicht, den Grundstücksankauf und die Bauerrichtung aus Eigenmitteln zu bestreiten<sup>15</sup>, und zum anderen darin, eine schnellere Rückführung des vom Bauträger regelmäßig aufzunehmenden Zwischenkredits zu erreichen und damit auch dem Käufer erst den so vergünstigten Erwerb zu ermöglichen<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Nach *Volmer* (ZfIR 1999, 493) wirkt sich das öffentlich-rechtliche Verbot, Zahlungen entgegenzunehmen, über § 271 Abs. 1 BGB im Zivilrecht als Fälligkeitsvoraussetzung aus.

<sup>11</sup> *Reithmann* (in: Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, S. 513/516) weist darauf hin, dass die in der Notariatspraxis für den Grundstückskauf entwickelten Sicherungsmittel (Auflassungsvormerkung, Freigabe und Freigabeversprechen, Fälligkeitsmitteilung) auf den Bauträgervertrag angewendet und weiterentwickelt und später auch vom Gesetzgeber in der MaBV übernommen wurden.

<sup>12</sup> So insbesondere *Blomeyer*, NJW 1999, 472; ferner *Reithmann*, NJW 1997, 1816.

<sup>13</sup> Vom 30.3.2000, BGBl. I 330.

<sup>14</sup> Siehe nur *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2000, 337; sowie *Kniffka*, ZfBR 2000, 227 (229).

<sup>15</sup> Siehe *Rösler*, in: *von Heymann/Wagner/Rösler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdnr. 48.

<sup>16</sup> So auch *Reithmann*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rdnr. 84.

## 5. Erwartungshaltung des Käufers und Sicherungsgrenzen

Regelmäßig wird der durchschnittliche Käufer beim Kauf vom Bauträger Folgendes erwarten:

- a) Schlüsselfertige und mangelfreie Lieferung des Bauwerks aus einer Hand und lastenfreie Eigentumsverschaffung des Grundbesitzes zum vereinbarten Festpreis;
- b) Sicherung der vollständigen Erschließung zum Festpreis;
- c) Sicherung der Gewährleistungsansprüche für das Bauwerk über den vollen gesetzlichen Zeitraum von fünf Jahren;
- d) Lieferung „alles inklusive“ aus einer Hand, ohne sich selbst als Vertragspartner oder gar Bauherr mit Bauunternehmen und Behörden auseinanderzusetzen zu müssen.

Es besteht Einigkeit darüber, dass auch die strengste Beachtung der Makler- und Bauträgerverordnung in Verbindung mit den allgemeinen notariellen Kautelen bei gewöhnlichen Grundstückskaufverträgen das Fertigstellungsrisiko nicht aufzufangen vermag<sup>17</sup>. Bei keiner Gestaltung gelingt es, den Käufer so zu stellen, als sei das Bauvorhaben vertragsgemäß durchgeführt, also das positive Interesse gesichert. Vielmehr lässt sich nicht einmal das negative Interesse sichern<sup>18</sup>. Die üblichen Sicherungsmechanismen vermögen somit im günstigsten Fall nur zu bewirken:

- a) Sicherung der Verschaffung lastenfreien Eigentums am Grundbesitz nebst darauf errichtetem Bauwerk im Istzustand, dessen Wert den bisherigen Zahlungen entspricht;
- b) Rückerstattung geleisteter Zahlungen entweder im Falle des § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV, wenn die Bauträgerbank von dem ihr vorbehaltenen Wahlrecht zur Kaufpreistrückzahlung bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts anstelle der Freistellung Gebrauch macht, oder im Falle einer vereinbarten und ausgereichten Bürgschaft nach § 7 MaBV<sup>19</sup>.

Es bleibt also zunächst festzustellen, dass die Erwartungshaltung des Käufers die unvollkommenen<sup>20</sup> Sicherungsmöglichkeiten der Makler- und Bauträgerverordnung erheblich übersteigt.

## III. Allgemeine Auswirkungen der Bauträgerkrise im Vorfeld eines möglichen Insolvenzverfahrens und im eröffneten Insolvenzverfahren selbst<sup>21</sup>

Je nach Krisenstadium ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen und unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten des

<sup>17</sup> Siehe nur *Keim*, in: *Rollmann*, Der Immobilienkauf, 1997, § 8 Rdnr. 41.

<sup>18</sup> So *Reithmann*, in: *Reithmann/Meichsner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, A Rdnr. 18.

<sup>19</sup> Zu der Frage, inwieweit durch das Urteil des BGH vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98 (= *MittBayNot* 1999, 279 = *DNotZ* 1999, 482) auch Gewährleistungsansprüche des Käufers als abgesichert anzusehen sind, siehe Gutachten *DNotI-Report* 2000, 13; sowie *Wagner*, in: *von Heymann/Wagner/Rösler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdnr. 479.

<sup>20</sup> Von *Volmer* (*ZfIR* 2000, 493/494) wird das Sicherungssystem der MaBV plakativ als „rudimentär“ bezeichnet.

<sup>21</sup> Allgemein zur Problematik Grundstückskauf und Konkurs siehe *Knöchlein*, *DNotZ* 1959, 3; *Haegeler*, *KTS* 1968, 157; *Hess*, *BW-NotZ* 1975, 140. Für den Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung: *Smid*, *NotBZ* 1997, 81. Speziell zur sachen- und grundbuchrechtlichen Seite siehe ausführlich *Eickmann*, *Rpfleger* 1972, 77; *Oepen/Rettmann*, *KTS* 1995, 609.

Käufers<sup>22</sup>. Die Bauarbeiten werden bei normalem wirtschaftlichem Ablauf bereits vor oder nahezu zeitgleich mit der Stellung des Insolvenzantrags eingestellt sein. Die Bauhandwerker werden ihre Arbeiten eingestellt haben, wenn der Bauträger seinen (Teil-) Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen ist. In etwa zeitgleich wird schließlich der Bauträger selbst oder ein Gläubiger den Eröffnungsantrag gestellt haben<sup>23</sup>.

Im Einzelnen sollen nunmehr die folgenden Stadien der Bauträgerkrise untersucht werden.

### 1. Insolvenzantrag ist gestellt

Das Insolvenzgericht prüft von Amts wegen, ob und ggfs. welche Sicherungsmaßnahmen im Einzelfall zu treffen sind, um eine für die Gläubiger nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners (Bauträgers) bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag zu verhindern<sup>24</sup>. Die in § 21 Abs. 2 InsO beispielhaft aufgezählten Maßnahmen sind nicht abschließend, werden aber in der Praxis regelmäßig die gängigsten sein. Es handelt es sich vor allem um folgende Maßnahmen:

#### a) Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 InsO kann das Insolvenzgericht dem Bauträger ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen. Im Hinblick auf §§ 24, 81, 82 InsO wird überwiegend angenommen, dass dem allgemeinen Verfügungsverbot nach der Insolvenzordnung im Gegensatz zu dem allgemeinen Veräußerungsverbot nach § 106 Abs. 1 S. 3 KO absolute Wirkung zukommt<sup>25</sup>. Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ist im Hinblick auf den andernfalls möglichen gutgläubigen Erwerb gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO i.V.m. § 892 BGB unerlässlich. Die Eintragung erfolgt entweder auf Ersuchen des Insolvenzgerichts oder auf Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters, § 23 Abs. 3 i.V.m. § 32 Abs. 2 InsO. Das Verfügungsverbot wird bereits mit Erlass, nicht erst mit Zustellung wirksam<sup>26</sup>.

Mit Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbot wird somit dem Bauträger bereits im Eröffnungsverfahren die Verfügungsbefugnis entzogen. Handlungen des Bauträgers sind als Verfügungen eines Nichtberechtigten zu qualifizieren<sup>27</sup>. Der Notar darf keine Beurkundungen mehr vornehmen<sup>28</sup>. Das Grundbuch wird für Verfügungen des Bauträgers gesperrt<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Siehe hierzu eingehend nachfolgend Abschnitt IV.

<sup>23</sup> §§ 13 ff InsO.

<sup>24</sup> Siehe *Kirchhof*, in: *Eickmann* u.a., Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 21 Rdnr. 7.

<sup>25</sup> Vgl. *Gerhardt*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 193 (194) Rdnr. 4; *Pape*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 14 Rdnr. 11; *Smid*, in: *Weisemann/Smid*, Handbuch Unternehmensinsolvenz, 1999, Kap. 2 Rdnr. 46, je m.w.N.

<sup>26</sup> Vgl. *Gerhardt*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 193 (195), Rdnr. 5; *Uhlenbruck*, *MittRhNotK* 1994, 305 (311f); *Hintzen*, *ZInsO* 1998, 75 (77). Laut *Kirchhof*, WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 3, wird ein allgemeines Veräußerungsverbot jedenfalls dann bereits mit Erlass – nicht erst mit Zustellung – des Beschlusses wirksam, wenn das Gericht die Anordnung nach Tag und Stunde datiert hat.

<sup>27</sup> So *Gerhardt*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 193 (195) Rdnr. 5.

<sup>28</sup> *Uhlenbruck*, *MittRhNotK* 1994, 305 (311); unentschieden im Hinblick auf die Frage, ob der Notar verpflichtet ist durch Hinweis auf die Verfügungsbeschränkung einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern, *Heckschen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 1825 (1834f) Rdnr. 30 – 34; ders. *MittRhNotK* 1999, 11 (13).

<sup>29</sup> Vgl. *Keller*, Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz, 1998, S. 83.

Da ein allgemeines Verfügungsverbot absolute Wirkung entfaltet, führt die Anordnung eines derartigen Verfügungsverbot durch das Insolvenzgericht zwingend auch zur Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung. Denn für das Vermögen des späteren Schuldners muss (auch) während des Eröffnungsverfahrens ein Verfügungsbefugter existieren<sup>30</sup>.

#### b) Anordnung eines besonderen Verfügungsverbots

Das Insolvenzgericht kann aber statt eines allgemeinen Verfügungsverbots nach § 21 Abs. 1 InsO auch spezielle oder besondere Verfügungsbeschränkungen, also bezogen nur auf einzelne Gegenstände, insbesondere Grundbesitz, anordnen. Ein solches besonderes Verfügungsverbot, das ebenfalls im Grundbuch einzutragen ist, führt nur zu einem relativen Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB<sup>31</sup>. Ist das besondere Verfügungsverbot isoliert angeordnet, also ohne zusätzliche Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt, so wird das Grundbuch damit nicht gesperrt und dem Notar sind Beurkundungen nicht verwehrt. Ist jedoch ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt, so bleibt es bei der Begründung eines absoluten Verfügungsverbot ( §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 24 Abs. 1, 81,82 InsO) mit der Konsequenz der Grundbuchsperrung und des Beurkundungsverbot.

#### c) Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters

Das Gericht kann einen vorläufigen Verwalter mit oder ohne Zustimmungsvorbehalt bestellen, § 21 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 InsO<sup>32</sup>. Die Aufgaben des vorläufigen Verwalters ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis<sup>33</sup> beschränken sich im Grundsatz auf Sicherungsmaßnahmen; die Verwertung des Bauträgervermögens bleibt regelmäßig dem Insolvenzverfahren vorbehalten<sup>34</sup>. Die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den nicht bereits die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist, bestimmt das Insolvenzgericht. Hat das Insolvenzgericht angeordnet, dass Verfügungen des Bauträgers nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind, so können nur beide zusammen eine wirksame Verfügung begründen<sup>35</sup>. Regelmäßig wird der um Beurkundung ersuchte Notar in der letztgenannten Konstellation zu prüfen haben, ob die konkrete Verfügung durch das Insolvenzgericht gestattet ist<sup>36</sup>. Die Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Zustimmungsvorbehalt entspricht weitgehend der früheren Sicherungssequestrierung<sup>37</sup>. Der vorläufige Insolvenzverwalter, gleichgültig ob mit

oder ohne Zustimmungsvorbehalt, kann keine Masseverbindlichkeiten begründen<sup>38</sup>. Nach *Pape*<sup>39</sup> wird von der Praxis der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt favorisiert.

Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt begründet ein absolutes Verfügungsverbot, §§ 24 Abs. 1, 81,82 InsO. Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt, so hat das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung zu ersuchen, §§ 23 Abs. 3, 32 InsO. Auch der vorläufige Insolvenzverwalter selbst kann die Eintragung beim Grundbuchamt beantragen. Ist ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt, sind die Auswirkungen auf das Beurkundungs- und Grundbuchverfahren grundsätzlich wie beim Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbot gemäß vorstehend lit. a) zu beurteilen, jedoch mit der Besonderheit, dass nach den vorgenannten Grundsätzen von Bauträger und vorläufigem Insolvenzverwalter gemeinsam vorgenommene Verfügungen den Notar nicht an der Beurkundung und das Grundbuchamt nicht an der Eintragung hindern.

#### d) Kombination der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbot

Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und dem Bauträger ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, so geht gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. In der Praxis spricht man auch von einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter<sup>40</sup>. Zu beachten ist, dass die vorgenannte Wirkung nicht eintritt, wenn, wie in der Praxis häufig, statt eines allgemeinen lediglich ein besonderes Verfügungsverbot erlassen wird.

## 2. Abweisung mangels Masse

Stellt das Insolvenzgericht fest, dass das Vermögen des Bauträgers nicht dazu ausreicht, die Verfahrenskosten zu decken, dann weist es den Eröffnungsantrag mangels Masse ab, § 26 Abs. 1 InsO<sup>41</sup>. Vorläufige Sicherungsmaßnahmen werden dann wieder aufgehoben und der Bauträger behält seine volle Verfügungsbefugnis bzw. erhält sie zurück. Der Bauträger wird jedoch nach § 26 Abs. 2 InsO in ein Schuldnerverzeichnis eingetragen. Ist der Bauträger eine GmbH, AG oder GmbH & Co.KG, so ist die Gesellschaft kraft Gesetzes aufgelöst<sup>42</sup>. Die Abwicklung findet nach den rechtsformspezifischen Vorschriften statt.

## 3. Das Insolvenzverfahren wird eröffnet

Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, so wird vom Insolvenzgericht ein Insolvenzverwalter bestellt, auf den gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über-

<sup>30</sup> Gerhardt, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 193 (196) Rdnr. 8.

<sup>31</sup> Gerhardt, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 193 (201) Rdnr. 16.

<sup>32</sup> Siehe hierzu eingehend Uhlenbruck, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 325; Vallender, *DZWIR* 1999, 265; Hess/Weis, *InVo* 1997, 141.

<sup>33</sup> Zu einem solchen mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis siehe sogleich unten lit.d).

<sup>34</sup> So Hess, *InsO*, 1999, § 22 Rdnr. 132.

<sup>35</sup> Auch in dieser Konstellation bleibt es nach Pape (in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, *Handbuch der Grundstückspraxis*, 2000, Teil 14 Rdnr. 13) dabei, dass der Bauträger-Schuldner verfügungsberechtigt ist.

<sup>36</sup> Soweit Anordnungsbeschluss und Bestellungsurkunde hier auch nur den geringsten Zweifel hinterlassen, erscheint es unerlässlich, eine ausdrückliche Gestattung des konkreten Rechtsgeschäfts durch das Insolvenzgericht herbeizuführen.

<sup>37</sup> Vgl. Uhlenbruck, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 325 (343) Rdnr. 16.

<sup>38</sup> Umkehrschluss aus § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Siehe auch Hess, *InsO*, 1999, § 22 Rdnr. 120; sowie Bähr, *ZIP* 1998, 1553 (1559).

<sup>39</sup> In: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, *Handbuch der Grundstückspraxis*, 2000, Teil 14, S. 1135 f. Rdnr. 13.

<sup>40</sup> Siehe nur Kirchhof, *ZInsO* 2000, 297.

<sup>41</sup> Eingehend dazu siehe Vallender, *InVo* 1997, 5; speziell zu den Rechtsfolgen für die GmbH siehe Uhlenbruck, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 1187.

<sup>42</sup> GmbH: § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG. AG: § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG. GmbH & Co.KG: §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HGB.

geht. Gesellschaften sind kraft Gesetzes aufgelöst<sup>43</sup>. Verfügungen des Bauträgers sind nunmehr grundsätzlich nach § 81 InsO unwirksam. Schuldner des Bauträgers können grundsätzlich nicht mehr schuldbefreiend an den Bauträger leisten, § 82 InsO. Einzelzwangsvollstreckungen gegen den Bauträger werden gemäß § 89 InsO unzulässig.

Das Grundbuch, in das gemäß Ersuchen des Insolvenzgerichts die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragen wird (§ 32 InsO), wird für Verfügungen des Bauträgers gesperrt<sup>44</sup>. Unter den Voraussetzungen des § 878 BGB bzw. § 892 BGB bleibt über § 91 Abs. 2 InsO ein Rechtserwerb an Grundbesitz mit Wirkung für die Insolvenzmasse auch nach Insolvenzeröffnung möglich.

Verpflichtungsgeschäfte des Bauträgers nach Verfahrenseröffnung sind wirksam, auch wenn sie sich auf Gegenstände der Insolvenzmasse beziehen. Sie begründen jedoch nur eine persönliche Verpflichtung des Bauträgers und keine aus der Masse zu erfüllende Verbindlichkeit<sup>45</sup>.

Die entscheidende Frage ist jedoch, wie sich die Verfahrenseröffnung auf die im Bauträgervertrag begründeten gegenseitigen Verpflichtungen auswirkt. Regelmäßig wird der Vertrag bei Verfahrenseröffnung noch von keinem Vertragsteil voll erfüllt und damit § 103 InsO einschlägig sein<sup>46</sup>. Da sich in den Spezialvorschriften der §§ 104 ff InsO keine Sonderbestimmungen für den Bauträgervertrag finden, bleibt es bei der allgemeinen Bestimmung des § 103 InsO<sup>47</sup>. Wegen § 119 InsO ist eine Abbedingung des § 103 InsO nicht zulässig<sup>48</sup>.

Beim Bauträgervertrag handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag, der neben werk- und werklieferungsvertraglichen auch (soweit der Grundstückserwerb in Rede steht) kaufvertragliche Elemente sowie – je nach den Umständen des Einzelfalles – Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht enthält<sup>49</sup>. Für die Beantwortung der Frage,

wann ein Vertragsteil voll erfüllt hat, kommt es nicht auf die Leistungshandlung, sondern auf den Eintritt des Leistungserfolges an<sup>50</sup>. Das bedeutet, dass beim Bauträgervertrag der Bauträger erst dann vollständig erfüllt hat, wenn er das vertragsgegenständliche Bauwerk im Wesentlichen mangelfrei errichtet und dem Käufer den Besitz übergeben hat und der Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist<sup>51</sup>. Seitens des Käufers liegt vollständige Erfüllung nicht bereits mit vollständiger Kaufpreiszahlung, sondern erst dann vor, wenn er das Bauwerk abgenommen und die Auflassung entgegengenommen hat<sup>52</sup>. Der Käufer hat jedoch, soweit es um den Grundstückserwerb geht, bereits voll erfüllt, wenn er die Auflassung entgegengenommen und den Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt gestellt hat<sup>53</sup>. Die Bestimmung des § 103 InsO ist auch noch anwendbar, wenn bei minimaler offener Kaufpreisforderung des Bauträgers Mängel auftreten; denn auch der Mängelbeseitigungsanspruch ist ein Erfüllungsanspruch<sup>54</sup>.

Nach der als gefestigt zu bezeichnenden Rechtsprechung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH zu dem zu § 103 InsO inhaltsgleichen § 17 KO führt die Verfahrenseröffnung dazu, dass die gegenseitigen vertraglichen Erfüllungsansprüche automatisch wegfallen; an ihre Stelle tritt der einseitige Anspruch desjenigen Vertragsteils, der mehr Leistungen erbracht oder erstattungsfähige Schäden erlitten hat, auf die Differenz<sup>55</sup>.

Ergibt die Saldierung der so zu bloßen Rechnungsposten<sup>56</sup> gewordenen Primäransprüche einschließlich der Sekundäransprüche

<sup>43</sup> Kapitalgesellschaften: § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Personengesellschaften: §§ 131 Abs. 1 Nr. 3, 161 Abs. 2 HGB.

<sup>44</sup> Zu beachten ist, dass der Insolvenzbefehl bereits mit Erlass des Insolvenzeröffnungsbeschlusses eintritt und nicht erst mit Eintragung im Grundbuch. Ist im Eröffnungsbeschluss die Eröffnungstunde nicht angegeben, so gilt kraft der in § 27 Abs. 3 InsO bestimmten Fiktion die Mittagstunde des Tages, an dem der Beschluss erlassen worden ist, als Eröffnungszeitpunkt.

<sup>45</sup> Vgl. *Landfermann*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 159 (164) Rdnr. 13.

<sup>46</sup> Ist bei Insolvenzeröffnung der Vertrag von beiden Teilen vollständig erfüllt, so bleibt es dabei. Der Verwalter könnte den Vertrag lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff InsO anfechten, welche aber im Normalfall regelmäßig nicht einschlägig sein dürften. Der Fall, dass bei Insolvenzeröffnung bereits einer der beiden Vertragsteile voll erfüllt hat, dürfte für einen nach den Regeln der Kunst ausgestalteten Bauträgervertrag praktisch nicht vorkommen.

<sup>47</sup> Vgl. allgemein: *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 103 Rdnr. 13; sowie *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 171. Speziell für den Bauträgervertrag: siehe *Tintelnot* (a.a.O.) § 103 Rdnr. 22; *Feuerborn*, ZIP 1994, 14 (15 f); *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1997, § 17 Rdnr. 23 (hierfür Bearbeitungsstand: November 1979); *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 162; *Schmitz*, Der Baukonkurs, 1999, Rdnr. 257 ff.

<sup>48</sup> Vgl. nur *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 20.01. Zur Zulässigkeit vertraglicher Lösungsklauseln für den Insolvenzfall vgl. *Berger*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 499; ferner *Bruns*, ZZP 1997, 305.

<sup>49</sup> So wörtlich BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275/277 f = DNotZ 1986, 280 = NJW 1986, 925 = MDR 1986, 399 = JZ 1986, 339 = WM 1986, 232).

<sup>50</sup> Vgl. *Huber*, NZI 1998, 97; *Balthasar*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, Stand 1999, § 103 Rdnr. 27; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 17 Rdnr. 18 a; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1997, § 17 Rdnr. 40 (hierfür Bearbeitungsstand: November 1979).

<sup>51</sup> Soweit es um die Grundstücksveräußerung geht, siehe: *Hess*, InsO, 1999, § 103 Rdnr. 66; *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 531 (545) Rdnr. 19.

<sup>52</sup> Soweit es um den Grundstückserwerb geht, siehe BGH, Urt. v. 17.3.1972 – V ZR 53/70 (= MittBayNot 1972, 113 = NJW 1972, 875); *Hess*, InsO, 1999, § 103 Rdnr. 66; *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 531 (545) Rdnr. 19.

<sup>53</sup> So *Kirchhof*, WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 9.

<sup>54</sup> Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 59. Aufl. 2000, Vorbemerkung vor § 633 Rdnr. 4; *Erman-Seiler*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 633 Rdnr. 22.

<sup>55</sup> Aus der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH siehe nur Urt. vom 27.2.1997 – IX ZR 5/96 = BGHZ 135, 25 (26 f m.w.N. zur Senatsrechtsprechung). Aus der Literatur siehe *Kirchhof*, WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 10 mit Nachweisen zur BGH-Rechtsprechung; zusammenfassend zu der Senatsrechtsprechung und diese verteidigend gegen die umfangreiche Literaturkritik siehe auch das Senatsmitglied *Kreft*, ZIP 1997, 865; zum Streitstand siehe auch: *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 103 Rdnr. 11 f; *ders.* ZIP 1995, 616 (618); *Bork*, in: *Festschrift für Zeuner*, 1994, S. 297 (299 ff); *Gerhardt*, in: *Festschrift für Merz*, 1992, S. 117 (S. 118 ff); *Marotzke*, in: *Eickmann u.a.*, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 103 Rdnr. 36 ff; *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 531 (540) Rdnr. 11.

<sup>56</sup> Die wechselseitigen Erfüllungsansprüche werden mit Insolvenzeröffnung – vorausgesetzt der Insolvenzverwalter hat nicht Erfüllung gewählt – zu bloßen Rechnungsposten in einem Abrechnungsverhältnis. Siehe nur: *Balthasar*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, 1999, § 103 Rdnr. 62,64; *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 103 Rdnr. 100; *Weisemann/Nisters*, in: *Weisemann/Smid*, Handbuch Unternehmensinsolvenz, 1999, Kapitel 12 Rdnr. 35; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 264; *Schmitz*, Der Baukonkurs, 1999, Rdnr. 267 und Rdnr. 44 ff. Zur Dogmatik der Aufrechnung und Verrechnung bei Vorliegen selbstständiger Rechnungsposten siehe näher *Peters*, JZ 1986, 669.

sprüche<sup>57</sup> (Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, Verzug, Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln, etc.<sup>58</sup>) des Käufers ein Mehr zugunsten des Bauträgers, so hat der Käufer die Differenz (Restkaufpreis) zur Masse bzw. an die Finanzierungsgrundschuldgläubigerin des Bauträgers zu leisten. Geht die Abrechnungswaage, wie meistens, zugunsten des Käufers nieder, so kann dieser seine zur bloßen Schadensersatzforderung mutierten Ansprüche nur noch als einfache Insolvenzforderung geltend machen. Diesen Anspruch muss der Käufer gemäß 174 Abs. 1 InsO zu der beim Insolvenzverwalter geführten Tabelle anmelden. Die Anmeldung muß wegen § 45 InsO ausschließlich auf eine Geldforderung gerichtet sein. Ansonsten ist für die Geltendmachung von allgemeinen Leistungsstörungenrechten, z.B. Rücktritt des Käufers, nach der Erlöschentheorie des BGH kein Raum<sup>59</sup>.

Die Willenserklärung des Insolvenzverwalters, Erfüllung zu wählen, lässt jedoch den Erfüllungsanspruch des Käufers als Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO und die Kaufpreisforderung, nunmehr zugunsten der Insolvenzmasse, wieder entstehen. Bei der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters handelt es sich um keine Novation; vielmehr wird der Vertrag mit dem bisherigen Inhalt neu begründet<sup>60</sup>.

Beim Bauträgervertrag entschärft sich die vorgenannte Problematik zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters auf Erfüllung oder Nichterfüllung<sup>61</sup> wegen § 106 Abs. 1 InsO. Die eingetragene oder analog § 878 BGB sowohl im Hinblick auf ein erlassenes Verfügungsverbot als auch die Insolvenzeröffnung bindend bewilligte und beim Grundbuchamt beantragte Auflassungsvormerkung sichert den Käufer *bezüglich* des Eigentumsverschaffungsanspruchs am vertragsgegenständlichen Grundbesitz einschließlich des Bauwerks als wesentlicher Bestandteil im Istzustand<sup>62</sup>. Dies gilt wegen § 106 Abs. 1 S. 2 InsO<sup>63</sup> insbesondere für den Bauträgervertrag. Die Vormer-

kung sichert jedoch nicht den Anspruch des Käufers auf vertragsgerechte Erfüllung; der Insolvenzverwalter kann die weitere Erfüllung, d.h. die Fertigstellung des Bauwerks, ablehnen und der Käufer somit nicht die Fertigstellung verlangen<sup>64</sup>. Ebenfalls nicht geschützt durch die Vormerkung allein ist der Käufer vor im Rang vorgehenden Rechten<sup>65</sup>. Die lastenfreie Übereignung gewährt dem Käufer regelmäßig nur das Freigabeversprechen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV.

Lehnt der Verwalter, wie zumeist, die weitere Vertragserfüllung ab, so wird der vorher einheitliche Bauträgervertrag aufgeteilt; der Grundstücksübereignungsanspruch wird von dem durch die Erfüllungsablehnung für die Zukunft erledigten Anspruch auf Fertigstellung des Bauwerks gelöst<sup>66</sup>.

Einem gegebenenfalls vor Insolvenzeröffnung bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter steht das Recht auf Erfüllungswahl oder -ablehnung nicht zu<sup>67</sup>.

Ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer nach Beendigung des Insolvenzverfahrens vom Bauträger wieder Erfüllung verlangen kann, ist umstritten<sup>68</sup>, kann jedoch hier wegen wirtschaftlicher Sinnlosigkeit bei einer Bauträgergesellschaft als Vertragspartner dahingestellt bleiben.

#### IV. Reaktionsmöglichkeiten des Käufers in der Bauträgerkrise

Die Beurteilung der Reaktionsmöglichkeiten des Käufers in den verschiedenen Stadien der Bauträgerkrise hängt wesentlich von den in vorstehend Abschnitt III geschilderten allgemeinen Auswirkungen ab.

##### 1. Im Vorfeld eines möglichen Insolvenzverfahrens

###### a) Allgemeines

Nach *Schmitz*<sup>69</sup> geht heute jedem größeren Insolvenzverfahren ein Zeitraum von mindestens vier bis sechs Wochen voraus, in welchem der vom Gericht eingesetzte Gutachter zu prüfen hat, ob das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. In dieser Schwebezeit wird das Insolvenzgericht regelmäßige Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO erlassen. Bereits zu diesem Zeitpunkt stellt sich für den Käufer die Frage, ob und welche Maßnahmen er ergreifen soll.

Ist das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet, so besteht der Bauträgervertrag zunächst unverändert fort, und zwar unab-

<sup>57</sup> Obwohl der Schadensersatzanspruch des Käufers lediglich Insolvenzforderung ist, ist eine Aufrechnung gegen den Anspruch des Insolvenzverwalters möglich. Siehe nur *Weisemann/Nisters*, in: *Weisemann/Smid*, Handbuch Unternehmensinsolvenz, 1999, Kapitel 12 Rdnr. 35 m.w.N.

<sup>58</sup> Schadenshauptpositionen sind in der Regel Restfertigstellungsmehrkosten, die dadurch entstehen, dass die vom Bauträger nicht mehr erbrachten Leistungen vom Käufer in Eigenregie zu Ende gebracht werden müssen (ebenso in der Einschätzung für den reinen Bauvertrag auch *Schmitz*, ZfIR 1999, 880/882).

<sup>59</sup> Vgl. *Kirchhof*, WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 10; *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 103 Rdnr. 6; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetz KO/VglO/GesO, 17. Aufl. 1997, § 17 KO Anm. 4 c); als h.M. auch einräumend *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 10.7. Nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters stehen beiden Vertragsteilen jedoch alle Leistungsstörungenrechte, soweit sie dann einschlägig sind, wieder offen.

<sup>60</sup> So *Kirchhofs* Lesart der BGH-Rechtsprechung m.w.N., WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 11.

<sup>61</sup> Nach der bezeichneten BGH-Rechtsprechung zu § 103 InsO zeitigt nur die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters konstitutive Wirkung, während die Erfüllungsablehnung nur den sowieso kraft Gesetzes eingetretenen Rechtszustand deklaratorisch bestätigt.

<sup>62</sup> Des Weiteren schützt die Vormerkung wegen § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB auch vor beeinträchtigenden Verfügungen des Insolvenzverwalters selbst.

<sup>63</sup> Zur gerade im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag interessanten Geschichte dieser Vorschrift bzw. deren Vorläufer, § 24 S. 2 KO, als Reaktion des Gesetzgebers auf die BGH-Entscheidung vom 29.10.1976 – V ZR 4/75 (= NJW 1977, 146 = DNotZ 1977, 234) siehe ausführlich *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, S. 239 ff; ferner *Hess*, InsO, 1999, § 106 Rdnr. 26 ff.

<sup>64</sup> Vollkommen einhellige Meinung. Siehe statt vieler *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 531 (559f) Rdnr. 43; *Hess*, InsO, 1999, § 106 Rdnr. 29 ff; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 10.5; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 263; *Schmitz*, Der Baukonkurs, 1999, Rdnr. 259 ff..

<sup>65</sup> BGH, Beschl. vom 22.9.1994 – V ZR 236/93 (= NJW 1994, 3231 = MDR 1995, 57 = WM 1994, 2134).

<sup>66</sup> So wörtlich BGH, Urt. vom 21.11.1985 – VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275/281 = weitere Fundstellen in Fn 49); ebenso *Hauger*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 3 Rdnr. 371.

<sup>67</sup> Siehe eingehend *Pape*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 531 (539) Rdnr. 9; für den Sequester im Geltungsbereich der Konkursordnung bereits BGH, Urt. vom 30.1.1986 – IX ZR 79/85 (= BGHZ 97,87 = NJW 1986, 1496); sowie ferner OLG Hamm, Urt. vom 6.5.1986 – 27 U 10/86 (= NJW 1986, 2061).

<sup>68</sup> Zum Meinungsstand siehe *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 103 Rdnr. 106 ff m.w.N.

<sup>69</sup> ZIP 1998, 1421 (1422).

hängig von der Leistungsfähigkeit des Bauträgers. Es ist hierfür auch nicht von Bedeutung, ob und welche Sicherungsmaßnahmen das Insolvenzgericht angeordnet hat. Bereits im Krisenstadium sollte sich der Käufer jedoch an den Gedanken gewöhnen, dass der ursprünglich einheitliche Bauträgervertrag für die Zukunft nach den in Abschnitt III Ziffer 3 dargestellten Grundsätzen aufgespalten werden muss.

Für den Käufer wird oftmals bereits Handlungsbedarf bestehen. Die vom Bauträger hinterlassene Bauruine lädt zu unerwünschten Fremdeinwirkungen ein, wie insbesondere Diebstahl und Vandalismus. Des Weiteren wird der Käufer oft selbst unter Zeitdruck stehen, wenn er als Eigennutzer im Hinblick auf den angestrebten Bezugsfertigkeitstermin bereits Maßnahmen getroffen, z.B. seine bisherige Mietwohnung gekündigt hat. Die Gründe für eine schnelle Klärung der Situation sind also vielfältig.

Erfüllungsansprüche gegen die am Bau beteiligten Bauunternehmen hat der Käufer nicht, da zwischen ihm und den Subunternehmen keine vertraglichen Beziehungen bestehen<sup>70</sup>.

## b) Kündigung des Bauvertrags oder/und Rücktritt vom Vertrag

Grundsätzlich führt die Einheitlichkeit des Bauträgervertrags dazu, dass sich Lösungsrechte des Käufers (Rücktritt, Kündigung) auf den ganzen Vertrag beziehen<sup>71</sup>. Ein Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 VOB/B besteht für den Käufer nicht, da die VOB/B im Bauträgervertrag regelmäßig nicht vereinbart sein wird<sup>72</sup>. Auch das freie Kündigungsrecht bei Werkverträgen nach § 649 BGB steht dem Käufer beim Bauträgervertrag grundsätzlich nicht zu<sup>73</sup>. Zulässig bleibt jedoch eine Kündigung aus wichtigem Grund mit der Folge, dass dem Käufer der Anspruch auf Übereignung des Grundbesitzes verbleibt<sup>74</sup>. Ein wichtiger Grund ist aber nicht bereits bei jeder Vertragsverletzung des Bauträgers gegeben; zu einer erheblichen Vertragsverletzung des Bauträgers wird hinzukommen müssen, dass eine außerordentliche Kündigung objektbezogen nicht das ganze Bauvorhaben gefährdet und sich insbesondere nicht zumindest mittelbar auch auf andere Käufer negativ auswirkt<sup>75</sup>. Die Stellung eines Antrags auf Insolvenzeröffnung allein dürfte kein außerordentliches Kündigungsrecht gewähren, da ansonsten dem Insolvenzverwalter jede Möglichkeit genommen würde, den Bauträgervertrag noch ordnungsgemäß zu erfüllen<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 457.

<sup>71</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275/279 f = weiteren Fundstellen in Fn 49); *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 43, 257.

<sup>72</sup> Zur Zulässigkeit der Einbeziehung der VOB/B im ganzen oder nur in einzelnen Teilen siehe *Koebler*, in: Rechtshandbuch Immobilien, Bd. I, Stand Januar 2000, Kap. 20 Rdnr. 136-145; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rn 201; Gutachten DNotl-Report 1996, 65 und das ergänzende (unveröffentlichte) Gutachten des Deutschen Notarinstituts mit der Dokumentennummer 11091.

<sup>73</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275 = weitere Fundstellen in Fn 49).

<sup>74</sup> BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275/280 = weitere Fundstellen in Fn 49).

<sup>75</sup> Siehe auch *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 261; *Koebler*, in: Rechtshandbuch Immobilien, Bd. I, Stand 1.EL, Kap. 24 Rdnr. 11.

<sup>76</sup> *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 260.

Weit unproblematischer dürfte es für den Käufer sein, sich über Verzug des Bauträgers vom Vertrag zu lösen<sup>77</sup>. Der Bauträger kann sich wegen der Rechtsnatur des Bauträgervertrags zum einen wegen des Grundbesitzes mit seiner Verpflichtung zur lastenfremen Eigentums- und Besitzverschaffung und zum anderen wegen seiner mangelfreien Bauverpflichtung in Verzug befinden. Danach bestimmt sich die Anspruchsgrundlage<sup>78</sup>. Nicht selten werden dem Käufer daneben auch ein Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. 1 oder § 635 BGB und Gewährleistungsansprüche nach §§ 633, 634 BGB zustehen.

Bei der Wahl der Rechte ist jedoch Vorsicht geboten, will der Käufer nicht seinen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Eigentumsverschaffung verlieren. Gleichgültig, ob der Käufer vom Vertrag zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, es erlischt nicht nur der Erfüllungsanspruch des Bauträgers, sondern auch der Erfüllungsanspruch des Käufers und mit ihm die akzessorische Vormerkung<sup>79</sup>. Ungefährlich ist diese Vorgehensweise also nur, wenn der Käufer über eine Bürgschaft nach § 7 MaBV abgesichert ist. Möglich dürfte trotz Einheitlichkeit des Bauträgervertrags jedoch sein, dass der Käufer nicht seine Totalrechte aus den vorgenannten Anspruchsgrundlagen geltend macht, sondern die vom Bauträger bisher erbrachten Leistungen einschließlich des Eigentumsverschaffungsanspruchs annimmt und nur wegen der noch ausstehenden Bauleistungen die Erfüllung ablehnt bzw. vom Vertrag zurücktritt<sup>80</sup>. Die Zulässigkeit für die Geltendmachung dieser Teilrechte wird aber objektbezogen wie die vorstehend behandelte Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung zu beurteilen sein.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass ein nicht durch Bürgschaft gesicherter Käufer sich nicht ohne Verlust vom ganzen Vertrag lösen kann. Er muss wohl oder übel den Grundbesitz mit dem unvollständigen Bauwerk annehmen. Ist er sich dessen erst einmal bewusst, so muss er in einem nächsten Schritt Kontakt zu der Bauträgerbank herstellen, um mit dieser zu klären, ob auch für die Bank bereits ein steckengebliebenes Bauvorhaben vorliegt und ob die Bank den Grundbesitz von ihrem Grundpfandrechte freigeben bzw. von ihrem Wahlrecht zur Rückzahlung der geleisteten Zahlungen Gebrauch machen will.

Der Käufer kann von der grundpfandrechlich gesicherten Bauträgerbank eine Lastenfreistellung bzw. Rückzahlung der geleisteten Zahlungen erst dann verlangen, wenn das endgültige Steckenbleiben<sup>81</sup> des Bauvorhabens feststeht. Dies wird regelmäßig erst dann der Fall sein, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Bauverpflichtung abgelehnt hat oder die Verfahrenseröffnung mangels Masse abgelehnt wird; die bloß vorübergehende Einstellung der Bauarbeiten, die Nichteinhaltung vereinbarter Fertigstellungstermine oder die Stellung eines Antrags auf Insolvenzeröffnung reichen nicht

<sup>77</sup> Diese Rechte dürfen dem Käufer im Bauträgervertrag nicht genommen sein, § 11 Nr. 8 AGBG.

<sup>78</sup> In Betracht kommen insbesondere §§ 326, 636 BGB.

<sup>79</sup> So auch warnend *Blomeyer*, NJW 1999, 472 (473); *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 454; BGH, Urt. v. 21.11.1985, VII ZR 366/83 (= BGHZ 96, 275/282 = weitere Fundstellen in Fn 49).

<sup>80</sup> Näher zu dieser Problematik siehe *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 367, 386 ff; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 457.

<sup>81</sup> Die MaBV spricht in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und in Satz 2 und 3 nicht von einem „Steckenbleiben“, sondern von einer „Vollendung“ bzw. „Nichtvollendung“ des Bauvorhabens.

aus<sup>82</sup>. Der Handlungsspielraum des Käufers wird somit erheblich eingeschränkt sein. Die Bank wird sich möglicherweise dazu entschließen, das Bauvorhaben mit Hilfe des Insolvenzverwalters als formell Verfügungsberechtigtem zu Ende zu führen.

Steht für die Vertragsteile und die Bauträgerbank die Nichtvollendung des Bauvorhabens fest, so kann die Bauträgerbank gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV den Vertragsgrundbesitz nach Zahlung des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teils der geschuldeten Vertragssumme freigeben oder gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV alle vom Käufer vertragsgemäß geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts zurückzahlen. Das Wahlrecht der Bauträgerbank muss im Bauträgervertrag vereinbart sein, ansonsten bleibt es bei der Freistellungsverpflichtung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV<sup>83</sup>.

Bei der Freistellungsalternative sind vorhandene Mängel und Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Nichterfüllung in die Berechnung des vom Käufer geschuldeten Betrags einzubeziehen<sup>84</sup>. Einen Anspruch auf Rückerstattung von Überzahlungen gegen die Bauträgerbank hat der Käufer in der Regel nicht<sup>85</sup>. Im Einzelnen ist bei der Berechnung vieles unsicher<sup>86</sup>.

Wählt die Bauträgerbank zulässigerweise die Rückzahlungsalternative, so hat der Käufer Anspruch auf volle Rückzahlung der der Bank im Hinblick auf das Freigabeversprechen zugeflossenen Zahlungen zuzüglich Zinsen<sup>87</sup>. Wegen weiterer Schäden, z.B. Eigenleistungen oder Finanzierungskosten, bleibt der Käufer auf Ansprüche gegen den Bauträger verwiesen<sup>88</sup>. Nach *Schmitz*<sup>89</sup> sind Banken in der Praxis aus wirtschaftlichen Gründen nicht daran interessiert, gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV vorzugehen und anschließend ungehindert die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

### c) Abwicklungsvereinbarungen

Oftmals wird sich noch vor Verfahrenseröffnung der Abschluss von Abwicklungsvereinbarungen zwischen Bauträger und Käufer anbieten, und zwar insbesondere dann, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt ist. In einer solchen Vereinbarung wird dann meist der Bauträger aus seiner Restbauverpflichtung entlassen. Im Gegenzug dazu wird der Bauträger mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters die sofortige Auflassung an den Käufer erklären und der Bautenstand mit den bereits geleiste-

ten Anzahlungen des Käufers verglichen werden. Je nach Ergebnis wird eine Aufzahlungspflicht des Käufers oder eine Rückzahlung des Bauträgers vereinbart werden, soweit der Bauträger dazu wirtschaftlich noch in der Lage ist.

Der vorläufige Insolvenzverwalter wird an Abwicklungsvereinbarungen noch vor Verfahrenseröffnung vor allem dann interessiert sein, wenn noch Zahlungen vom Käufer zu erwarten sind, die die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglichen.

Welches Motiv für eine Abwicklungsvereinbarung vor Insolvenzeröffnung auch bestehen mag. In jedem Fall kann eine solche Vereinbarung nicht ohne Mitwirkung der Bauträgerbank getroffen werden, da an sie regelmäßig die Kaufpreisanprüche des Bauträgers sicherungshalber abgetreten sind. Die Bank wird sich zum einen dazu äußern müssen, ob sie bereits jetzt zur Freigabe des Vertragsgegenstandes von ihrem Grundpfandrecht bereit ist oder ob sie in Ausübung ihres Wahlrechts nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV die Rückzahlung bereits geleisteter Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsgegenstandes vorzieht. Ist die Bank mit einer Vertragsbeendigung einverstanden, so wird sie die an sie abgetretenen Ansprüche freigeben bzw. an den Käufer zurückabtreten.

Auf einer Rückabtretung wird vor allem die Käuferfinanzierungsbank bestehen, da die ihr gegenüber bestehenden Darlehensauszahlungsansprüche seitens des Käufers regelmäßig an die Bauträgerbank abgetreten sind. Vor der Rückabtretung wird die Käuferfinanzierungsbank keine Auszahlungen an den Käufer tätigen, was diesen wiederum daran hindern wird, das Bauwerk in Eigenregie zu Ende zu bauen.

Die Bauträgerbank wird sich eine Verrechnung der Schadensersatzforderungen des Käufers wegen Nichterfüllung mit etwa noch bestehenden Aufzahlungspflichten seinerseits gefallen lassen müssen und kann die grundbuchtaugliche Freigabe deswegen nicht verweigern<sup>90</sup>.

In der Praxis kann man beobachten, dass die Vertragsteile solche Abwicklungsvereinbarungen privatschriftlich treffen. Auch eine Abwicklungsvereinbarung ist jedoch gemäß § 313 BGB beurkundungspflichtig, wenn der Bauträgervertrag die Auflassung noch nicht enthielt. Die vom BGH ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen werden hier nicht vorliegen, da durch eine Abwicklungsvereinbarung im vorgenannten Sinne die gegenseitigen Vertragspflichten regelmäßig nicht nur unwesentlich geändert werden<sup>91</sup>.

Zu beachten bleibt, dass es dem späteren Insolvenzverwalter trotz Mitwirkung bei der Abwicklungsvereinbarung als vorläufiger Insolvenzverwalter möglich bleibt, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen<sup>92</sup>; auch das Anfechtungsrecht, auf das

<sup>82</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 153; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 128.

<sup>83</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 155; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 134.

<sup>84</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 151; *Kutter*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A II Rdnr. 65; *Holland*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 720.

<sup>85</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 152.

<sup>86</sup> Vgl. eingehend *Kutter*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A II Rdnr. 65, 66; *Reithmann*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rdnr. 181; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 149 ff; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 3214; *Warda*, MittRhNotK 1987, 173 (191 f) = MittBayNot 1988, 1 (15 f); *Vogel*, BauR 1999, 992 (997 ff).

<sup>87</sup> *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 163.

<sup>88</sup> *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 164.

<sup>89</sup> Der Baukonkurs, 1999, Rdnr. 270.

<sup>90</sup> Vgl. *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 265.

<sup>91</sup> Zu der Frage, ob und wann Nachtragsvereinbarungen beurkundungspflichtig sind, vgl. je mit weiteren Nachweisen: *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 313 Rdnr. 41 ff; *Erman/Battes*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 313 Rdnr. 50; *MünchKomm/Kanzleiter*, BGB, 3. Aufl. 1994, § 313 Rdnr. 55 ff; *Staudinger/Wufka*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 313 Rdnr. 181; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 3115; *Wolf*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 146; *Brambring*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 401; *Hagen/Brambring*, Der Grundstückskauf, 7. Aufl. 2000, Rdnr. 58 ff sowie Rdnr. 853 ff; *Grzizwotz*, Praxis-Handbuch Grundbuch- und Grundstücksrechts, 1999, Rdnr. 727–731.

<sup>92</sup> Für den Sequester im Geltungsbereich der Konkursordnung, LG Köln, Urt. v. 16.3.1988 – 10 O 346/1987 (= ZIP 1988, 931 = NJWR 1988, 1525).

er nicht wirksam verzichten kann<sup>93</sup>, bleibt ihm erhalten<sup>94</sup>. Grundsätzlich ist der Abschluss einer derartigen Vereinbarung für den Käufer also nicht ungefährlich. Auch bei der Mitwirkung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt, auf den also noch nicht die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 22 Abs. 1 S. 1 InsO übergegangen ist, werden die Verpflichtungen des Bauträgers keine Masseschulden, sondern nur einfache Insolvenzforderungen<sup>95</sup>.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die in Abschnitt III Ziffer 3 geschilderte Rechtslage, wonach die gegenseitigen Erfüllungsansprüche mit Insolvenzeröffnung erlöschen, auch für die beiderseits unerfüllten Verpflichtungen aus der Abwicklungsvereinbarung gilt. Soweit in der Abwicklungsvereinbarung also im Ausnahmefall noch eine Zahlungspflicht des Käufers begründet wird, sollte der Käufer eine Zahlung an den Bauträger und vorerst auch an die Bauträgerbank, tunlichst vermeiden. Statt dessen bietet sich die Einzahlung auf Notaranderkonto oder ein sonstiges Treuhandkonto an, wobei die Auszahlung alternativ von der Genehmigung durch den späteren Insolvenzverwalter, von der Ablehnung des Eröffnungsantrags mangels Masse, von einem Ermächtigungsbeschluss des Insolvenzgerichts zur Begründung der Verpflichtungen des vorläufigen Insolvenzverwalters als Masseschuld, von dem Übergang der vollen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO oder von der Aushändigung einer Bankbürgschaft an den Käufer abhängig gemacht werden sollte.

Abwicklungsvereinbarungen, die unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze und unter Einbeziehung der im Insolvenzverfahren absonderungsberechtigten Bauträgerbank geschlossen werden, werden für den Käufer zumeist keine Gefahren bergen; eine Aufzahlungspflicht wird nach Verrechnung mit seinen Schadensersatzansprüchen für den Käufer kaum bestehen. Im Gegenteil wird eine solche Vereinbarung dem unter Zeitdruck stehenden Käufer eher Vorteile bringen. Entscheidet sich nämlich der Insolvenzverwalter für die Vertragserfüllung, so bedeutet dies, dass er nur die Erfüllung des Bauträgervertrages, *ergänzt durch die Abwicklungsvereinbarung*, wählen kann. Belässt es der Insolvenzverwalter bei der Nichterfüllung, so sind die gegenseitigen Pflichten aus dem Bauträgervertrag *und* aus der Abwicklungsvereinbarung erloschen; die vom Käufer möglicherweise bereits eingeleitete Bauweiterführung in Eigenregie kann ihm somit nicht zum Nachteil gereichen.

Auch eine vereinbarte Rückabtretung der Auszahlungsansprüche gegen die Käuferfinanzierungsbank an den Käufer, die ohnehin nur in Betracht kommt, wenn keine Bauträgerbank (mehr) beteiligt ist, birgt keine Gefahr für den Käufer, da mit Erlöschen der gegenseitigen Erfüllungsansprüche der Insolvenzverwalter auch keine Ansprüche mehr gegenüber der Käuferfinanzierungsbank geltend machen kann<sup>96</sup>. Lediglich

eine in der Nachtragsvereinbarung erklärte oder zum Vollzug freigegebene Auflassung müsste vom Insolvenzverwalter noch genehmigt werden, soweit nicht bereits die Voraussetzungen des § 91 Abs. 2 InsO i. V. m. § 878 BGB vorliegen. Der Genehmigung kann sich der Insolvenzverwalter wegen § 106 InsO jedoch nicht entziehen.

Eine wohl auch nur theoretische Gefahr ist darin zu sehen, dass der Insolvenzverwalter die Abwicklungsvereinbarung gemäß §§ 129 ff InsO anfechtet. Das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters ist – wie bereits erwähnt – nicht dadurch ausgeschlossen, dass er als vorläufiger Insolvenzverwalter bei dem Abschluss der Abwicklungsvereinbarung mitgewirkt hat. Auf die Möglichkeit späterer Anfechtung wird der Notar aber hinzuweisen haben<sup>97</sup>.

#### d) Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse

Nicht selten wird das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 26 InsO mangels Masse abweisen. Dies liegt darin begründet, dass Bauträger zwar über großen Grundbesitz verfügen, dieser jedoch in der Regel weit über Verkehrswert mit absonderungsberechtigten Grundpfandrechten belastet ist<sup>98</sup>. Der Bauträger gewinnt zwar seine volle Verfügungsfreiheit zurück, sein wirtschaftliches Unvermögen bleibt jedoch erhalten. Das wirtschaftliche Geschehen wird für die Zukunft regelmäßig von der Bauträgerbank diktiert. Der Käufer wird sich daher ausschließlich mit dieser über die weitere Abwicklung auseinandersetzen müssen.

## 2. Im eröffneten Insolvenzverfahren

### a) Klärung des Vertragsschicksals

Ist das Insolvenzverfahren eröffnet, so bildet die in Abschnitt III Ziffer 3 geschilderte Rechtslage die Ausgangslage für die weitere Abwicklung. Die Handlungsmöglichkeiten sind dort bereits vorgezeichnet.

Um schnellstmöglich Gewissheit über das weitere Schicksal des Vertrages zu erhalten und insbesondere gegebenenfalls selbst weiterbauen zu können, muss der Käufer die Initiative ergreifen und den Verwalter auffordern, sich zu erklären, ob er das Bauvorhaben zu Ende bringen möchte oder nicht. Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO hat sich der Verwalter daraufhin *unverzüglich*<sup>99</sup> zu erklären. Dem Verwalter muss eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden. Er muss genügend Zeit haben, um die Auswirkungen einer Wahlrechtsausübung für die Masse zu klären<sup>100</sup>.

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, so tritt er nunmehr an die Stelle des Bauträgers. Seine Verpflichtung zur Fertigstellung wird nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO Masseschuld. Der Käufer ist an die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters gebunden.

Lehnt der Verwalter die weitere Erfüllung des Vertrages ab, so muss er dem vorgemerkten Käufer das Eigentum an dem

<sup>93</sup> Hess, InsO, 1999, § 22 Rdnr. 211.

<sup>94</sup> Für den Sequester im Geltungsbereich der Konkursordnung, OLG Hamm, Ur. v. 6.5.1986 – 27 U 10/86 (= NJW 1986, 2061); Hess, InsO, 1999, § 22 Rdnr. 203 m. w. N. Eingehend zur Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter siehe Kirchhof, ZInsO 2000, 297.

<sup>95</sup> Vgl. Pape, in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 14 S. 1136 Rdnr. 13.

<sup>96</sup> Zu den Auswirkungen der vom BGH zu § 17 KO vertretenen und auf § 103 InsO übertragbaren Erlöschenstheorie auf vor Insolvenzeröffnung vorgenommene Zessionen siehe ausführlich Adam, DZWIR 1998, 227; Obermüller, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 985.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu eingehend Röhl, DNotZ 1976, 453; sowie Heckschen, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1825 (1828 ff) Rdnr. 14 ff; ders., MittRhNotK 1999, 11 (14 ff); ders., NotBZ 1999, 41 (43 ff); Uhlenbruck, MittRhNotK 1994, 305 (309 f).

<sup>98</sup> So auch Röhl, WE 1997, 94 (95).

<sup>99</sup> Nach Pape (in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 531/551 Rdnr. 26) ist *unverzüglich* als ohne schuldhaftes Zögern im Sinne der Legaldefinition des § 121 Abs. 2 BGB aufzufassen; ebenso Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand 1999, § 103 Rdnr. 44; a. A. von Wietersheim, InVo 1999, 261 (262).

<sup>100</sup> Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand 1999, § 103 Rdnr. 46; in diesem Sinne auch Smid, InsO, 1999, § 103 Rdnr. 32.

Grundbesitz nebst Bautorso verschaffen. Ergibt sich nach der Saldierung der gegenseitigen Ansprüche ausnahmsweise noch ein Zahlungsanspruch zugunsten der Masse, so wird der Verwalter die Auflassung aber erst nach Zahlung erklären oder zur Eintragung im Grundbuch freigeben.

Teilt der Insolvenzverwalter dem Käufer mit, dass er den Vertrag nur bei Änderung der ursprünglichen Vereinbarungen erfüllen wird, so liegt darin eine Ablehnung des bisherigen Vertrags; lässt sich der Käufer auf eine Änderungsvereinbarung ein, so kommt ein neuer Vertrag zustande<sup>101</sup>.

Mit der Klarstellung der zwischen Insolvenzverwalter und Käufer bestehenden Rechtslage ist die Betrachtung jedoch noch nicht komplett. Der Insolvenzverwalter ist dem vorgezeichneten Käufer bei Erfüllungsablehnung nicht zur *lastenfreien* Eigentumsverschaffung verpflichtet. Ob der Käufer in den Genuss des Grundbesitzes nebst Bautorso kommt, entscheidet letztlich die Finanzierungsbank des Bauträgers, die der Vormerkung des Käufers im Range vorgeht. Diesbezüglich kann jedoch auf die Ausführungen in vorstehend Ziffer 1 lit. b) verwiesen werden.

Ergibt die Saldierung der gegenseitigen Ansprüche einen Aufzahlungsbetrag zulasten des Käufers, so wird dieser Betrag regelmäßig an die absonderungsberechtigte Bauträgerbank fließen müssen, an die bereits vor Insolvenzeröffnung die Kaufpreisansprüche abgetreten worden sind. Daran ändert sich wohl auch nichts, wenn man mit dem Erlöschen der gegenseitigen Erfüllungsansprüche auch die Gegenstandslosigkeit der vor Insolvenzeröffnung erfolgten Abtretung bejaht, da das Rechtsverhältnis der Beteiligten durch die Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung gekennzeichnet ist<sup>102</sup>. Die Bank tritt ansonsten in das sich aus der Insolvenzeröffnung ergebende Abrechnungsverhältnis ein<sup>103</sup>.

#### **b) Verfolgung von (abgetretenen) Resterfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen**

Nach den in Abschnitt III Ziffer 3 dargestellten Grundsätzen sind die Resterfüllungs- und Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger bei Insolvenzeröffnung nur noch Teil des Abrechnungsverhältnisses, bei dem sich die einzelnen Ansprüche lediglich als Rechnungsposten darstellen und sind demzufolge gemäß § 45 InsO in Geld umzurechnen. Da die Abspeisung mit der Insolvenzquote denkbar unbefriedigend ist, wird der Käufer versuchen, sich mit seinen Resterfüllungs-, Nachbesserungs- oder Mängelbeseitigungsbegehren direkt an die Subunternehmer zu wenden. Da zwischen Käufer und Subunternehmer in der Regel keine vertraglichen Beziehungen bestehen, kann sich das Verlangen des Käufers nur aus abgeleitetem Recht ergeben.

Für gewöhnlich sind die Resterfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Bauträgers gegen seine Subunternehmer für den Fall an den Käufer abgetreten, dass die originären Ansprüche gegen den Bauträger selbst nicht mehr durchsetzbar sind, insbesondere also gerade für den Fall der Bauträgerinsolvenz<sup>104</sup>. Es fragt sich aber, was diese abgetretenen An-

<sup>101</sup>Für den Geltungsbereich der Konkursordnung, BGH, Urt. v. 11.2.1988 – IX ZR 36/87 (= NJW 1988, 1790).

<sup>102</sup>Wenn der Käufer nur noch Zahlungen an den Insolvenzverwalter leisten dürfte, müsste dieser die Zahlungen wieder an die absonderungsberechtigte Bauträgerbank auskehren. Eine andere Beurteilung ließe das Sicherungssystem der Makler- und Bauträgerverordnung in sich zusammenbrechen.

<sup>103</sup>Vgl. *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 265.

<sup>104</sup>Vgl. nur die in Fn. 2 zitierten Musterverträge.

sprüche im Falle der Bauträgerinsolvenz wirklich wert sind<sup>105</sup>, wobei in der Regel davon auszugehen ist, dass der insolvent gewordene Bauträger seinen Zahlungspflichten gegenüber den Subunternehmern nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist.

Die Subunternehmer können dem Käuferbegehren ihre unerfüllt gebliebenen Werklohnforderungen als Einwendung gemäß §§ 404, 273, 320 BGB entgegensetzen. *Feuerborn*<sup>106</sup> hat nachgewiesen, dass der Insolvenzverwalter den Forderungen der Käufer auf Abtretung der Resterfüllungs- und Gewährleistungsansprüche gar nicht mehr nachkommen darf, will er sich nicht nach § 60 InsO schadensersatzpflichtig machen. Da die Verträge des Bauträgers mit den Subunternehmern zur Zeit der Insolvenzeröffnung in der Regel noch von keinem Vertragsteil voll erfüllt sein werden, wird der Insolvenzverwalter auch hier die Nichterfüllung im Sinne von § 103 InsO wählen. Die im Bauträgervertrag vereinbarte bedingte Abtretung der Gewährleistungsansprüche an den Käufer, kann den Verwalter an der Nichterfüllungswahl auch nicht hindern, § 119 InsO<sup>107</sup>.

Mit der endgültigen Erfüllungsablehnung der mit den Subunternehmern geschlossenen Bauverträge gehen auch die ursprünglich gegen die Subunternehmer bestehenden Gewährleistungsansprüche des Bauträgers unter. Damit kann auch der Käufer die Subunternehmer nicht mehr auf Mängelbeseitigung in Anspruch nehmen. Selbst für den Fall, dass einzelne oder gar alle Subunternehmer bereits vor Insolvenzeröffnung vollständig bezahlt sind, darf der Insolvenzverwalter keine Abtretung oder Freigabe der Gewährleistungsansprüche an die Käufer vornehmen; er muss vielmehr Zahlung eines Minderungsbetrages zur Masse verlangen. Auch darf der Subunternehmer in diesem Fall nicht nachbessern, um seinen Verpflichtungen nachzukommen; vielmehr muss er einen Minderungsbetrag an die Masse zahlen<sup>108</sup>.

Der Grund für die so vorprogrammierte Entscheidung des Insolvenzverwalters ist darin zu sehen, dass der Verwalter nur zum Vorteil der Masse handeln darf, und zwar entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass kein Insolvenzgläubiger bevorzugt behandelt werden darf<sup>109</sup>.

#### **c) Auswirkungen auf unbezahlte Erschließungskosten und fehlende Erschließungsarbeiten**

In den meisten Fällen wird sich die Verpflichtung des Bauträgers auch auf die Vornahme der Erschließung<sup>110</sup> des Grundbesitzes bzw. auf die Übernahme der Kosten hierfür erstrecken. Die hierfür anfallenden Aufwendungen des Bauträgers sind in der Regel im Kaufpreis als Festpreis enthalten. Für den Käu-

<sup>105</sup>Dabei ist nicht nur der Fall gemeint, dass die oder einige Subunternehmer ebenfalls insolvent geworden sind.

<sup>106</sup>ZIP 1994, 14. Zustimmend *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 3225 (Fn. 74).

<sup>107</sup>*Feuerborn*, ZIP 1994, 14 (19 f). Unrichtig daher *Blank* (Bauträgervertrag, 2000, Rdnr. 242), der ohne Begründung behauptet, dass dem Insolvenzverwalter durch die Abtretung der Gewährleistungsansprüche im Bauträgervertrag an den Käufer die Möglichkeit der Ablehnung der weiteren Vertragserfüllung mit den Handwerkern gemäß § 103 InsO genommen sei.

<sup>108</sup>Vgl. *Feuerborn*, ZIP 1994, 14 (18); ebenso *Schmitz*, ZIP 1998, 1421 (1429).

<sup>109</sup>Grundsatz der *par condicio creditorum*.

<sup>110</sup>Zum Begriff der Erschließung siehe eingehend *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 268; *ders.*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, H Rdnr. 1 ff; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 386; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 313 f.

fer besteht die Gefahr, dass die Erschließung vom Bauträger vertragswidrig nicht oder nicht vollständig durchgeführt wird und er die hierfür anfallenden Kosten zusätzlich zum Kaufpreis zahlen muss<sup>111</sup>. Der gegen den Bauträger gerichtete Ausgleichsanspruch ist als Insolvenzforderung regelmäßig wertlos<sup>112</sup>. Trotz der vom Bauträger übernommenen Verpflichtung, liegt die Erschließungslast (§ 123 BauGB) weiterhin bei der Gemeinde<sup>113</sup>, die die Kosten, welche als öffentliche Last auf dem Grundbesitz ruhen, als Erschließungsbeiträge an den Käufer als zukünftigen Grundstückseigentümer weitergeben wird. Eine abschließende Sicherung des Käufers lässt sich nur schwer durchführen<sup>114</sup>.

Hat jedoch die Gemeinde mit dem Bauträger einen Erschließungsvertrag gemäß § 124 BauGB geschlossen und es versäumt, sich durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft eines tauglichen Bürgen gegen das Insolvenzrisiko des Bauträgers abzusichern, so wird sie nicht berechtigt sein, die Kosten für die nun ihr obliegende Fertigstellung der Erschließung dem Käufer im Wege von Erschließungsbeiträgen aufzuerlegen<sup>115</sup>.

Die Verpflichtung des Bauträgers zur Übernahme des Erschließungsbeitrags unterliegt dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters, auch wenn die Übereignungspflicht hinsichtlich des Grundbesitzes wegen § 106 InsO dem Wahlrecht entzogen ist. Das gilt unabhängig davon, ob das Entgelt für das Grundstück in dem Vertrag gesondert ausgewiesen ist<sup>116</sup>.

#### d) Bürgschaftsgesicherte Ansprüche

Hat der Bauträger dem Käufer vor Entgegennahme von Zahlungen eine Bürgschaft nach § 7 MaBV gestellt, so stellt sich die Frage, welche Ansprüche der Käufer nach Insolvenzeröffnung gegen den Bürgen geltend machen kann.

Durch eine Bürgschaft nach § 7 MaBV, die begrifflich als Vorauszahlungsbürgschaft einzuordnen ist<sup>117</sup>, sollen die Ansprüche des Käufers auf Auszahlung oder Rückgewähr der von ihm geleisteten Vermögenswerte abgesichert werden<sup>118</sup>. Gesichert ist also ein künftiger und bedingter Rückzahlungsanspruch des Käufers. Der Rückzahlungsanspruch entsteht nur bei Rückabwicklung des Bauträgervertrags und setzt somit grundsätzlich Kündigung, Rücktritt, Wandelung, Vertragsaufhebung oder dergleichen voraus.

Umstritten ist, wie sich das automatische Erlöschen der gegenseitigen Erfüllungsansprüche im Falle der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter auf die Bürgschaft auswirkt. Denn für die Verpflichtung des Bürgen ist gemäß § 767 Abs. 1 BGB der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend<sup>119</sup>. Nach *Horn*<sup>120</sup> haftet auch der Bürge gemäß

§ 767 Abs. 1 BGB nur auf Schadensersatz, wenn sich die Hauptforderung aus beiderseits unerfüllten Verträgen in Folge Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter nach § 103 InsO in eine Schadensersatzforderung verwandelt. Dagegen soll nach *Henckel*<sup>121</sup> und *Uhlenbruck*<sup>122</sup> eine für den Erfüllungsanspruch bestellte Bürgschaft bestehen bleiben. Schließlich wird noch die Ansicht vertreten, dass der Käufer den Bürgen gemäß § 7 MaBV nur dann in Anspruch nehmen kann, wenn der ganze Vertrag rückabgewickelt wird; wollte der Käufer im Falle des steckengebliebenen Bauvorhabens das Bauvorhaben alleine zu Ende bringen, so könne er die Bürgschaft überhaupt nicht realisieren<sup>123</sup>.

Man könnte nun den Standpunkt vertreten, dass sich nach der in Abschnitt III Ziffer 3 ausführlich geschilderten Erlöschentheorie des BGH für den Käufer keine Möglichkeit ergibt, die Bürgschaft, zumindest wegen der vollständigen Anzahlungen, zu realisieren. Damit wäre aber die Bürgschaftssicherung im Wesentlichen ausgehöhlt. Sachgerechter erscheint es daher, die Vorschrift des § 7 MaBV nach ihrem Sinn und Zweck dahingehend auszulegen, dass dem Käufer das Recht auf Rückgewähr seiner geleisteten Zahlungen in voller Höhe auch im Insolvenzfall verbleibt, vorausgesetzt, der Insolvenzverwalter hat nicht Erfüllung des Vertrages gewählt. Dogmatisch betrachtet wird § 7 MaBV diesbezüglich eher als Rückzahlungsgarantie der versprechenden Institution als als Bürgschaft anzusehen sein.

## V. Insolvenzanfechtung

Die Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff InsO hat die Aufgabe, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens dadurch wiederherzustellen, dass Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der Krise vor Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen wurden<sup>124</sup>. Die Insolvenzanfechtung ist Sache des Insolvenzverwalters und hat nichts zu tun mit der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung nach den §§ 119 ff BGB. Gemeinsame Voraussetzung jedes insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestandes sind eine anfechtbare Rechtshandlung, eine daraus folgende Vermögensverkürzung und eine objektiv gegebene Benachteiligung der Insolvenzgläubiger<sup>125</sup>.

Die Insolvenzanfechtung ist nicht dazu geschaffen, der Insolvenzmasse Vorteile zu verschaffen, die sie ohne die angefochtene Rechtshandlung nicht erlangt hätte<sup>126</sup>. Eine Gläubigerbenachteiligung setzt voraus, dass durch die vorgenommene Rechtshandlung der Zugriff der Insolvenzgläubiger auf das Vermögen des Schuldners (Bauträgers) bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise beeinträchtigt wird. Aus diesem Grund sind Rechtshandlungen, die zwar auf den ersten Blick das Vermögen des Bauträgers zu verkürzen scheinen, gleichwohl

<sup>111</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 387.

<sup>112</sup> So auch *Schmitz*, Der Baukonkurs, 1999, Rdnr. 274.

<sup>113</sup> Vgl. *Grziwotz*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, H Rdnr. 17; *ders.*, MDR 1996, 978.

<sup>114</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 399. Zu den Sicherungsmöglichkeiten siehe *Grziwotz*, NotBZ 1999, 16; *ders.*, ZfIR 1998, 595; *ders.*, MDR 1996, 978.

<sup>115</sup> Vgl. *Grziwotz*, in: *Hagen/Brambring*, Immobilienrecht 1998, S. 237 (238 – 240).

<sup>116</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.10.1986 – 13 U 191/85 (= ZIP 1986, 1404 = EWIR § 17 KO 5/86, 1123 Anm. *Brehm*)

<sup>117</sup> Vgl. *Bomhard*, ZBB 1998, 43 (50).

<sup>118</sup> Siehe allgemein zur Bürgschaft nach § 7 MaBV *Speck*, MittRh-NotK 1995, 117; sowie *Krause* NotBZ 1997, 73.

<sup>119</sup> Ausdruck des allgemeinen Akzessorietätsgrundsatzes, der freilich im Bürgschaftsrecht nicht streng durchgehalten werden kann.

<sup>120</sup> In: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 1997, Vorbemerkung zu § 765 ff. BGB Rdnr. 168.

<sup>121</sup> In: *Jaeger*, KO, 9. Aufl. 1997, § 17 Rdnr. 198 (hierfür Bearbeitungsstand: November 1979).

<sup>122</sup> In: *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 17 Rdnr. 1.

<sup>123</sup> Gutachten DNotI-Report 1995, 41 (42 rechte Spalte); *Holland*, in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 763; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 359.

<sup>124</sup> Vgl. *Kreft*, in: *Eickmann* u.a., Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 129 Rdnr. 1.

<sup>125</sup> Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 210.

<sup>126</sup> Siehe *Kreft*, in: *Eickmann* u.a., Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 129 Rdnr. 36.

nicht anfechtbar, wenn sich bei genauerem Zusehen ergibt, dass die Gläubiger ohne die Rechtshandlung im wirtschaftlichen Ergebnis nicht besser stünden<sup>127</sup>.

§ 106 InsO schließt nach allgemeiner Meinung eine Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff InsO nicht aus<sup>128</sup>. Nach *Marotzke*<sup>129</sup> ergibt sich dies bereits aus dem Grundsatz, dass der Vormerkungsberechtigte nicht besser gestellt werden dürfe, als wenn er sofort das endgültige Recht erlangt hätte. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Anfechtung des Anspruchs, der Vormerkung und des Erfüllungsgeschäfts, mit dem der gesicherte Anspruch verwirklicht wird<sup>130</sup>. Dazu gilt:

a) Ficht der Insolvenzverwalter erfolgreich den Bauträgervertrag an, aus dem sich der gesicherte Anspruch herleitet, so ergeben sich keine Besonderheiten. Der Käufer erhält seine bereits erbrachte Gegenleistung nach § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO aus der Insolvenzmasse zurück, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist<sup>131</sup>.

b) Richtet sich die Anfechtung nur gegen die Vormerkung, weil z.B. der Bauträgervertrag selbst unanfechtbar ist, so kommt als Anfechtungstatbestand lediglich § 130 InsO (kongruente Deckung) in Betracht; alle anderen Anfechtungstatbestände scheiden von vornherein aus<sup>132</sup>. Liegen die Voraussetzungen des § 130 InsO vor, so bleibt eine Anfechtung möglich<sup>133</sup>. Soweit dem Käufer ein Rückgewähranspruch hinsichtlich seiner geleisteten Zahlungen nach § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO zusteht, hat er gegenüber dem in § 143 Abs. 1 InsO begründeten Anspruch des Insolvenzverwalters auf Rückgewähr der Vormerkung die Zug-um-Zug-Einrede des § 273 BGB<sup>134</sup>.

c) Erfolgt die Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts, so ist zu beachten, dass der Käufer bereits mit Beantragung der Eintragung der Vormerkung eine insolvenzfesten Position erlangt hat. Da die Insolvenzmasse damit rechtswirksam durch die Vormerkung belastet war, mithin die Masse nicht vermindert wurde, fehlt es in diesem Fall an der für alle Anfechtungstatbestände erforderlichen Gläubigerbenachteiligung<sup>135</sup>.

Nach den vorbezeichneten Grundsätzen werden somit redliche Käufer eine Insolvenzanfechtung nicht zu fürchten haben.

## VI. Auswirkungen der Bauträgerkrise auf den notariellen Vollzug

### 1. Vollmachten

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen gemäß § 117 InsO die vom Bauträger erteilten Vollmachten. Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zur Unwirksamkeit der

vom Bauträger erteilten Vollmachten im Stadium vor Insolvenzeröffnung gibt es nicht. In denjenigen Fällen, in denen ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt und/oder ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen wurde, sind vom Bauträger vorgenommene Rechtshandlungen unwirksam. Das muss auch für Rechtshandlungen gelten, die der Bauträger nicht selbst, sondern ein von ihm Bevollmächtigter in seinem Namen vornimmt. Schon aus dem Wesen der Vollmacht ergibt sich nämlich, dass dem Vollmachtnehmer nicht weitergehende Befugnisse zustehen können, als sie der Vollmachtgeber selbst innehat. Ein gutgläubiger Erwerb vom Bevollmächtigten ist insoweit nicht möglich, da der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis nicht geschützt ist<sup>136</sup>.

Die an den Bauträger erteilten Vollmachten bleiben jedoch bestehen<sup>137</sup>.

Dies hat gewichtige Auswirkungen auch auf die Vertragsabwicklung. Die an den Notar, seine Mitarbeiter oder auch an den Käufer erteilten Abwicklungs-, Auflassungs- und Finanzierungsvollmachten sind nicht mehr verwendbar; der Notar darf eine Beurkundung aufgrund einer solchen Vollmacht nicht mehr vornehmen<sup>138</sup>.

### 2. Vollstreckbare Ausfertigungen

Fraglich ist, wie der Notar bei der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen zu verfahren hat. In Betracht kommen insoweit nur Titel, die nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Bauträgervertrag oder in Grundpfandrechtsurkunden begründet wurden.

#### a) Unterwerfung des Bauträgers im Bauträgervertrag

Hat sich im Bauträgervertrag der Bauträger der Zwangsvollstreckung unterworfen, z.B. wegen seiner Verpflichtung zur Bauerrichtung<sup>139</sup> oder, was nur selten der Fall sein dürfte, wegen bestimmter Zahlungsansprüche, so ist zu beachten, dass mit Insolvenzeröffnung das Vollstreckungsverbot für Insolvenzgläubiger gemäß § 89 Abs. 1 InsO gilt. Bereits mit Verfahrenseröffnung wird daher dem Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Käufer verwehrt sein<sup>140</sup>.

M.E. ist der Notar aber bereits wegen der in Abschnitt III Ziffer 3 eingehend dargestellten BGH-Rechtsprechung zu § 103 InsO an der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gehindert. Mit Insolvenzeröffnung wandelt sich nämlich der Anspruch, wegen dem sich der Bauträger der Zwangsvoll-

<sup>136</sup>Vgl. MünchKomm/Wacke, BGB, 3. Aufl. 1997, § 891 Rdnr. 12, § 892 Rdnr. 26.

<sup>137</sup>Siehe hierzu auch Gutachten DNotI-Report 1996, 113.

<sup>138</sup>Vgl. *Heckschen*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1825 (1836) Rdnr. 35 a.E.; *ders.*, MittRhNotK 1999, 11 (14); *ders.*, NotBZ 1999, 41 (43). Wegen der Auflassungsvollmachten allerdings zweifelnd *Brambring*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 312.

<sup>139</sup>Seit der Novellierung des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO mit Wirkung zum 1.1.1999 durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17.12.1997 (BGBl. I 3039) nunmehr unproblematisch zulässig.

<sup>140</sup>So *Heckschen*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1825 (1836) Rdnr. 36; *ders.*, NotBZ 1999, 41 (45); a.A. jedoch *Wolfsteiner* (in: MünchKomm, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 727 Rdnr. 26) unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Auffassung (in: Die vollstreckbare Urkunde, 1978, § 38 Rdnr. 11) und mit der Begründung, dass es sich bei der Klauselerteilung noch um keine Zwangsvollstreckungsmaßnahme handele; widersprüchlich *Hintzen*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1107 (1108) in den Ausführungen bei Rdnr. 4 und Rdnr. 6.

streckung unterworfen hat, kraft Gesetzes in einen einseitigen Schadensersatzanspruch um, der jedoch gerade nicht tituliert ist<sup>141</sup>. Damit erübrigt sich insoweit auch eine Argumentation mit § 89 InsO. Etwas anderes gilt nur, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages wählt. Dann wird der Anspruch des Käufers gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO Masse-schuld und das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO gilt für den Käufer nicht bzw. nicht mehr. Wie der Käufer die Erfüllungswahl im Hinblick auf § 726 ZPO nachweisen kann, muss offen bleiben, zumal er keinen Anspruch gegen den Insolvenzverwalter auf Erfüllungswahl in der Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde haben dürfte. Ist dem Notar der Nachweis jedoch formgerecht erbracht, so hat er dem Käufer eine vollstreckbare Ausfertigung in entsprechender Anwendung von § 727 ZPO gegen den Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger des Bauträgers zu erteilen<sup>142</sup>.

#### b) Unterwerfung des Käufers im Bauträgervertrag

Hat sich der Käufer wegen seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung im Bauträgervertrag der Zwangsvollstreckung unterworfen, so wird sich bereits mit Blick auf das BGH-Urteil vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97<sup>143</sup> – die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verbieten<sup>144</sup>. Sollte jedoch im Einzelfall die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gleichwohl für zulässig erachtet werden, so wäre sie dem Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger des Bauträgers analog § 727 ZPO zu erteilen. Wie bereits oben unter a) ausgeführt, ist jedoch auch hier zu beachten, dass der Erfüllungsanspruch des Bauträgers mit Verfahrenseröffnung erloschen ist und ein eventueller einseitiger Anspruch des Verwalters auf den Abrechnungssaldo nicht dem früheren Titel zugrunde liegt<sup>145</sup>.

M.E. kann der Notar die vollstreckbare Ausfertigung trotz der Rechtsprechung hierzu, die dem Notar in aller Regel nur Prüfungspflichten und -rechte in rein formeller Hinsicht zuge-steht<sup>146</sup>, verweigern und muss den Käufer nicht auf die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO verweisen. Hat der Verwalter jedoch Vertragserfüllung gewählt, so ist ihm als Rechtsnachfolger des Bauträgers eine von ihm begehrte vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wenn er dem Notar die Erfüllungswahl nachgewiesen hat<sup>147</sup>.

#### c) Unterwerfung in Grundschuldbestellungsurkunden

Von Grundschuldbestellungsurkunden kann eine vollstreckbare Ausfertigung zum einen von der Bauträgerbank wegen ihres dinglichen Anspruchs und/oder ihres persönlichen Anspruchs aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis und zum an-

deren von der Käuferfinanzierungsbank wegen ihres dinglichen Anspruchs verlangt werden. In beiden Fällen kann der Bank als absonderungsberechtigter Gläubigerin gemäß §§ 49, 80 Abs. 1 InsO eine vollstreckbare Ausfertigung wegen ihres dinglichen Anspruchs gegen den Insolvenzverwalter analog § 727 ZPO erteilt werden<sup>148</sup>; die Bestimmung des § 89 Abs. 1 InsO steht dem nicht entgegen. Wegen des persönlichen Anspruchs aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis im erstgenannten Fall ist der Insolvenzverwalter jedoch nicht Rechtsnachfolger des Bauträgers; hier greift § 89 Abs. 1 InsO<sup>149</sup>.

#### d) Titelum-schreibung im Voreröffnungsstadium

Je nachdem, welche Sicherungsmaßnahme das Insolvenzgericht erlassen hat, wird zu entscheiden sein, ob und gegen bzw. für wen eine vollstreckbare Ausfertigung wegen des persönlichen Anspruchs zu erteilen ist. Zu beachten ist, dass in diesem Stadium die gegenseitigen Erfüllungsansprüche noch unverändert bestehen, da § 103 InsO erst mit Insolvenzeröffnung gilt. Ist ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen, so ist wegen der gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 InsO auf den vorläufigen Verwalter übergebenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eine vollstreckbare Ausfertigung für und gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter analog § 727 ZPO zu erteilen<sup>150</sup>. Ist nur ein sogenannter „schwacher“ Insolvenzverwalter bestellt, auf den also noch nicht die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist, so können Gläubiger des Bauträgers aufgrund des bestehenden Titels und ohne Klauselumschreibung gegen den Bauträger vollstrecken<sup>151</sup>; dem vorläufigen Verwalter kann mangels übergebener Verfügungsbefugnis keine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

### 3. Eigentums-umschreibung und Löschung eingetragener Verfügungsbeschränkungen

Wegen der bei Grundstückskaufverträgen typischen Abwicklung der Hauptleistungspflichten mit entscheidender treuhänderischer Einbindung des Notars, steht beim Steckenbleiben des Baus, gleichgültig ob das Insolvenzverfahren bereits eröffnet ist oder zunächst nur vorläufige Sicherungsmaßnahmen angeordnet sind, noch der Vollzug der Auflassung aus. Der Bauträger wird die Auflassung nämlich nur erklären bzw. zum Vollzug „freigeben“, wenn der Käufer den Kaufpreis vollständig bezahlt und das Bauwerk abgenommen hat. Ist das Insolvenzverfahren bereits eröffnet, so gilt das bereits oben in Abschnitt III Ziffer 3 Gesagte. Auf die dortigen Ausführungen kann somit verwiesen werden.

Gleichgültig, welche Lösung der Notar zum Schutz des Bauträgers gewählt hat<sup>152</sup>, ob die Trennung von schuldrechtlichem Bauträgervertrag und Auflassung, wonach die Auflassung in einer Nachtragsurkunde von den Vertragsteilen selbst oder über Bevollmächtigte erklärt wird, oder den beurkundungsrechtlichen Weg, bei dem der Bauträgervertrag zwar die

<sup>141</sup>In diesem Sinne wohl auch das Urteil des BGH vom 29.1.1987 – IX ZR 205/85 = WM 1987, 380.

<sup>142</sup>Die entsprechende Anwendung des § 727 ZPO auf sog. Parteien kraft Amtes wird von der überwiegenden Meinung bejaht. Vgl. nur *Zöller/Stöber*, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 727 Rdnr. 18. Kritisch zu dieser h.M. siehe *Karsten Schmidt*, JR 1991, 309.

<sup>143</sup>MittBayNot 1998, 458 (m. Anm. *F. Schmidt*, S. 460) = DNotZ 1999, 53 (m. ausf. Anm. *Wolfsteiner*, S. 99).

<sup>144</sup>So im Ergebnis wohl auch unter Wiedergabe des Meinungsstandes ausführlich Gutachten DNotI-Report 1999, 141; Thüringer OLG (Jena), Urt. v. 4.5.1999 – 5 U 1115/98 (= DNotI-Report 2000, 10); a.A. LG Zwickau, Beschl. v. 20.10.1999 – 6 T 239/99 (= NotBZ 2000, 200 mit abl. Anm. *Püls*).

<sup>145</sup>Vgl. BGH, Urt. vom 29.1.1987 – IX ZR 205/85 (= WM 1987, 380); *Kirchhof*, WM Sonderbeilage Nr. 2/1996, S. 11.

<sup>146</sup>Siehe zuletzt BayObLG, Beschl. v. 29.9.1999 – 3Z BR 281/99 (= DNotZ 2000, 368 = DNotI-Report 1999, 177).

<sup>147</sup>Im Hinblick auf § 726 ZPO wird man als Nachweis eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Insolvenzverwalters fordern müssen.

<sup>148</sup>Formulierungsvorschlag für eine solche Klauselumschreibung siehe *Grauel*, in: *Notariatskunde*, 13. Aufl. 2000, Rdnr. 354.

<sup>149</sup>Vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 727 Rdnr. 18.

<sup>150</sup>*Hintzen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 1107 (1112) Rdnr. 16, 17; a. A. noch für den Sequester im Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahren ein Gutachten des deutschen Notarinstituts (unveröffentlicht) mit der Dokumentnummer 1701.

<sup>151</sup>*Hintzen*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 1107 (1112) Rdnr. 16, 18.

<sup>152</sup>Die nachfolgende Terminologie folgt *Nieder*, in: *Münchener Vertragshandbuch* Bd. 4 I.HB, 4. Aufl. 1998, I.1 Anm. 10 a).

Auflassung und die Eintragungsbewilligung enthält, jedoch Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften vorerst nur auszugsweise ohne die Auflassung erteilt werden dürfen, oder schließlich den Grundbuchverfahrensrechtlichen Weg, bei dem im Bauträgervertrag zwar die Auflassung erklärt, jedoch die Eintragungsbewilligung ausdrücklich ausgenommen und zu gegebener Zeit durch einen Bevollmächtigten, meist den Notar, erklärt wird, ist eine Eigentumsumschreibung ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters wegen §§ 80, 81 InsO nicht mehr möglich<sup>153</sup>.

Die vom Insolvenzverwalter erklärte Auflassung bzw. die Zustimmung dazu bedarf gemäß § 164 InsO zu ihrer Wirksamkeit im Außenverhältnis keiner Genehmigung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung<sup>154</sup>; die Bestimmung des § 160 InsO hat der Insolvenzverwalter lediglich im Innenverhältnis zu beachten. Notar und Grundbuchamt gegenüber hat sich der Insolvenzverwalter durch die Vorlage der Urkunde über seine Bestellung (§ 56 Abs. 2 InsO) zu legitimieren<sup>155</sup>, von der gemäß § 12 BeurkG eine beglaubigte Abschrift zur Urkunde zu nehmen ist. Liegt dem Notar die dem Insolvenzverwalter ausgestellte Ausfertigung über seine Bestellung vor, so genügt für das Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift, wenn der Notar in der Urkunde bestätigt, dass ihm bei der Beurkundung die Ausfertigung der Bestellungsurkunde vorgelegen hat<sup>156</sup>.

Der Insolvenzverwalter hat mit der Erklärung der Auflassung bzw. der Zustimmung zu dieser gleichzeitig die Löschung des Insolvenzvermerks zu beantragen. Nach § 32 Abs. 3 S. 2 InsO steht dem Insolvenzverwalter hierfür ein ausdrückliches Antragsrecht zu. Daneben besteht selbstverständlich auch die Möglichkeit, dass das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um Löschung des Insolvenzvermerks ersucht, § 32 Abs. 3 S. 1 InsO. Das Lösungsersuchen des Insolvenzgerichts an das Grundbuchamt erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Insolvenzverwalters oder des Käufers<sup>157</sup>. Die Löschung des Vermerks im Grundbuch ist gebührenfrei, § 69 Abs. 2 KostO. Soweit zusätzlich zum Insolvenzvermerk noch ein Verfügungsverbot eingetragen ist, ist dieses mit Insolvenzeröffnung gegenstandslos geworden; es kann auf Antrag im Wege der Berichtigung gelöscht werden. Die Grundbuchrichtigkeit ist dem Grundbuchamt durch den sich bei den Grundakten befindlichen Eröffnungsbeschluss bereits nachgewiesen.

<sup>153</sup>Die Verfügungsbefugnis des Grundstückseigentümers muss zur Herbeiführung eines wirksamen Eigentumsübergangs nämlich grundsätzlich bis zur Eintragung im Grundbuch vorliegen (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 873 Rdnr. 1,2,11).

<sup>154</sup>Vgl. *Flessner*, in: *Eickmann u.a.*, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 164 InsO Rdnr. 1.

<sup>155</sup>Vgl. *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 3138; *Brambring*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, AI Rdnr. 311; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 12 Rdnr. 14; mit Einschränkungen *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 12 Rdnr. 12 (Fn.3), 14; *Grauel*, in: *Notariatskunde*, 13. Aufl. 2000, Rdnr. 422; *Knöchlein*, DNotZ 1959, 3 (24); *Hess*, BWNNotZ 1975, 140 (146). Die Vorlage des Eröffnungsbeschlusses ist weder erforderlich noch ausreichend. Insofern ist der Formulierungsvorschlag von *Grauel* (in: *Notariatskunde*, 13. Aufl. 2000, Rdnr. 354) widersprüchlich zu seinen Ausführungen in Rdnr. 422.

<sup>156</sup>An diese Bestätigung, die öffentlichen Glauben genießt, ist das Grundbuchamt gebunden. Vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 12 Rdnr. 16,18; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 12 Rdnr. 31; *Meikel/Brambring*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998, § 29 GBO Rdnr. 101.

<sup>157</sup>Vgl. *Hess*, InsO, 1999, §§ 32, 33 Rdnr. 32, 33.

Oftmals wird in das Grundbuch trotz Insolvenzeröffnung kein Insolvenzvermerk eingetragen oder ein eingetragener Vermerk einige Zeit nach Insolvenzeröffnung wieder gelöscht, wenn der Insolvenzverwalter den Grundbesitz wirksam freigegeben hat<sup>158</sup>. Das Recht auf Freigabe eines zur Masse gehörigen Gegenstandes wird dem Insolvenzverwalter trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zugestanden. Dies wird für die Insolvenzordnung nunmehr aus § 32 Abs. 3 InsO gefolgert, da diese Bestimmung die Zulässigkeit einer Freigabe voraussetzt<sup>159</sup>. Nach h.M. stellt die Freigabe eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die der Verwalter gegenüber dem Schuldner (Bauträger) abzugeben hat<sup>160</sup>.

Mit Zugang der Freigabe beim Bauträger gemäß § 130 BGB<sup>161</sup> scheidet der Grundbesitz aus der Insolvenzmasse aus, wird vom Insolvenzbeschlagn frei und steht damit dem Bauträger in ungeschmälerter Verfügungsbefugnis wieder zur Disposition. Rechtshandlungen, die der Bauträger bereits vorgenommen hat, werden wieder voll wirksam; insbesondere ist auch keine Umschreibung auf den Bauträger erforderlich, da dieser ohnehin als Eigentümer eingetragen ist<sup>162</sup>. Das Grundbuch ist damit bezüglich der noch eingetragenen Verfügungsbeschränkung unrichtig geworden.

Die Berichtigung kann zum einen dadurch betrieben werden, dass entweder das Insolvenzgericht gemäß § 32 Abs. 3 S. 1 InsO beim Grundbuchamt um Löschung ersucht bzw. der Verwalter gemäß § 32 Abs. 3 S. 2 InsO die Löschung beantragt oder zum anderen, wenn dem Grundbuchamt die Freigabe in der Form des § 29 GBO<sup>163</sup> nachgewiesen wird<sup>164</sup>. Ist die Auflassung noch nicht erklärt, so kann sich der Insolvenzverwalter seinen Verpflichtungen nicht mit der Begründung entziehen, er habe den Grundbesitz bereits rechtswirksam freigegeben bzw. werde diesen unverzüglich freigeben. Gemäß § 106 Abs. 1 S. 1 InsO kann der Käufer vom Insolvenzverwalter nämlich Befriedigung *aus der Insolvenzmasse* verlangen<sup>165</sup>. Das bedeutet, dass der Insolvenzverwalter den Grundbesitz auf Kosten der Masse<sup>166</sup> an den Käufer aufzulassen hat.

Wenn ein Verfügungsbefugter vorläufiger Insolvenzverwalter den Grundbesitz an den Käufer auflässt bzw. einer bereits erklärten Auflassung zustimmt, ist ihm im Gegensatz zum endgültigen Insolvenzverwalter kraft Gesetzes kein Antragsrecht auf Löschung der im Grundbuch eingetragenen Verfügungs-

<sup>158</sup>Vgl. *Hess*, InsO, 1999, §§ 32,33 Rdnr. 16. Zum Meinungsstreit über die Zulässigkeit einer Freigabe bei juristischen Personen siehe *Förster*, ZInsO 2000, 315.

<sup>159</sup>Vgl. *Pape*, in: *Lambert-Lang/Tropff/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 14 S. 1148 Rdnr. 59; *Hess*, InsO, 1999, §§ 32,33 Rdnr. 37.

<sup>160</sup>Vgl. statt vieler *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1997, § 6 Rdnr. 22 (hierfür Bearbeitungsstand: Februar 1977); *Hess*, InsO, 1999, §§ 32,33 Rdnr. 38.

<sup>161</sup>Vgl. *Hess*, InsO, 1999, §§ 32, 33 Rdnr. 39.

<sup>162</sup>Vgl. *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Auflage 1997, § 6 Rdnr. 22 (hierfür Bearbeitungsstand: Februar 1977).

<sup>163</sup>Obwohl die Freigabe materiellrechtlich an keine Form gebunden ist, bedarf sie im Verfahren vor dem Grundbuchamt der Form des § 29 GBO (siehe *Röll*, DNotZ 1976, 453/476).

<sup>164</sup>*Laut Holzer* (in: *Kübler/Prütting*, InsO, Stand 1998, § 32 Rdnr. 28) soll das Grundbuchamt nach § 84 Abs. 2 Buchst. b) GBO auch berechtigt sein, den Insolvenzvermerk von Amts wegen zu löschen.

<sup>165</sup>Nach *Marotzke* (in: *Eickmann*, u.a., Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 1999, § 106 Rdnr. 8) gewährt § 106 nicht nur ein Absonderungsrecht, sondern eine stärkere, eher mit einem Aussonderungsrecht vergleichbare Befugnis.

<sup>166</sup>Soweit der Bauträger hierfür Kostenschuldner war.

beschränkungen eingeräumt<sup>167</sup>. Das Grundbuchamt kann daher die Löschung nur aufgrund eines Ersuchens des Insolvenzgerichts vornehmen. Auch hier erfolgt ein derartiges Ersuchen an das Grundbuchamt nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters oder des Käufers<sup>168</sup>.

## VII. Sonderprobleme bei Wohnungs-/Teileigentum

Handelt es sich bei dem vertragsgegenständlichen Grundbesitz um Wohnungs-/Teileigentum, so ergeben sich zusätzlich eine Reihe von Sonderproblemen, die hier nur angeschnitten werden können<sup>169</sup>. Hier vor allem bewahrheitet sich die in der Einleitung aufgestellte Behauptung, es müsse für jeden Einzelfall eine wirtschaftlich vernünftige Lösung gesucht werden. Das Kernproblem steckt in der Tatsache, dass ein Käufer das im Geschosswohnungsbau angelegte Wohnungs-/Teileigentum nicht alleine fertigstellen kann. Vielmehr befinden sich hier mehr als in allen anderen Fallkonstellationen sowohl die Käufer und deren Finanzierungsbanken einerseits als auch die Bauträgerfinanzierungsbank andererseits in einem Boot. Sie alle haben Investitionen in ein unfertiges Wirtschaftsgut getätigt, das als Bauruine<sup>170</sup> nicht nutzbar und nicht verwertbar ist. *F. Schmidt*<sup>171</sup> drückt die Situation vollkommen zutreffend und plakativ wie folgt aus: Das gezahlte Geld ist gesichert, der Wert aber nicht nutzbar.

Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Wohnungseigentümer eine Baufertigstellungspflicht (analog § 22 Abs. 2 WEG) trifft. Einigkeit besteht aber darüber, dass eine Baufortsetzung von den Käufern nach §§ 21 Abs. 3, 4 WEG jedenfalls nur dann beschlossen werden kann, wenn das Gebäude bereits zu einem großen Teil, d.h. zu mehr als der Hälfte seines Wertes, fertiggestellt ist<sup>172</sup>. Wegen der damit zusammenhängenden Rechtsunsicherheit und der Problematik, wann überhaupt eine Eigentümergemeinschaft bzw. eine werdende (faktische) Eigentümergemeinschaft entsteht, wird sich ein Zusammenschluss der Käufer in einer BGB-Gesellschaft empfehlen<sup>173</sup>.

<sup>167</sup> § 23 Abs. 3 InsO erklärt § 32 InsO nur für die *Eintragung* der Verfügungsbeschränkung für entsprechend anwendbar.

<sup>168</sup> Vgl. *Hess*, InsO, 1999, § 23 Rdnr. 31, 32.

<sup>169</sup> Ausführlicher, wenn auch die rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten ebenfalls nicht erschöpfend auslotend, siehe *Bucher*, in: *Die Bauträger und ihre Verträge*, 1979, S. 167; sowie *Röll*, WE 1997, 94 (95 f); *F. Schmidt*, in: *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1997, A Rdnr. 543 f; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 267 ff.

<sup>170</sup> Hier erscheint dieser plakative Terminus, der vorstehend tunlichst vermieden wurde, als genau passend.

<sup>171</sup> In: *Münchener Vertragshandbuch*, Bd. 4 I.HB, 4. Aufl. 1998, I. 31 Anm. 8.

<sup>172</sup> Vgl. *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 268; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 114; *Reithmann*, in: *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rdnr. 157; *Tintelnot*, in: *Kübler/Pritting*, InsO, Stand 1998, § 106 Rdnr. 27.

<sup>173</sup> So auch *F. Schmidt*, in: *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 1997, A Rdnr. 543.

Der Insolvenzverwalter wird sich nur dann zu einer Vertragserfüllung entschließen, wenn die Bauträgerbank die Kosten übernimmt und zur Abgeltung seines Engagements einen bestimmten Geldbetrag zur Insolvenzmasse leistet. Ist die Bauträgerbank zu keinen Zahlungen an die Insolvenzmasse bereit, wird der Insolvenzverwalter im Hinblick auf die absonderungsberechtigten Grundpfandrechte alle Einheiten, ob nun verkauft oder nicht, aus dem Insolvenzbeschlagn freigegeben mit der Folge, dass rechtlich der Bauträger und wirtschaftlich die Bauträgerbank das weitere Sagen hat<sup>174</sup>. Ist das Objekt noch nicht allzuweit gediehen, so wird die Bauträgerbank von ihrem Rückzahlungsvorbehalt nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV Gebrauch machen, und zwar Zug um Zug gegen Löschung der Käufervormerkungen und Finanzierungsgrundschulden, und das Objekt unbelastet von einzelnen Käufern verwerthen. In vielen Fällen wird sich auch der Abschluss von Änderungsvereinbarungen zwischen der Bauträgerbank und den Käufern empfehlen. Möglich bleibt schließlich auch noch, dass die Bauträgerbank in Ausübung ihres gemäß § 49 InsO bestehenden Absonderungsrechtes die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung beantragt und mit Hilfe des Zwangsverwalters das Bauvorhaben zu Ende bringt<sup>175</sup>.

Paradoxerweise besteht die beste Fertigstellungsgarantie für die Käufer in der möglichst weitgehenden Finanzierung durch eine wirtschaftlich starke Bauträgerbank<sup>176</sup>.

## VIII. Fazit

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen bleibt festzuhalten, dass bei einer Insolvenz des Bauträgers vor vollständiger Vertragserfüllung, die Vorschriften der MaBV hinter der Erwartungshaltung des Käufers zurückbleiben. Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen.

Ein höherer Sicherungsstandard als die MaBV vorschreibt, könnte beispielsweise durch die Vereinbarung eines zugunsten des Käufers abweichenden Zahlungsplanes oder mit der Verpflichtung des Bauträgers zur Stellung einer fünfjährigen Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 3,5 bis 5 % des Kaufpreises, erreicht werden. Auch die Festlegung fester Zwischen- und Endfristen für die einzelnen Gewerke oder der Vorbehalt von Kündigungs- und/oder Rücktrittsrechten für Restbaumaßnahmen für den Fall, dass sich Krisenzeichen beim Bauträger häufen, könnte die Rechte des Käufers stärken.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass ein über die MaBV hinausgehender Sicherungsstandard von der Bauträgerbranche auch angenommen werden muss, sollten die vorgeschlagenen zusätzlichen Kautelen auch nur ansatzweise Eingang in die Vertragspraxis finden können.

Fest steht, dass der Notar den wünschenswerten stärkeren Käuferschutz nicht erzwingen kann. In der Pflicht ist der Gesetzgeber.

<sup>174</sup> Wegen § 106 InsO darf der Insolvenzverwalter einem vormerkungsberechtigten Käufer, unabhängig vom Bautenstand, die Auflassung aber nicht verweigern.

<sup>175</sup> Vgl. *Bucher*, in: *Die Bauträger und ihre Verträge*, 1979, S. 167 (170).

<sup>176</sup> Vgl. *Keim*, Der Immobilienkauf, 1997, § 8 Rdnr. 45.

## Steuerliche Fragen bei der Übernahme von Notarstellen<sup>1</sup>

Von Notar Dipl.-Kfm. Dr. Norbert Mayer, Pfarrkirchen

### I. Einkommensteuer

#### 1) Einleitung – Behandlung der Amtssitzverlegung bzw. Amtsniederlegung

Die Tätigkeit als Notar stellt nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG eine freiberufliche Tätigkeit dar. Nach § 18 Abs. 3 EStG gehört zu den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit auch der Gewinn, der bei einer Betriebsveräußerung oder (vgl. die Verweisung auf § 16 EStG) Betriebsaufgabe erzielt wird. Mit der Einbeziehung der Betriebsveräußerung bzw. Betriebsaufgabe soll der Totalgewinn (d.h. der über die gesamte „Lebensdauer“ des Betriebes) erzielte Gewinn steuerlich erfasst werden (insoweit ist § 16 EStG lediglich deklaratorisch). Bedeutung kommt dagegen der in § 16 EStG enthaltenen (konstitutiven) Differenzierung zwischen dem „laufenden“ und dem „Veräußerungs“-gewinn zu. Letzterer ist derzeit in zweifacher Hinsicht begünstigt: Zum einen sieht § 16 Abs. 4 EStG bei Aufgabe bzw. Veräußerung nach Vollendung des 55. Lebensjahres einen (einmalig zu gewährenden) Freibetrag von DM 60.000,- vor, zum anderen sieht § 34 Abs. 1 EStG eine Tarifbegünstigung („Fünftelregelung“) vor. Nach dem derzeitigen Stand soll im Rahmen des „Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz)“<sup>2</sup> die frühere Regelung (halber Steuersatz nach § 34), wie sie bis 1.1.1999 gegolten hat, wieder eingeführt werden (wobei die Vergünstigung nur einmal im Leben gewährt wird). Weiter wird der Freibetrag mit Wirkung zum 1.1.2001 auf DM 100.000,- erhöht. Mit diesen beiden Vergünstigungen sollen die Härten, die sich aus der einmaligen, außerordentlichen Aufdeckung stiller Reserven ergeben, abgeschwächt werden.

Für die Amtssitzverlegung bzw. -niederlegung bei Notaren erscheinen folgende Fragen klärungsbedürftig:

#### Beispiel:

*Notar R in A-dorf möchte sein Amt wegen Pensionierung niederlegen (Alternative: wegen Amtssitzverlegung). Die Büroräume stehen in seinem Alleineigentum und sind fast vollständig abgeschrieben. Er überlegt, ob die Verschiebung der Niederlegung in das nächste Kalenderjahr Vorteile bringt. Da er noch erhebliche Gebührenaußenstände hat, fragt er, ob die*

<sup>1</sup> Der Beitrag geht auf einen von der Landesnotarkammer Bayern eingesetzten Arbeitskreis zurück, der sich mit der Übergabe von Notarstellen befasste. Der Beitrag gibt lediglich Hinweise, die eine umfassende steuerliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können; §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des EStG; Herrn StB Josef Ernst, Berata GmbH, Pfarrkirchen danke ich für einige Hinweise.

<sup>2</sup> Gesetz vom 23.10.2000, BGBl I 2000, 1433. Die Neuregelung bzgl. des Freibetrages ist in dem Gesetz bereits enthalten, die Änderung bzgl. der Wiedereinführung des halben Steuersatzes ist durch die Bundesregierung anlässlich der Beschlussfassung im Bundesrat lediglich zugesagt worden.

*Beitreibung noch im alten Kalenderjahr erfolgen soll. Schließlich möchte er wissen, welche Bedeutung dem Zeitpunkt der Veräußerung der Büroimmobilie zukommt.*

#### a) Zeitpunkt der Betriebsaufgabe – Amtsniederlegung und Pensionierung als Betriebsaufgabe

Notare sind Beliehene (vgl. § 47 BNotO), der Amtsnachfolger wird durch die Landesjustizverwaltung bestellt. Eine „Veräußerung“ des Amtes, vor allem eines „Praxiswertes“ im Sinne einer entgeltlichen Übertragung scheidet daher aus.<sup>3</sup>

Eine „Aufgabe“ liegt – nach den Kriterien der Rechtsprechung des BFH<sup>4</sup> – vor, wenn aufgrund eines Entschlusses des Steuerpflichtigen, den Betrieb aufzugeben, die bisherige Tätigkeit endgültig eingestellt wird und alle wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang, d.h. innerhalb kurzer Zeit, entweder insgesamt klar und eindeutig, äußerlich erkennbar in das Privatvermögen überführt bzw. anderen betriebsfremden Zwecken zugeführt werden oder insgesamt einzeln an verschiedene Erwerber veräußert oder teilweise veräußert und teilweise in das Privatvermögen überführt werden und dadurch der Betrieb als selbständiger Organismus des Wirtschaftslebens zu bestehen aufhört.

Während üblicherweise der genaue Zeitpunkt der Betriebsaufgabe nach den tatsächlichen Umständen zu ermitteln ist (regelmäßig handelt es sich um einen Zeitraum<sup>5</sup>) und der Tod auch bei Freiberuflern nicht ohne weiteres zur Betriebsaufgabe führt<sup>6</sup>, ist bei Notaren aufgrund der Eigenschaft als Beliehener und der damit einhergehenden Besonderheiten der Bestellung der Zeitpunkt der Entlassung aus dem Amt (bzw. der Tod) als Aufgabezeitpunkt anzusehen.<sup>7</sup>

#### b) Amtssitzverlegung als Betriebsaufgabe:

Fraglich ist, ob eine bloße Amtssitzverlegung eine Betriebsaufgabe darstellt.

Eine Betriebsaufgabe (vgl. zum Begriff die obige Definition) setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BFH nicht voraus, dass die selbständige Tätigkeit auf Lebenszeit eingestellt wird; es genügt die Einstellung für eine gewisse Zeit, wenn die Einstellung auch äußerlich erkennbar ist.<sup>8</sup>

Abzugrenzen ist die Betriebsaufgabe im vorliegenden Zusammenhang von der bloßen Betriebsverlegung. Eine solche liegt vor, wenn der Betrieb vorher und nachher wirtschaftlich als identisch anzusehen ist. Aufgrund des örtlich begrenzten Wir-

<sup>3</sup> Schmidt/Seeger, EStG, Rdnr. 260 zu § 18; vgl. auch die Entscheidung des BAG vom 26.8.99 zur Frage der Anwendbarkeit von § 613 a BGB, DNotI-Report 2000, S. 61 = MittBayNot 2000, 130.

<sup>4</sup> Vgl. die Nachweise bei Schmidt/Schmidt, EStG, RN 173 ff. zu § 16.

<sup>5</sup> Schmidt/Seeger, 253 zu § 18.

<sup>6</sup> Schmidt/Seeger, 256 zu § 18.

<sup>7</sup> Schmidt/Seeger, 260 zu § 18.

<sup>8</sup> BFH, BStBl II 75, 661; Blümich/Falk, EStG, Rdnr. 182 zu § 18.

kungskreises und der Personenbezogenheit der notariellen Tätigkeit ist auch bei einer bloßen Amtssitzverlegung grundsätzlich von einer Aufgabe der selbständigen Tätigkeit auszugehen.<sup>9</sup> Anders ist die Rechtslage allenfalls dann, wenn aufgrund der räumlichen Nähe beider Amtssitze und der Fortführung zahlreicher Mandate noch von einem identischen Betrieb gesprochen werden kann (Beispiel: Amtssitzverlegung vom Vorort einer Großstadt in die Großstadt).

Im Ergebnis ist somit regelmäßig auch die bloße Amtssitzverlegung eine Aufgabe der freiberuflichen Tätigkeit mit den erwähnten steuerlichen Folgen.

### c) Höhe des Aufgabegewinns – Abgrenzung zum laufenden Gewinn:

Nach § 16 Abs. 2 Satz 2 EStG ist der Wert des Betriebsvermögens für den Zeitpunkt der Veräußerung nach § 4 Abs. 1 EStG zu ermitteln. Dies bedeutet für die Betriebsaufgabe von Notaren, dass von der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG (Einnahmenüberschussrechnung) zur Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG übergegangen werden muss. Der hierdurch anfallende Gewinn unterliegt der laufenden Besteuerung und ist demnach nicht nach § 16 Abs. 4 bzw. § 34 EStG begünstigt.<sup>10</sup> Eine Verteilung des „Übergangsgewinns“ auf mehrere Jahre ist unzulässig.<sup>11</sup> Die während und nach der Aufgabe des Betriebs anfallenden normalen Geschäfte und ihre Abwicklung berühren nicht den begünstigten Aufgabegewinn.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass zum Zeitpunkt der Aufgabe eine Schlussbilanz erstellt werden muss und in diese sämtliche noch ausstehende Forderungen aufzunehmen sind. Diese sind somit im Zeitpunkt der Aufgabe – und unabhängig von ihrem tatsächlichen Eingang – als laufender Gewinn zu versteuern und unterliegen nicht den Vergünstigungen des § 16 Abs. 4 EStG bzw. § 34 EStG. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass die Zuordnung dieser Forderungen zu einem Kalenderjahr unter Umständen erhebliche Progressionswirkungen haben kann und somit ein interessanter Gestaltungsspielraum besteht. Dies gilt vor allem dann, wenn aufgrund Vorhandenseins einer Immobilie im Betriebsvermögen ein erheblicher Aufgabegewinn anfällt. Kann dieser in ein Jahr ohne sonstige, höhere laufende Einkünfte verlegt werden, vermindert sich die Progression.

In der Schlussbilanz anzusetzen sind auch die im Eigentum des Notars stehenden Büroräume, in denen der Notar sein Büro betrieben hat, da diese zum notwendigen Betriebsvermögen gehören. Anzusetzen ist der Wert, mit dem sie in einer ordnungsgemäß fortentwickelten Bilanz stehen würden, wenn sie von Anfang bilanziert worden wären, also der steuerliche Buchwert.<sup>12</sup> Wird die Immobilie veräußert, entsteht in Höhe der Differenz zwischen Veräußerungspreis und Buchwert ein (begünstigter) Veräußerungsgewinn. Bei einer Aufgabe (also z.B. bei einer Vermietung der Immobilie an den Amtsnachfolger) wird die Immobilie in das Privatvermögen überführt. In Höhe der Differenz zwischen dem steuerlichen Buchwert und dem gemeinen Wert entsteht ein (begünstigter) Aufgabegewinn.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Schmidt/Seeger*, EStG, 254, 225 ff. zu § 18 zu ähnlichen Fällen und m.w.N.; *BFH*, HFR 61, 222; *Blümich/Falk*, EStG, Rdnr. 166 zu § 18; vgl. etwa auch *FG Düsseldorf*, EFG 85, 449: Aufgabe einer Arztpraxis bei „Verlegung“ der Praxis in einen anderen Ort außerhalb des Einzugsgebiets der bisherigen Praxis unter Mitnahme von Inventar.

<sup>10</sup> *BFH*, BStBl II 70, 719.

<sup>11</sup> *BFH*, BStBl III 67, 755; *Schmidt/Heinicke*, 130 zu § 4.

<sup>12</sup> Vgl. *Schmidt*, 53 zu § 16.

Im wirtschaftlichen Ergebnis ist festzuhalten, dass es im Zeitpunkt der Aufgabe zu einer sofortigen Versteuerung des laufenden Gewinns (ohne ermäßigten Steuersatz und ohne Freibetrag) kommt. Hierzu zählen insbesondere alle noch ausstehenden Forderungen. Steuerliche Gestaltungsspielräume bestehen sowohl bzgl. der zeitlichen Festlegung der Aufgabe (Verlegung in das nächste Kalenderjahr) als auch bzgl. der Vermeidung einer Komprimierung des Aufgabegewinns mit dem laufenden Gewinn (u.U. Progressionsminderung). Jedoch ist nicht zu verkennen, dass – soweit nicht die Büroimmobilie im Eigentum des Notars steht – nennenswerte (im Rahmen des Aufgabegewinns begünstigte) stille Reserven wohl nicht vorhanden sein dürften, da ein „Praxiswert“ aufgrund der hoheitlichen Bestellung zum Notar nicht veräußerbar ist und im sonstigen Betriebsvermögen erhebliche Unterbewertungen wohl nicht gegeben sein werden.

### d) Zeitliche Grenze für die Betriebsaufgabe:

Der Tatbestand der Betriebsaufgabe erfordert, dass sich die Überführung in das Privatvermögen oder die Einzelveräußerung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen „in einem einheitlichen Vorgang“ vollzieht.<sup>13</sup> Vor allem bei einer Amtssitzverlegung kann dies Bedeutung erlangen. Die Frist, binnen derer eine Betriebsaufgabe durchgeführt werden muss, soll nach einer rechtskräftigen Entscheidung des *FG Köln* (EFG 82, 346) erst mit der Bestellung des Amtsnachfolgers zu laufen beginnen.<sup>14</sup>

## 2) Besonderheiten bei Sozietäten:

### a) Ermittlung des Aufgabegewinns und Freibetrags

Aufgrund der bereits erwähnten Besonderheiten der notariellen Berufsausübung (vgl. vor allem die Bestellung als Beliehener, § 47 BNotO) ist fraglich, ob eine Notarsozietät (jedenfalls bei Nur-Notaren) eine Mitunternehmerschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG begründen kann. Werden die beiden Ämter – wie dies der Sozietätsvertrag der Landesnotarkammer Bayern vorsieht – auf gemeinsame Rechnung geführt und steht der nach Abzug der Betriebsausgaben verbleibende Betrag beiden Notaren zu, so sind die Tatbestandsmerkmale „Mitunternehmerinitiative“ und „Mitunternehmerisiko“ im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG erfüllt. Eine Mitunternehmerschaft liegt somit vor mit der Folge, dass die Veräußerung bzw. die Aufgabe des Anteils an der Mitunternehmerschaft steuerpflichtig ist (vgl. §§ 18 Abs. 3, 16 EStG). Bzgl. der Ermittlung des Aufgabegewinns und des Freibetrages gelten bei Sozietäten die obigen Grundsätze sinngemäß.

Wesentlich ist, dass nur der ausscheidende Notar gehalten ist, zur Rechnung nach § 4 Abs. 1 EStG überzugehen. Die Zurechnungen treffen daher nur ihn; für den verbleibenden Sozietät besteht auch keine Verpflichtung, zukünftig den Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG zu ermitteln. Es wird also nur auf den Zeitpunkt des Ausscheidens eine Rechnung nach § 4 Abs. 1 EStG für den Ausscheidenden erstellt.

Bei Sozietäten ist zu beachten, dass die Freibeträge nach § 16 Abs. 4 EStG nur mit dem Anteil an der Sozietät entsprechenden Teil gewährt werden.

### b) Abfindungszahlungen

Probleme tauchen auf, wenn im Zusammenhang mit dem Notarwechsel Abfindungszahlungen des Nachfolgers an den

<sup>13</sup> *Schmidt/Schmidt*, 37 zu § 16.

<sup>14</sup> Zustimmung *Schmidt/Seeger*, 260 zu § 18; *Blümich/Falk*, 183 zu § 18.

verbleibenden Notar oder den ausgeschiedenen Notar erfolgen. Anders als bei sonstigen Freiberuflern besteht jedoch bei Notaren kein veräußerungsfähiger Geschäftswert. Der Veräußerung zugänglich sind allenfalls die sachlichen Hilfsmittel, d.h. bewegliche und unbewegliche Wirtschaftsgüter materieller Art. Zur Veranschaulichung mögen folgende Beispiele dienen:

**Fall 1:**

*Aus der Notarsozietät A und B scheidet A zum 1. Juni eines Jahres aus und geht in Pension. Er erhält von B eine Abfindung (für Büroeinrichtung, EDV-Anlage usw.) in Höhe von DM 50.000,-. Am 1. September des Jahres tritt C die Nachfolge des A an. Er erwirbt von B die sachlichen Hilfsmittel zur Hälfte gegen Zahlung eines Betrages von DM 50.000,- in dessen Privatvermögen.*

*Wie ist die Rechtslage, wenn A nicht in Pension geht, sondern den Amtssitz verlegt?*

**Fall 2:**

*Wie vor, jedoch zahlt C unmittelbar an A in dessen Privatvermögen.*

**Fall 3:**

*Die aus den Notaren A und B bestehende Sozietät wird zum 30.6. eines Jahres beendet. Beide Notare führen ihre Berufstätigkeit am gleichen Ort fort.*

Aufgrund der Besonderheiten des notariellen Berufsrechts, vor allem der Art der Notarernennung, des örtlich begrenzten Wirkungskreises und der Personenbezogenheit der Berufsausübung handelt es sich aus der Sicht des Ausscheidenden A regelmäßig um eine Betriebsveräußerung (bei Leistung einer Abfindungszahlung) bzw. (bei Fehlen einer Abfindungszahlung) um eine Betriebsaufgabe i.S.d. § 16 Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, § 18 EStG, nicht dagegen um eine bloße Betriebsverlegung (vgl. bereits oben I. 1. Buchstabe b). Der Betrag, um den die Abfindungszahlung (abzüglich der Veräußerungskosten) den anteiligen Wert des Betriebsvermögens übersteigt, bildet den steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 Abs. 2. Bei einer Betriebsaufgabe ist zur Ermittlung des Aufgabegewinns der gemeine Wert der Wirtschaftsgüter anzusetzen.

Aus der Sicht des verbleibenden Notars ist ein Mehrbetrag zwischen Abfindung und Buchwert auf die Wirtschaftsgüter mit stillen Reserven zu verteilen, da das Vorhandensein nicht-bilanzierter immaterieller Einzelwirtschaftsgüter oder eines Geschäftswertes zu verneinen ist.

Probleme bereitet die entgeltliche Aufnahme eines Sozius in eine Einzelpraxis (ein solcher Fall liegt auch im Fall 1 vor, wenn der verbliebene Sozius einige Zeit später mit dem neuernannten Notar eine neue Sozietät eingeht). Nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung wurden bei dieser Gestaltung die steuerlichen Tatbestände der Veräußerung und der Einbringung von Betriebsvermögen miteinander verbunden.<sup>15</sup> Der große Senat des BFH<sup>16</sup> hat nunmehr entschieden, dass eine steuerneutrale Einbringung nach § 24 UmwStG in diesem Fall ausscheidet. Vielmehr handelt es sich um eine Veräußerung. Der Veräußerungsgewinn ist als laufender Gewinn zu versteuern. Eine unmittelbare (oder analoge) Anwendung der Steuerbegünstigungsvorschriften wurde vom großen Senat des BFH abgelehnt.

Die Steuerberatungspraxis<sup>17</sup> versucht diese steuerlichen Nachteile durch das sogenannte Zwei-Stufen-Modell<sup>18</sup> zu

vermeiden. Danach wird zunächst dem neu eintretenden Gesellschafter eine Minimalbeteiligung gegen geringe Ausgleichszahlung eingeräumt. In einem zweiten Schritt wird der Anteil des neuen Partners entgeltlich aufgestockt. Für den zweiten Veräußerungsakt erhält der Veräußerer die Steuervergünstigungen nach § 34 EStG. Der große Senat des BFH hat jedoch klargestellt, dass das „Zwei-Stufen-Modell“ im Einzelfall einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO darstellen kann.

Hinzuweisen ist darauf, dass jedenfalls nach Auffassung des IV. Senats des BFH<sup>19</sup> der Vorlagebeschluss und die Entscheidung des Großen Senats lediglich die Gründung von Sozietäten (im konkreten Fall einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis) betreffen, denen wesensimmanent ist, dass die Berufstätigkeit auf gemeinsame Rechnung unter gemeinsamen Namen durchgeführt wird, nicht dagegen die Begründung einer bloßen Praxis- (bzw. Büro-)gemeinschaft. Wie bereits erwähnt, wird durch den Mustervertrag der Landesnotarkammer Bayern über die gemeinsame Berufsausübung von Notaren jedoch – trotz der berufsrechtlichen Besonderheiten – eine echte Sozietät, also nicht nur eine schlichte Bürogemeinschaft begründet (jedenfalls in diesem einkommensteuerlichen Sinne – diese Frage ist jedoch nicht restlos geklärt).

Erfolgt die Abfindungszahlung zwischen dem neu eintretenden und dem ausscheidenden Notar, treten die steuerlichen Folgen nur bei diesen, nicht dagegen bei dem verbleibenden Notar ein, wenn nur zwischen den Beiden Vereinbarungen über die Abfindung getroffen werden. Der Fall ist – trotz der berufsrechtlichen Besonderheiten – wie die entgeltliche Veräußerung eines Mitunternehmeranteils zu behandeln mit der Folge, dass bei dem verbleibenden Notar keine steuerlichen Folgen eintreten.

Wird die Sozietät beendet und führen beide Notare ihren Beruf fort, so handelt es sich um eine Realteilung im steuerlichen Sinne. Nach der gesetzlichen Regelung der Realteilung in § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 führt die Realteilung grundsätzlich zu einer Aufgabe des Mitunternehmeranteils mit der Folge der Entstehung eines steuerpflichtigen Aufgabegewinns. Eine gewinnneutrale Betriebsfortführung liegt nur noch vor, wenn die Realteiler entweder Teilbetriebe oder Mitunternehmeranteile erhalten. Der Begriff des Teilbetriebs, wie er in der Rechtsprechung<sup>20</sup> verwendet wird, wird in der Literatur<sup>21</sup> kritisiert. Insbesondere bei Teilung einer freiberuflichen Sozietät ist problematisch, welche Anforderungen an ihn zu stellen sind.<sup>22</sup> Die berufsrechtlichen Besonderheiten bei Notaren werden bei der Erörterung dieser Problematik nicht erwähnt. Trotz derselben wird man davon auszugehen haben, dass zwei Teilbetriebe nicht vorliegen.<sup>23</sup> Ein Teilbetrieb liegt hiernach nur vor, wenn ein getrennter abgrenzbarer Mandantenstamm vorliegt, entsprechende Räume nebst Büroeinrichtung und Personal jeweils von einem Realteiler übernommen werden.

<sup>17</sup> Vgl. etwa Götz, GmbHR 2000, 144 m.w.N.

<sup>18</sup> Vgl. etwa Götz, GmbHR 2000, 144; Schmidt/Wacker, EStG, Rdnr. 565 zu § 16; Rund, DStR 2000, 265; jeweils m.w.N.

<sup>19</sup> BFH/NV 1999, 1080.

<sup>20</sup> Vgl. etwa BFH, DStR 1996, 1080.

<sup>21</sup> Vgl. etwa Schulze zur Wiesche, Betriebsveräußerungen und Gesellschafterwechsel, 7. Auflage, Rdnr. 77 ff., Tiedtke/Wälzholz, FR 1999, 12.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu zuletzt etwa Schulze zur Wiesche, DStR 2000, 305.

<sup>23</sup> In diesem Sinne auch Schulze zur Wiesche, DStR 2000, 306 für den Fall einer Anwaltskanzlei.

<sup>15</sup> Vgl. BFH, DStR 1995, 601.

<sup>16</sup> DStR 2000, 64.

Die Übernahme eines Mandantenstammes allein genügt regelmäßig nicht. Im Ergebnis dürfte somit bei Notaren ein Teilbetrieb im steuerlichen Sinne nicht vorliegen. Um so bedeutender ist die Frage, welche Rechtsfolgen eine Realteilung nach sich zieht. Hierbei ist wesentlich, dass bei Notaren – anders als bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern – ein Praxiswert, dessen Aufdeckung fatale Konsequenzen hätte, mangels Veräußerbarkeit der Notarstellung nicht bestehen kann. Die Folgen der Zwangsauflösung bei Realteilung sind daher weit weniger gravierend als bei sonstigen freiberuflich Tätigen.

Aus der Sicht des eintretenden Notars handelt es sich bei einer Abfindungszahlung um Anschaffungskosten. Da nicht bilanzierte immaterielle Einzelwirtschaftsgüter oder ein Geschäftswert nicht vorhanden sind, sind diese auf die erworbenen materiellen Wirtschaftsgüter zu verteilen. Aus Sicht des Erwerbers ist es vorzugswürdig, die AfA vor allem den schnelllebigen und daher in kurzer Frist abschreibbaren Wirtschaftsgütern zuzuordnen. Für den Erwerber läuft eine neue AfA-Bemessungsgrundlage, an die bisher vorgenommenen Abschreibungen ist er nicht gebunden.

## II. Umsatzsteuer

### 1) Amtssitzverlegung als Betriebsaufgabe

Entsprechend der einkommensteuerlichen Behandlung wird wohl auch die Amtssitzverlegung als Betriebsaufgabe im umsatzsteuerlichen Sinne anzusehen sein, da es an der Identität des neuen und alten „Betriebes“ fehlt.

### 2) Umsatzsteuerlicher Unternehmer bei Sozietäten

Unternehmer i.S.d. UStG ist jeder, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> *Bunjes/Geist*, UStG, 3 zu § 2.

Es dürfte der einhelligen Meinung entsprechen, dass trotz der berufsrechtlichen Besonderheiten (Eigenschaft als öffentliches Amt, „Höchstpersönlichkeit“ der Leistung, kostenrechtliche Alleinzuständigkeit usw.) bei entsprechendem Auftreten nach außen die Sozietät Unternehmer im Sinne des UStG ist.<sup>25</sup>

### 3) Umsatzsteuerliche Folgen bzgl. der Büroimmobilie

Umsatzsteuerliche Fragen tauchen auf, wenn die Büroimmobilie im Eigentum des Notars steht. Wird diese – zusammen mit dem beweglichen Inventar usw. – an den Nachfolger veräußert, liegt umsatzsteuerlich eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen gem. § 1 Abs. 1 a UStG vor. Der Erwerber tritt nach § 1 Abs. 1 a S. 3 UStG an die Stelle des Veräußerers. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Vorsteuerberichtigung gem. § 15 a UStG. Die Geschäftsveräußerung im Ganzen löst keine solche Vorsteuerberichtigung aus. Der Berichtigungszeitraum wird nicht unterbrochen, sondern beim Erwerber fortgeführt (§ 15 a Abs. 6 a UStG).

Wird nur das Inventar ohne die Immobilie veräußert, wird eine wesentliche Betriebsgrundlage (um eine solche wird es sich bei der Büroimmobilie regelmäßig handeln), zurückbehalten. Ein solcher Rückbehalt ist jedoch umsatzsteuerlich – die einkommensteuerliche Frage ist hiervon unabhängig – unschädlich, wenn die Betriebsgrundlage an den Erwerber, also den Amtsnachfolger, vermietet oder verpachtet wird, so dass dieser den Betrieb ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortsetzen kann.<sup>26</sup> Soweit die Vermietung umsatzsteuerpflichtig erfolgt, scheidet eine Vorsteuerberichtigung nach § 15 a UStG aus.

<sup>25</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 5.9.1963 – BStBl 1963 II, 520; Urteil vom 17.12.1964 – BStBl 1965 III, 155; BFH, BStBl 1981 II, 189, 192; BFH, BStBl II 1987, 524; *Bunjes/Geist*, UStG, Rdnr. 47 zu § 1, Rdnr. 4, 8 zu § 2; *Weiß* UR 87, 204.

<sup>26</sup> BFH BStBl II 1999, 41; vgl. zuletzt auch OFD Karlsruhe, VfG. vom 28.4.2000, UR 2000, 348.

## Pflichten des Globalgläubigers nach Aufhebung des Bauträgervertrags\*

Von Notar *Dr. Gregor Basty*, Weilheim

Die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages hat ihre Tücken. Der – in der Regel gemäß § 313 BGB notariell zu beurkundende<sup>1</sup> – Vertrag sollte neben der Rückabwicklung auch etwaige Schadenersatzansprüche der Vertragsteile regeln, da andernfalls die spätere Geltendmachung von Schadenersatz ausgeschlossen wäre<sup>2</sup>. Vor allem bedarf es häufig einer Sicherung von etwaigen Rückzahlungsansprüchen des Käufers. Dies illustriert die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 3.6.1998. Dort war über folgenden Fall zu entscheiden:

Ein Bauträgervertrag wurde aufgehoben. In dem Aufhebungsvertrag verpflichtet sich der Bauträger zur Rückzahlung der vom Käufer bereits geleisteten Raten zuzüglich eines pau-

schalen Betrags zum Ausgleich von dem Käufer entstandenen Nachteilen. Der Bauträger ist jedoch zahlungsunfähig. Die Globalbank bringt die betreffende Wohnung in die Versteigerung und erhält, da ihre Grundschuld der noch für den Käufer eingetragenen Vormerkung im Rang vorgeht, den vollen Versteigerungserlös. Nunmehr beansprucht der Käufer von der Bank die Rückzahlung der geleisteten Raten. Er beruft sich auf das ihm von der Bank gegebenen Freigabeversprechens nach § 3 MaBV.

Das OLG Nürnberg weist die Klage ab. Aus dem Freigabeversprechen könne der Käufer nach Aufhebung des Vertrags keine Ansprüche ableiten. Auch aus anderen Gründen sei die Bank dem Käufer gegenüber nicht zu Zahlungen verpflichtet. Der Bundesgerichtshof nimmt die vom Käufer eingelegte Revision nicht an.

1. Das Ergebnis der Entscheidung ist eher unbefriedigend: Die den Bauträger finanzierende Bank hat die Zahlungen des

\* Zugleich Anm. zu OLG Nürnberg, Urt. v. 3.6.1998 – 12 U 4241/97 –.

<sup>1</sup> Vgl. BGHZ 88, 398; OLG Hamm DNotZ 1991, 149 m. abl. Anm. *Brambring*.

<sup>2</sup> Vgl. OLG Bremen DNotZ 1985, 769.

Käufers erhalten, muss sie ihm jedoch nicht zurückzahlen. Der Käufer wird vielmehr auf Ansprüche gegen den Bauträger verwiesen, die in Folge der Insolvenz nicht durchsetzbar sein werden. Gleichwohl ist der Entscheidung m.E. zuzustimmen.

a) Ein Freigaberversprechen nach § 3 Abs. 1 MaBV ist ein eigener Vertrag zwischen dem Gläubiger (Bank) und dem Käufer (nach anderer Ansicht ein Garantievertrag zwischen dem Bauträger und der Bank zugunsten des Käufers)<sup>3</sup>. Dieser Vertrag steht selbstständig neben dem Bauträgervertrag. Er bleibt – dies kommt in der Entscheidung vielleicht nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck – von der Aufhebung des Bauträgervertrags unberührt und könnte daher grds. auch in diesem Fall Ansprüche des Käufers begründen.

Aus dem Freigaberversprechen ist die Bank dem Käufer gegenüber jedoch nur verpflichtet, das Vertragsobjekt lastenfrei zu stellen, nachdem der geschuldete Kaufpreis gezahlt ist, und zwar sowohl im Falle der vertragsgemäßen Fertigstellung als auch im Falle des Steckenbleibens des Baus. Auch wenn dieser Anspruch auf Lastenfreistellung nicht automatisch durch die Aufhebung des Bauträgervertrags unwirksam wird, geht er doch ins Leere, wenn der Käufer seinen Anspruch auf (lastenfremen) Erwerb des Vertragsobjekts verloren hat. Denn der Käufer hat an der Löschung des Grundpfandrechts bzw. an der Pfandfreigabe nur ein Interesse, wenn und solange er einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung hat. Für den unterschiedenen Fall könnte man obendrein noch sagen, dass das Objekt im Zeitpunkt der Entscheidung tatsächlich lastenfrem gestellt ist: Die eingetragene Grundschuld ist (allerdings in Folge des Zuschlags in der Versteigerung) gelöscht.

Voraussetzung des Anspruchs auf Lastenfreistellung ist außerdem, dass der Käufer den geschuldeten Kaufpreis gezahlt hat; dies erfolgt – in Folge der Vertragsaufhebung – nicht mehr. Aus der im Zug des Bauträgervertrags erforderlichen Verpflichtung der Bank gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV kann sich also eine Verpflichtung zur Rückzahlung der gezahlten Kaufpreisraten an den Käufer nicht ergeben.

Auch auf einen Rückzahlungsvorbehalt im Freigaberversprechen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV<sup>4</sup>, wonach sich die Bank für den Fall des Steckenbleibens des Baus vorbehalten kann, an Stelle der Freistellung die vom Käufer vertragsgemäß gezahlten Beträge zurückzuzahlen, kann sich der Käufer nicht berufen. Selbst wenn man im konkreten Fall einen Fall des Steckenbleibens des Baus erkennen könnte, wäre doch entscheidend, dass es sich hier allein um ein Recht der Bank, nicht um ein Recht des Käufers oder des Bauträgers handelt. Mit einer Bestimmung nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV, die im Übrigen nicht zwingender Bestandteil von Freigaberversprechen ist, kann der Gläubiger seine Rechte *erweitern*. Sie kann nicht gegen ihn gewendet werden. Hinzu kommt, dass das Wahlrecht nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV die Primärverpflichtung zur Lastenfreistellung voraussetzt. Man wird dem OLG Nürnberg daher auch insofern zustimmen können, dass mit der wirksamen Aufhebung des Bauträgervertrags die Pflicht des Gläubigers zur Freistellung bzw. im Wege der Ersetzungsbefugnis auf Rückzahlung erloschen sei.

Bauträger und Käufer können die Bank nicht durch Aufhebung des Bauträgervertrags zur Rückzahlung unter Berufung auf das Freigaberversprechen zwingen.

b) Auch daraus, dass die Bank in dem entschiedenen Fall dem Aufhebungsvertrag nachträglich zugestimmt hat – was im Hinblick auf die Abtretung des Kaufpreises erforderlich war –, ergeben sich keine eigenen Pflichten zur Rückzahlung der erhaltenen Kaufpreisraten an den Käufer. Der Bauträger hatte sich im Aufhebungsvertrag zur Rückzahlung verpflichtet. Mit ihrer Zustimmung zu diesem Vertrag übernimmt die Bank keine Zahlungsverpflichtung oder Bürgschaft für den Bauträger.

c) Denkbar wäre letztlich ein Anspruch des Käufers gegen die Bank wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB, der allerdings schon wegen der ausdrücklichen Vereinbarungen im Aufhebungsvertrag sehr fraglich ist. Auch wenn der Kaufpreis an die Bank abgetreten war und ihr die Zahlungen zugeflossen sind, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>5</sup> hierdurch unmittelbar der Bauträger bereichert und nicht die Bank. Die Rechtsprechung sieht hier ein Drei-Personen-Verhältnis, in dem die bereicherungsrechtliche Abwicklung zwischen Bauträger und Käufer einerseits und Bank und Bauträger andererseits, nicht aber unmittelbar zwischen Bank und Käufer stattfindet.

2. Im Interesse einer sicheren Vertragsgestaltung und -abwicklung wäre es sinnvoll gewesen, wenn die Bank sich im Hinblick auf die beabsichtigte Vertragsaufhebung vorab verbindlich zur Rückzahlung bereit erklärt hätte.

a) Ohne vorherige verbindliche Sicherung der Rückzahlung ist die vorbehaltlose Aufhebung des Vertrags problematisch. Da damit der gesicherte Anspruch auf Eigentumsverschaffung entfällt, ist die für den Käufer eingetragene Vormerkung gegenstandslos. Der Käufer steht so, wie wenn der Vertrag in Folge einer Anfechtung oder eines Rücktritts hinfällig wird. Zur Löschung der Vormerkung bedarf es allerdings für das Grundbuchverfahren eines Nachweises der Gegenstandslosigkeit oder einer Bewilligung des Vormerkungsberechtigten in der Form des § 29 GBO. Im Hinblick hierauf sieht der Aufhebungsvertrag, der Anlass für die Entscheidung des OLG Nürnberg war, als Sicherung des Rückzahlungsanspruchs die Einreichung des Vertrags erst für den Zeitpunkt vor, zu dem die Zahlung des geschuldeten Betrags durch den Verkäufer nachgewiesen ist. (Unzureichend wäre es, wenn der Verkäufer – wie häufig bei der Auflassung praktiziert – bereits eine beglaubigte Abschrift des Vertrags im Auszug, also ohne die Löschungsbewilligung für die Vormerkung, erhalten würde; denn schon damit könnte er in öffentlicher Form die Gegenstandslosigkeit des Anspruchs und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs darstellen und so die Löschung der Vormerkung auch ohne Bewilligung des Käufers erreichen<sup>6</sup>. Zu Recht enthält der Vertrag deshalb die Bestimmung, dass der Verkäufer vor Zahlungsnachweis nur einfache Abschrift des Vertrags erhalten soll).

Allerdings bleiben auch bei dieser Gestaltung beachtliche Risiken. Problematisch ist, dass diese nur im Verhältnis des Verkäufers/Bauträgers zum Käufer wirkt. Einem nachrangigen Gläubiger, dem Ersteigerer der Wohnung, einem Dritten, dem die Wohnung verkauft wird, oder einem Vollstreckungsgläubiger kann seitens des Vormerkungsberechtigten nichts entgegen gehalten werden; § 888 BGB setzt einen wirksamen Anspruch voraus<sup>7</sup>.

b) Sinnvoll ist im Hinblick auf eine Sicherung von Rückzahlungsansprüchen des Käufers häufig eine durch die Erstattung

<sup>3</sup> Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 143.

<sup>4</sup> Hierzu näher *Basty* MittBayNot 1995, 367.

<sup>5</sup> Vgl. BGHZ 105, 368; 122, 46.

<sup>6</sup> BayObLG DNotZ 1989, 363.

<sup>7</sup> BGHZ 96, 275, 282.

der Zahlungen *bedingte* Aufhebung des Vertrags. Bis zum Eintritt der Bedingung bleiben dem Käufer alle Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag (und hätten ihm bis dahin auch die Rechte gegenüber der Bank aus dem Freigabeversprechen erhalten). Die für die Löschung der für den Käufer eingetragenen Vormerkung erforderliche Bewilligung kann dabei unbedingt erteilt werden mit der Treuhandaufgabe an den Notar, diese dem Grundbuchamt erst vorzulegen, wenn ihm die Zahlung durch den Käufer bestätigt oder vom Verkäufer nachgewiesen ist.

Freilich hätte der Käufer bei dieser Gestaltung im entschiedenen Fall bis zum Bedingungseintritt auch alle seine Verpflichtungen aus dem Bauträgervertrag erfüllen müssen. Deren Sus-

pendierung hätte die Zustimmung der Bank vorausgesetzt, da dieser aufgrund der Abtretung die Kaufpreisforderung zustand. Mit dieser Zustimmung hätte man wohl – anders vielleicht als zur Aufhebung – schwerlich rechnen dürfen.

Man kann sich deshalb gut vorstellen, dass im konkreten Fall eine bedingte Aufhebung des Bauträgervertrags nicht im Sinne der Beteiligten gewesen wäre, so dass die tatsächlich gewählte Gestaltung der konkreten Interessenlage durchaus gerecht geworden ist. Offensichtlich wollte der Käufer auch der Absicht des Bauträgers, die Wohnung anderweitig veräußern zu können, entgegenkommen. Tragisch ist, dass sich für den Käufer das mit dieser Gestaltung verbundene Insolvenzrisiko tatsächlich realisiert hat.

## Zusicherung, Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss<sup>1</sup>

Von Notar *Dr. Henning Schwarz*, LL. M. (Georgetown Univ.), Kötzing

1. Die Anforderungen an die Zusicherung einer Eigenschaft im Grundstückskaufvertrag stehen im Mittelpunkt der Entscheidungen des OLG Hamm vom 18.5.1998 und des OLG Düsseldorf vom 8.5.2000.

a) In dem dem Urteil des OLG Hamm zugrunde liegenden Sachverhalt war eine unbebaute Teilfläche ausweislich des notariellen Kaufvertrags „als Bauplatz mit allen Rechten und Bestandteilen“ verkauft und im Zusammenhang mit dem – wie üblich formulierten – Gewährleistungsausschluss bestimmt worden: „Es handelt sich jedoch um Bauland.“

Am gleichen Tag schloss der Käufer einen Kaufvertrag über eine noch zu errichtende Doppelhaushälfte auf dem von ihm erworbenen Grundstücksteil. Die dann beantragte Baugenehmigung wurde jedoch nicht erteilt. Den durch die Nichtabwicklung des Bauvorhabens entstandenen Schaden machte der Käufer gerichtlich geltend.

Das OLG Hamm entschied jedoch, dass es sich bei der Angabe „Bauland“ nicht um eine Zusicherung gehandelt habe. Zusicherung sei die Erklärung des Verkäufers, er werde für die vertragsgemäße Beschaffenheit des Kaufgegenstandes auch ohne Verschulden, nämlich im Sinne einer Garantenhaftung, einstehen. Soweit ginge der besondere Einstandswille des Verkäufers hier jedoch nicht. Vielmehr sei die Beschaffenheitsvereinbarung als Ausnahme vom Ausschluss der Sachmängelhaftung getroffen worden, so dass der Käufer zwar Wandelung oder Minderung, nicht aber Schadensersatz fordern könne.

b) Nach dem Sachverhalt der Entscheidung des OLG Düsseldorf hatte ein Bauträger eine noch zu vermessende Grundstücksfläche gekauft und noch vor Vollzug dieses ersten Kaufvertrags in einem zweiten Kaufvertrag nebst von ihm zu errichtendem Doppelhaus weiterverkauft. Im Abschnitt „Grundbuchstand“ der notariellen Urkunde hieß es, der Verkäufer (Bauträger) werde Eigentümer einer „Teilfläche aus dem nachgenannten Grundbesitz in der ungefähren Größe von 176 qm“. Im Übrigen wurde auf den der Urkunde beigelegten Lageplan

verwiesen. In einem weiteren Plan zur Bauausführung war die Grundstücksgröße korrekt mit ca. 152 qm angegeben. Die Gewährleistung des Verkäufers war hinsichtlich der Grundstücksgröße ausgeschlossen.

Das Gericht sah in diesen Angaben eine Zusicherung des Verkäufers. Zur Begründung berief es sich auf die Rechtsprechung des BGH zum Bauträgervertrag und stellte vor allem auf das Vertrauen des Käufers in die weitestgehende Genauigkeit der Flächenangaben ab, die so exakt, wie in diesem Planungsstadium möglich, ermittelt worden sein müsse. Nur geringfügige Abweichungen infolge üblicher Vermessungstoleranzen von etwa 1 % müsse der Käufer hinnehmen. Dieser Auslegung stünden weder die Angabe „ungefähr“ entgegen noch die abweichenden Größenangaben im zweiten Lageplan, der einen anderen Zweck habe.

2. Im Recht der Sachmängelgewährleistung nimmt die zugesicherte Eigenschaft in zweifacher Hinsicht eine besondere Stellung ein. Zum einen berechtigt ihr Fehlen den Käufer nicht nur zu wandeln oder zu mindern, sondern gewährt ihm stattdessen auch den Schadensersatzanspruch gemäß § 463 BGB.

Zum anderen erstreckt sich ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss nicht auf die im selben Vertrag gewährte Zusicherung.<sup>2</sup> Da Grundstückskaufverträge in der Regel einen Gewährleistungsausschluss enthalten, gewinnt die Zusicherung gerade in der Kombination mit dem Gewährleistungsausschluss ihre besondere Bedeutung. Für das OLG Düsseldorf war die Zusicherung nach eigenem Bekunden der einzige Weg, um die Klippe des Gewährleistungsausschlusses zu überwinden. Es begnügt sich dabei mit minimalen Anforderungen an die Zusicherung, denn der Text der Urkunde legte mit dem Gewährleistungsausschluss und der Angabe einer ungefähren Grundstücksgröße die Annahme einer Zusicherung nicht nahe. Die Rechtsprechung hat aber immer auch die konkludente Zusicherung anerkannt<sup>3</sup>. Der Vergleich mit der Entscheidung des OLG Hamm zeigt, dass ein anderer Weg

<sup>1</sup> Zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 18.5.1998, Az. 22 U 63/95, und OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2000, Az. 9 U 192/991 – (MittBayNot 2000, 318).

<sup>2</sup> H. M., vgl. nur *Palandt* § 476 Rdnr. 3.

<sup>3</sup> *Staudinger-Honsell* § 459 Rdnr. 156.

zum gleichen Ziel besteht. Statt einer Zusicherung nimmt das OLG Hamm eine Ausnahme vom Gewährleistungsausschluss an. Damit stehen dem Käufer Wandelung oder Minderung zur Wahl, nicht aber Schadensersatz.

Die dogmatischen Grundlagen sind gefestigt. Hier stimmen beide Entscheidungen mit der herrschenden Lehre überein. Die Frage, ob ein Grundstück Bauland ist oder nicht<sup>4</sup>, betrifft eine Eigenschaft der Kaufsache<sup>5</sup>. Damit kommt das Sachmängelgewährleistungsrecht zur Anwendung, §§ 459 ff. BGB, und bedeutet das Fehlen der Bebaubarkeit nicht etwa einen Rechtsmangel, §§ 440, 434 BGB. Die Grundstücksgröße ist zwar keine Eigenschaft, sondern Mengenangabe. Jedoch stellt § 468 BGB ihre Zusicherung der zugesicherten Eigenschaft gleich. Charakteristisch für die Zusicherung ist, dass der Verkäufer für den Bestand der Eigenschaft und alle Folgen ihres Fehlens einstehen will. Nicht nur die Vereinbarung über die Eigenschaft muss daher Vertragsinhalt geworden sein, sondern auch der besondere Einstandswille des Verkäufers bis hin zum Schadensersatz<sup>6</sup>.

Diesen Unterschied macht das OLG Hamm deutlich. Im Vertrag war die Baulandqualität ausdrücklich vom Gewährleistungsausschluss ausgenommen. Die Vereinbarung über die Eigenschaft der Kaufsache geht als die speziellere Regelung dem Gewährleistungsausschluss vor. Sie beinhaltet aber noch nicht den besonderen Einstandswillen des Verkäufers bei der Zusicherung. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf betont zwar ebenfalls die Auslegung des Vertrags. Sie vermittelt jedoch den Eindruck, dass nach dem vom BGH zum Bauträgervertrag für Grundstücksteilflächen entwickelten Grundsätzen Flächenangaben immer den Charakter einer Zusicherung haben. Zur Begründung wird im Wesentlichen auf die Bedeutung der Flächengröße für die Kaufentscheidung und das Vertrauen des Käufers in die weitestgehende Genauigkeit der Flächenangaben abgestellt. Der Einstandswille des Verkäufers wird offenbar vorausgesetzt, jedenfalls nicht gesondert thematisiert. Bei einem umfassenden Gewährleistungsausschluss, der häufig – in der besprochenen Entscheidung ist der genaue Wortlaut nicht wiedergegeben – ausdrücklich auch das katastermäßige Flächenmaß umfasst, wäre eine eingehendere Erörterung angezeigt gewesen. Die Besonderheit mag im Verkauf einer Teilfläche liegen, die noch nicht vermessen ist und deren Größe der Käufer daher auch bei einer Besichtigung oder sonstigen Prüfung kaum feststellen könnte. Das Zahlungsbegehren des Käufers hätte sich im konkreten Fall jedenfalls auch und überzeugender mit einer schlichten Ausnahme vom generellen Gewährleistungsausschluss begründen lassen.

3. Gegen die Unsicherheiten bei der Auslegung durch die Gerichte kann die Vertragsgestaltung vorsorgen, indem sie die verschiedenen Formen, in denen die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes im Kaufvertrag berücksichtigt werden kann, möglichst klar unterscheidet:

<sup>4</sup> Staudinger-Honsell § 459 Rdnr. 111.

<sup>5</sup> Eine Eigenschaft kann nicht nur in der Beschaffenheit einer Sache selbst liegen, sondern auch in ihren – tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen – Beziehungen zur Umwelt, wenn diese ihren Grund in der Beschaffenheit der Sache selbst haben, ihr für eine gewisse Dauer anhaften und nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Kaufsache unmittelbar beeinflussen; Palandt § 459 Rdnrn. 8, 20.

<sup>6</sup> MünchKomm/Westermann § 459 Rdnrn. 56, 59; Staudinger-Honsell § 459, Rdnrn. 124, 134.

a) Die Wendung „Der Verkäufer sichert zu ...“ o.ä. sollte nur verwendet werden, wenn tatsächlich eine *Zusicherung* im rechtlichen Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB beabsichtigt ist. Dann ist der Umfang der Zusicherung möglichst genau zu umreißen. Neben der Angabe „Bauland“ hätte etwa auch die Frage geklärt werden können, ob das Grundstück sofort oder erst in Zukunft bebaubar ist, ob die tatsächliche Bebaubarkeit oder deren öffentlich-rechtliche Zulässigkeit und welcher Umfang und welche Art der Bebauung in Frage stehen etc.<sup>7</sup>

b) Nicht näher qualifizierte Angaben zur Kaufsache beinhalten im Zweifel *Beschaffenheitsvereinbarungen* der Vertragsparteien. Sie gehen – wie die Entscheidung des OLG Hamm deutlich macht – als die speziellere Regelung der allgemeinen des Gewährleistungsausschlusses vor. Zur Abgrenzung von der Zusicherung könnte klargestellt werden: „Es handelt sich jedoch um Bauland. Hierfür übernimmt der Verkäufer die Gewähr, ohne damit eine Eigenschaft zuzusichern.“ oder allgemein: „Besondere Eigenschaften werden nicht zugesichert.“

c) Demgegenüber kann der Verkäufer den Kaufgegenstand bloß näher charakterisieren, ohne hierfür eine Gewähr zu übernehmen. Bei einer einseitigen *Beschaffenheitsangabe* des Verkäufers ist jedoch Vorsicht geboten, um Missverständnissen des Käufers und ungewollte Haftungsfolgen zu vermeiden. Sie sollten nur zurückhaltend verwendet werden. Jedenfalls wäre im Vertragstext klarzustellen, dass der Verkäufer eine Haftung nicht übernimmt: „Nach Angabe des Verkäufers handelt es sich bei dem Kaufgegenstand um Bauland. Eine Haftung übernimmt der Verkäufer hierfür nicht.“ Oder der Verkäufer beschränkt sich auf die *Angabe*, dass ihm zu einer bestimmten Annahme *nichts Gegenteiliges bekannt* sei: „Dem Verkäufer ist nicht bekannt, dass das Grundstück nicht bebaubar wäre.“ Die rechtliche Bedeutung derartiger einseitiger Angaben des Verkäufers liegt dann lediglich darin, dass er für eine arglistige Täuschung einzustehen hätte.

Der Notar sollte mit den Beteiligten klären, welchen Rechtscharakter Beschaffenheitsangaben im Kaufvertrag haben sollen. Der Gewährleistungsausschluss ist entsprechend zu beschränken. Geht er im Einzelfall zu weit, bleibt der Rechtsprechung nur die „Notbremse“ der Zusicherung, die mit der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht dann unter Umständen zu weit greift.

4. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der der Entscheidung des OLG Hamm zugrunde liegende Sachverhalt keinen Anlass bot, die Frage nach dem Umfang der Beurkundungspflicht bei dem Abschluss eines Bauvertrages parallel zu dem Kaufvertrag zu erörtern. Der im Tatbestand erwähnte zweite Kaufvertrag betrifft den Weiterverkauf des Grundstücks in bebautem Zustand durch den Kläger als Werkunternehmer an einen Bauinteressenten. Hätte dagegen der Käufer in Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag als Besteller einen Werkvertrag über die Bebauung des von ihm erworbenen Grundstücks geschlossen, wäre der Werkvertrag auch dann beurkundungspflichtig gewesen, wenn er nicht mit dem Grundstücksverkäufer, sondern einem Dritten geschlossen worden wäre. Die Einheit der vom Käufer gewünschten Leistung hätte dann entweder durch die Aufnahme beider Verträge in eine Urkunde oder durch wechselseitige Verweisung und Verknüpfung der Urkunden erfolgen müssen<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Staudinger-Honsell § 459 Rdnr. 111.

<sup>8</sup> Kutter, Beck'sches Notarhandbuch, A II Rn. 8; Warda, MittBay-Not 1988, 1; Wolfsteiner in Kersten/Bühling, § 38, S. 438.

# § 1 Abs. 3 und Abs. 2a GrEStG in der Fassung des StEntlG 1999/2000/2002

Von Notarassessor Dr. Stefan Gottwald, Passau

## I. Einleitung

Das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 enthält zahlreiche Gesetzesbestimmungen, die Unternehmensumstrukturierungen betreffen. In einem früheren Beitrag wurde in diesem Zusammenhang bereits auf die Änderungen des Grunderwerbsteuergesetzes, insbesondere auch auf die Neuregelungen des § 1 Abs. 3 und 1 Abs. 2 a GrEStG eingegangen und aufgezeigt, inwieweit die Gesetzesänderungen zu einer Verschärfung der Grunderwerbsteuerbelastung und damit zu einer Erschwerung von Unternehmensumstrukturierungen geführt haben<sup>1</sup>.

Da inzwischen gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 02.12.1999 (zu § 1 Abs. 3 GrEStG n. F.)<sup>2</sup> und vom 07.02.2000 (zu § 1 Abs. 2a GrEStG n. F.)<sup>3</sup> vorliegen und sich darüber hinaus das Finanzministerium Baden-Württemberg in einem weiteren Erlass vom 14.02.2000<sup>4</sup> zu einigen noch offenen Zweifelsfragen zu § 1 Abs. 3 GrEStG geäußert hat, liegt nunmehr eine gewisse Planungssicherheit für den Rechtsanwender vor. Auf einige für die notarielle Praxis bedeutsame Aspekte der in den Erlassen vertretenen Verwaltungsmeinung soll im Folgenden näher eingegangen werden.

## II. § 1 Abs. 3 GrEStG

Bis zum 31.12.1999 unterlagen der unmittelbare Erwerb aller Anteile (= Anteilsübertragung) an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft<sup>5</sup> sowie der Erwerb derjenigen Anteile, die dem Erwerber bislang noch fehlten, um zu einer 100%igen Beteiligung zu gelangen (= Anteilsvereinigung) gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG der Besteuerung<sup>6</sup>.

Die Steuerbarkeit trat auch bei nur mittelbaren Anteilsübertragungen ein<sup>7</sup>, wenn also die Gesellschaft, deren sämtliche Anteile erworben wurden, zwar nicht selbst zivilrechtliche Grundstückseigentümerin war, aber – gegebenenfalls über

eine Vielzahl von Stufen (Beteiligungskette) – sämtliche Anteile an einer anderen grundbesitzenden Gesellschaft hielt. In diesem Fall „gehörte“ das Grundstück aus grunderwerbsteuerlicher Sicht der erworbenen Gesellschaft<sup>8</sup>.

Die Neufassung des § 1 Abs. 3 GrEStG soll die erheblichen Steuerausfälle beseitigen, die dadurch bedingt waren, dass häufig Zwerganteile zurückbehalten oder auf (konzern-) fremde Personen übertragen wurden<sup>9</sup>.

Um auch künftig die aus einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung von Anteilen an grundbesitzenden Kapitalgesellschaften resultierende Grunderwerbsteuer zu verhindern, müssen nach der Neuregelung mehr als 5% der Anteile in die Hände Außenstehender oder nicht organschaftlich verbundener Gesellschaften übertragen werden<sup>10</sup>.

Die Reichweite des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. soll anhand nachfolgender Beispielsfälle dargestellt werden; außerdem wird aufgezeigt, dass die Finanzverwaltung trotz einer an sich möglichen fiskalischen Wortlautinterpretation teilweise eine restriktive Auslegung des weitgefassten Tatbestandes vornimmt.

### 1. Unmittelbare und mittelbare Anteilsvereinigungen

Vor der Veröffentlichung der o. g. Äußerungen der Finanzverwaltung war zunächst unklar, ob in Fällen mittelbarer Anteilsvereinigungen einem Gesellschafter die Anteile an juristischen Personen auch dann zuzurechnen sind, wenn er an diesen zu weniger als 95 % beteiligt ist<sup>11</sup>.

#### Beispiel 1:

*Die M-GmbH ist zu 60% an der T1-GmbH und zu 100% an der T2-GmbH beteiligt. Die Anteile der grundstücksbesitzenden E-GmbH sollen ohne Anfall von Grunderwerbsteuer von der T1-GmbH und/oder der T2-GmbH erworben werden<sup>12</sup>.*

<sup>1</sup> Vgl. *Gottwald*, MittBayNot 1999, S. 338 ff.; zum zeitlichen Anwendungsbereich des Steuerentlastungsgesetzes im Bereich der Grunderwerbsteuer vgl. *Pahlke/Franz*, § 1, Rdnr. 267 ff.

<sup>2</sup> Abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 68 ff.; DStR 1999, S. 2075 ff.

<sup>3</sup> Vgl. MittBayNot 2000, S. 155.

<sup>4</sup> Abgedruckt in DStR 2000, S. 430.

<sup>5</sup> Zum Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 GrEStG a.F. bei Personengesellschaften vgl. *Fischer in Boruttau* § 1 Rdnr. 670 m.w.N.

<sup>6</sup> Hintergrund dieses zur Vermeidung von Steuerumgehungen konzipierten Ergänzungstatbestandes war das grunderwerbsteuerliche Verständnis, dass die Verwertungsmöglichkeit hinsichtlich eines Grundstücks auch dadurch erworben werden kann, dass sämtliche Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft erworben bzw. vereinigt werden; vgl. *Fischer in Boruttau*, § 1, Rdnr. 851; *Eder*, DStR 1994, S. 736. Die Vorgänge des § 1 III GrEStG sind mithin fingierte Grundstückserwerbe; *Fischer in Boruttau*, § 1, Rdnr. 855.

<sup>7</sup> Vgl. *Fischer in Boruttau*, § 1 Rdnr. 817 m.w.N., aus Rspr. und h.L.; a.A.: *Uhl*, DVR 1976, S. 82; *Müller-Dott*, GmbH 1976, S. 137; *Stahl*, StuW 1979, S. 237; *Binz/Freudenberg/Sorg*, DStR 1990, S. 753 ff. m.w.N. Der Meinungsstreit wurde durch die Neufassung des § 1 Abs. 3 GrEStG jedoch obsolet, da von dem neuen Wortlaut mittelbare Anteilsübertragungen ausdrücklich erfasst werden.

<sup>8</sup> Vgl. *Beckmann*, GmbH 1999, S. 219; *Pahlke/Franz*, § 1 Rdnr. 281 ff.

<sup>9</sup> Da das Gesetz die Vereinigung aller Anteile verlangte, löste entgegen einer älteren Rechtsprechung (vgl. RFHE 52, S. 217; BFH BStBl III 1962, S. 133) die Vereinigung nahezu aller Anteile an einer Gesellschaft die Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG nicht allein deshalb aus, weil die in anderer Hand verbliebenen Zwerganteile wirtschaftlich bedeutungslos waren (vgl. *Fischer in Boruttau*, § 1, Rdnr. 886 m.w.N.). Ein steuerbarer Vorgang lag nur dann vor, wenn der Erwerber alle Anteile mit Ausnahme derjenigen erwarb, die sich im Besitz der Gesellschaft selbst befanden; vgl. *Fischer in Boruttau* § 1, Rdnr. 887 m.w.N.

<sup>10</sup> Insoweit ist jedoch zu beachten, dass sich eine mehr als 5%ige Anteilsübertragung oftmals nur gewinnrealisierend vollziehen lässt. Außerdem bleibt die Frage, ob ein mehr als 5%iger Fremdeinfluss der grundbesitzenden Gesellschaft wirtschaftlich überhaupt hingenommen werden kann.

<sup>11</sup> Diese Ansicht befürworteten *Hörger/Mentel/Schulz*, DStR 1999, S. 576.

<sup>12</sup> Dieses Fallbeispiel wurde bereits im Beitrag MittBayNot 1999, S. 338 ff. verwendet und auf der Grundlage der seinerzeit herrschenden Literaturansicht gelöst; es wird jedoch erneut herangezogen, da sich nunmehr durch die Äußerungen der Finanzverwaltung eine Rechtslage ergeben hat, die mit der in dem früheren Beitrag vertretenen Ansicht nicht mehr übereinstimmt.

Hier ist zunächst festzustellen, dass ein alleiniger Anteilserwerb durch die T1-GmbH oder die T2-GmbH bereits gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerpflichtig ist.

Erwirbt dagegen die T1-GmbH 90 % und die T2-GmbH die restlichen 10 % an der E-GmbH, so fällt keine Grunderwerbsteuer gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. an, da in diesem Fall die M-GmbH an der E-GmbH lediglich zu 64 % beteiligt ist. Eine Beteiligung von 10 % ergibt sich über T2 und eine Beteiligung von 54 % (60 % von 90 %) über die T1-GmbH.

Da jedoch die M-GmbH mit weniger als 95% an der T1-GmbH beteiligt ist, war unmittelbar nach In-Kraft-Treten der Neufassung noch zweifelhaft, ob sich die Grunderwerbsteuer auch dadurch vermeiden lässt, dass die T1-GmbH z. B. nur 10% und die T2-GmbH die restlichen 90% der Anteile an der E-GmbH erwirbt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH wurden nämlich die Anteile der T1-GmbH an einer anderen grundstückshaltenden Kapitalgesellschaft der M-GmbH grundsätzlich (Ausnahme: Organschaft) nur dann zugerechnet, wenn die M-GmbH an der T1-GmbH zu 100% beteiligt war<sup>13</sup>. Nunmehr stellt § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. jedoch allein darauf ab, ob bei der M-GmbH eine mittelbare (mindestens 95%ige) Anteilsvereinigung erfolgt. Diese liegt nach dem Wortlaut vor, da die M-GmbH über die T2-GmbH zu 90% und über die T1-GmbH zu 6% (60% von 10%) an der E-GmbH beteiligt ist. Folglich würde bei fiskalischer Wortlautinterpretation auch hier Grunderwerbsteuer anfallen<sup>14</sup>.

Mit dem Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 14.2.2000 wurde jedoch klargestellt, dass im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. nicht alle mittelbaren Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften zu berücksichtigen sind, die rein rechnerisch dazu führen, dass in der Hand des Erwerbers mittelbar oder teils unmittelbar und teils mittelbar über eine andere Gesellschaft mindestens 95 % der Anteile vereinigt werden; vielmehr ist eine mittelbare Beteiligung grundsätzlich nur dann anzusetzen, wenn der Anteilseigner an der Gesellschaft zu mindestens 95 % beteiligt ist. Insoweit verweist das Finanzministerium Baden-Württemberg auf die oben erwähnte bisherige Rechtsprechung des BFH, der die Überlegung zugrunde lag, dass mittelbare Beteiligungen nur dann einem einzelnen Gesellschafter zuzurechnen sind, wenn dieser die Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG beherrscht. An diesem Grundgedanken hat sich nach Auffassung der Finanzverwaltung durch das Herabsetzen der 100 %-Grenze auf eine 95 %-Grenze und die Aufnahme der mittelbaren Anteilsvereinigung als explizites Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 3 GrEStG durch Art. 15 des StEntG 1999/2000/2002 nichts geändert.

*Demzufolge sind bei der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. nur solche mittelbaren Beteiligungen zu berücksichtigen, die zu mindestens 95 % gehalten werden (Ausnahme: Organschaft<sup>15</sup>).*

Folglich ist künftig davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung in dem genannten Beispiel *keine* Grunderwerbsteuer erheben wird. Die Planungssicherheit besteht insbesondere deshalb, weil der Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen ist.

<sup>13</sup> Vgl. Fischer in *Boruttav* § 1 Rdnr. 897.

<sup>14</sup> Gegen diese wandte sich sehr frühzeitig Schulz mit einer Anmerkung zum Anwendungserlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 2.12.1999. Vgl. Schulz DStR 1999, S. 2076 mit Verweis auf BFH, BStBl 1994 II., S. 121, DStR 1994, S. 203.

<sup>15</sup> S. hierzu unten unter Abschnitt II 3.

## 2. Verstärkung bestehender Beteiligungen

Auch im Zusammenhang mit der Verstärkung bestehender Beteiligungen haben die Erlasse vom 2.12.1999<sup>16</sup> und 14.2.2000<sup>17</sup> bislang bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt.

### Beispiel 2:

*Die A-GmbH ist zu 90 % an der B-GmbH beteiligt. Die restlichen 10 % sind Fremdanteile. Außerdem sind die A-GmbH zu 50 % und die B-GmbH ebenfalls zu 50 % an der grundbesitzenden C-GmbH beteiligt. Die A-GmbH erwirbt sodann die Anteile der B-GmbH an der C-GmbH.*

In diesem Fall war die A-GmbH von vornherein zu 95 % an der C-GmbH beteiligt (50 % unmittelbar und 45 % mittelbar über die B-GmbH, d. h. 90 % von 50%). Der Anteilsvereinigung in der Hand der A-GmbH würde daher bei großzügiger Wortlautinterpretation bereits eine mittelbare Anteilsvereinigung in ihrer Hand vorausgehen, obwohl die A-GmbH lediglich zu 90 % an der B-GmbH beteiligt war. Da nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 GrEStG allein darauf abgestellt wird, dass bei der A-GmbH eine mittelbare (95 %ige) Anteilsvereinigung vorliegt, wäre es nach dem Gesetzestext ausreichend, wenn sich diese 95 %ige Beteiligung rein rechnerisch über eine 90 %ige Beteiligung an der Tochtergesellschaft und im Übrigen aus einer unmittelbaren Beteiligung ergäbe. Bei dieser Gesetzesauslegung wäre der Erwerb der Anteile der B-GmbH an der C-GmbH durch die A-GmbH folglich Grunderwerbsteuerfrei.

Dieser Ansicht ist die Finanzverwaltung jedoch entgegengetreten, indem klargestellt wurde, dass bei Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. nur solche mittelbaren Beteiligungen zu berücksichtigen sind, die zu mindestens 95 % gehalten werden (Ausnahme: Organschaft). Dies bedeutet, dass die im Fall 1 für den Steuerpflichtigen erfreuliche Auslegung des Gesetzeswortlautes sich in Fall 2 als für ihn nachteilig erweist. Da nach dem Erlass vom 14.02.2000 eine mittelbare Beteiligung nur dann angesetzt wird, wenn der Anteilseigner an der Gesellschaft zu mindestens 95 % beteiligt ist, liegt in der vorliegenden Fallkonstellation eine erstmalige Vereinigung aller Anteile in einer Hand im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. vor; folglich fällt hier Grunderwerbsteuer an.

## 3. Ausnahmen von Anteilsverstärkungen

Besonderheiten gelten im Falle einer Organschaft<sup>18</sup>.

### Beispiel 3:

*Gleicher Sachverhalt wie in Beispiel 2, jedoch ist die B-GmbH finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen A-GmbH eingegliedert und gilt folglich als abhängige Gesellschaft i. S. des § 1 Abs. 4 Nr. 2 b GrEStG.*

<sup>16</sup> Vgl. MittBayNot 2000, 68.

<sup>17</sup> Vgl. DStR 2000, S. 430.

<sup>18</sup> Die durch die Unternehmenssteuerreform 2001 bewirkte Änderung bei der Körperschaftsteuerlichen Organschaft, bei der künftig anders als bei der Gewerbesteuer neben dem Ergebnisabführungsvertrag nur noch die finanzielle, nicht aber die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft erforderlich ist (vgl. Rödder/Schumacher, DStR 2000, S. 1455), hat keine Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer. § 1 Abs. 4 GrEStG enthält vielmehr eine eigenständige Definition abhängiger Unternehmen; vgl. Pahlke/Franz, § 1, Rdnr. 338 ff.

Da die B-GmbH ein abhängiges Unternehmen i. S. des § 1 Abs. 4 Nr. 2 b GrEStG ist, stellt sich hier die Frage, ob bei der Verstärkung einer organschaftlichen Zurechnung in eine unmittelbare Beteiligung davon auszugehen ist, dass bereits eine Anteilsvereinigung i. S. des § 1 Abs. 3 GrEStG bestand und die nachfolgende Verstärkung der Beteiligung somit steuerunschädlich ist. Hierfür spricht, dass die Grundstücke nach § 1 Abs. 4 Nr. 2 b GrEStG grunderwerbsteuerrechtlich bereits der Organmutter zugerechnet werden konnten und demzufolge jetzt an sich kein erstmaliger Erwerb der Organmutter erfolgt.

Gleichwohl geht die Finanzverwaltung in dem Erlass vom 2.12.1999<sup>19</sup> davon aus, dass beim Zuerwerb von Anteilen durch eine Konzerngesellschaft keine steuerunschädliche Anteilsverstärkung vorliegt, wenn dadurch erstmalig unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile an der grundbesitzhaltenden Gesellschaft in der Hand der Konzernmutter i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 GrEStG vereinigt werden<sup>20</sup>. Der Grundbesitz der C-GmbH war nicht der Organmutter, sondern dem Organkreis zuzurechnen, so dass sich durch den Erwerb der restlichen Anteile an der C-GmbH alle Anteile dieser Gesellschaft erstmals in der Hand der Organmutter vereinigen. Die geänderte Zurechnung löst die Steuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG aus<sup>21</sup>. Trotz § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2. Alternative GrEStG kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die zu einem Organkreis gehörenden Gesellschaften als grunderwerbsteuerliche Einheit anzusehen sind<sup>22</sup>. Vielmehr ist die Bezugnahme in § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2. Alternative GrEStG auf das Vorliegen einer Organschaft lediglich als *Erweiterung* der Steuerpflicht anzusehen<sup>23</sup>. Die Innenumsätze zwischen Konzerngesellschaften bleiben damit steuerpflichtig.

Nach dem Erlass vom 2.12.1999 besteht auch in denjenigen Fällen eine Ausnahme vom Grundsatz einer steuerfreien Verstärkung schon bestehender Beteiligungen, wenn zwischen

Konzerngesellschaften Rechtsvorgänge i. S. des § 1 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG erfolgen<sup>24</sup>. Demnach sind – vereinfacht ausgedrückt – nur Anteilsbewegungen von unten nach oben nicht grunderwerbsteuerbar. Hingegen sind Seitwärtsbewegungen (z. B. Konzernmutter verschmilzt Schwestergesellschaften, wobei die untergehende Gesellschaft zu 100 % an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft beteiligt ist) oder Anteilsbewegungen von oben nach unten (Konzernmutter bringt z. B. eine 100 % Beteiligung an einer Tochtergesellschaft in eine andere 100 %ige Tochtergesellschaft ein) nach Auffassung der Finanzverwaltung weiterhin grunderwerbsteuerbar<sup>25</sup>.

### III. § 1 Abs. 2a GrEStG

#### 1. Der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG n. F.

§ 1 Abs. 2a GrEStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 ist durch Artikel 15 StEntlG 1999/2000/2002 geändert worden. Die Vorschrift stellt nicht mehr auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab, sondern allein auf den Übergang von mindestens 95 % der Geschäftsanteile. Außerdem ist ausdrücklich geregelt, dass auch mittelbare Anteilsübertragungen Grunderwerbsteuer auslösen können. Die Neuregelung gilt für Erwerbsvorgänge, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden.

Mit den gleichlautenden Erlassen der Obersten Finanzbehörden der Länder zum Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG n. F. vom 7.2.2000<sup>26</sup> wurden zahlreiche unmittelbar nach In-Kraft-Treten der Neuregelungen offen gebliebene Fragen einer Klärung zugeführt. Eine nähere Betrachtung verdient allerdings der in Tz. 4.2.3. des Erlasses angeführte Beispielfall<sup>27</sup>:

*An einer grundbesitzenden OHG sind A zu 85 %, B zu 5 % und die C-GmbH zu 10 % beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 % und Y sowie Z zu jeweils 5 %. In 01 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der OHG auf D, in 02 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F.*

Die Finanzverwaltung löst diesen Fall wie folgt:

Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel in Höhe von 85 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH liegt ein mittelbarer Gesellschafterwechsel in Höhe von 10 % vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH (insgesamt) 95 % beträgt. Die mittelbare Anteilsänderung ist nicht anteilig (95 % von 10 %), sondern voll mit 10 % zu berücksichtigten<sup>28</sup>.

Zunächst ist zu beachten, dass es für einen (mittelbaren) Gesellschafterwechsel im Rahmen des § 1 Abs. 2 a GrEStG ausreicht, wenn zwei Gesellschafter, die lediglich unter Addition ihrer Geschäftsanteile zu insgesamt 95 % an einer GmbH beteiligt sind (hier X und Y), diese Anteile an Dritte weiter übertragen. Demgegenüber sind im Rahmen des § 1 Abs. 3

<sup>19</sup> Vgl. MittBayNot 2000, 68.

<sup>20</sup> Vgl. gleichl. Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 2.12.1999, MittBayNot 2000, 69, Tz. 4.

<sup>21</sup> Wenn es der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verbietet, eine Umgehung der Besteuerung durch bloße Anteilsvereinigung im Konzern hinzunehmen, so drängt sich jedoch die Frage auf, ob es eben dieser Grundsatz nicht in gleicher Weise gebietet, auf eine Besteuerung von notwendigen Unternehmensumstrukturierungen ohne wirtschaftliche Übertragung der Grundstücke auf konzernaußenstehende Personen zu verzichten und folglich die Ausweitung des Besteuerungsrechts auf Konzernstrukturen auch zugunsten des Konzerns vorzunehmen (ebenso *Eder DSr 1994, S. 735 ff.*). Die Finanzverwaltung geht jedoch davon aus, dass der Konzern nach deutschem Recht nicht Gegenstand der Besteuerung ist und verbundene Unternehmen selbständige Steuersubjekte bleiben, so dass eine Personenverschiedenheit auch im Fall von Konzernunternehmen vorliegt. Ein allgemeines Institut der Organschaft, wonach bei eingegliederten Unternehmen keine Personenverschiedenheit vorliegt, wird abgelehnt.

<sup>22</sup> Die Finanzverwaltung setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob nicht möglicherweise § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG zu einer Ermäßigung der Grunderwerbsteuer führen könnte. Da die verschiedenen Organgesellschaften aufgrund ihrer rechtlichen Selbständigkeit jedoch nicht identisch sind, wird die Frage offenbar wegen fehlender Erwerberidentität nicht erörtert. Fraglich ist jedoch, ob aufgrund des Organschaftsverhältnisses und der dadurch bedingten Zuordnung der Gesellschaften zur Konzernmutter nicht gleichwohl eine Identität analog § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG bejaht werden kann.

<sup>23</sup> Die Ausdehnung der Besteuerung beruht auf dem Gedanken, dass bei verbundenen Unternehmen die Konzernspitze bestimmen kann, welche Konzerngesellschaft die Anteile an Grundstücksgesellschaften halten soll (vgl. hierzu *Eder, DSr 1994, S. 735 ff, m.w.N.*).

<sup>24</sup> Vgl. gleichl. Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 2.12.1999, MittBayNot 2000, 69., Tz. 4.

<sup>25</sup> Ebenso *Schulz, DSr 1999, S. 2076.*

<sup>26</sup> Vgl. MittBayNot 2000, S. 152 ff.

<sup>27</sup> Vgl. MittBayNot 2000, S. 153.

<sup>28</sup> Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG, vgl. Abschnitt 11 des Erlasses vom 7.2.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 155.

GrEStG n. F. nur solche mittelbaren Beteiligungen zu berücksichtigen, die zu mindestens 95 % gehalten werden<sup>29</sup>. Hierin liegt jedoch kein Wertungswiderspruch. Die differenzierte Betrachtung resultiert vielmehr aus der unterschiedlichen Struktur der beiden Tatbestände. Während § 1 Abs. 3 GrEStG die Zurechnung von Beteiligungen im Rahmen von Anteilsübertragungen bzw. Anteilsvereinigungen erfasst und insoweit gewisse Zurechnungsgrenzen erforderlich sind, stellt § 1 Abs. 2 a GrEStG ausschließlich auf die Änderung des Gesellschafterbestandes ab. Eine derartige Änderung kann sich daraus ergeben, dass ein einzelner Gesellschafter eine 95 %ige Beteiligung hält und diese überträgt oder aber, dass mehrere Gesellschafter mit geringeren Beteiligungen, die lediglich in der Summe die 95 %-Grenze erreichen, ihre Anteile übertragen. Wenn folglich durch eine oder mehrere Geschäftsanteilsübertragungen insgesamt 95 % der Geschäftsanteile wechseln, ist der Tatbestand des § 1 Abs. 2 a GrEStG erfüllt<sup>30</sup>.

Hervorzuheben ist jedoch, dass im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG n. F. im Falle eines mittelbaren Gesellschafterwechsels die Anteilsänderung *nicht nur anteilig* (95 % von 10 %), *sondern voll* (im konkreten Fall also mit 10 %) zu berücksichtigen ist. Demgegenüber enthält der Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 14.2.2000 keine entsprechende Klarstellung, so dass bei § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. wohl davon auszugehen ist, dass lediglich eine anteilige Zurechnung der mittelbaren Beteiligungen erfolgen kann. Diese Frage ist jedoch noch nicht ausdrücklich geklärt<sup>31</sup>.

Schließlich wurde in dem Erlass vom 7.2.2000 zu § 1 Abs. 2 a GrEStG n. F. in Teilziffer 4.2.4. klargestellt, dass der Wechsel im Gesellschafterbestand einer GmbH, welche an einer grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt ist, nicht mit dem unmittelbaren Gesellschafterwechsel der OHG-Gesellschafter zusammengerechnet werden darf, solange sich die Beteiligungsverhältnisse der GmbH nicht um mindestens 95 % geändert haben.

#### Beispiel:

*Eine Gesellschaft ist als persönlich haftende Gesellschafterin mit 20 % am Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co. KG beteiligt. Alle Kommanditisten übertragen ihre Anteile auf neu hinzutretende Kommanditisten. Außerdem werden 80 % der Anteile an der GmbH an die neu hinzutretenden Kommanditisten veräußert.*

§ 1 Abs. 2a GrEStG n. F. ist in diesem Fall nicht erfüllt<sup>32</sup>. Wenngleich rein rechnerisch 96 % der Anteile an der OHG

auf neue Gesellschafter übergehen (80 % unmittelbar und 16 %, nämlich 80 % von 20 %, mittelbar) ist nach Auffassung der Finanzverwaltung kein Steuertatbestand einschlägig, da sich die Beteiligungsverhältnisse bei der GmbH nicht um mindestens 95 % geändert haben und folglich eine Zusammenrechnung mit dem unmittelbaren Gesellschafterwechsel nicht in Betracht kommt.

Allerdings ist bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des vorrangigen § 1 Abs. 2a GrEStG n. F. stets zu prüfen, ob nicht möglicherweise § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. eingreift<sup>33</sup>. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. wird durch § 1 Abs. 2 a GrEStG n. F. nur dann ausgeschlossen, wenn nach dessen Satz 3 oder einer Befreiungsvorschrift die Steuer nicht erhoben wird<sup>34</sup>.

## 2. Das Verhältnis zu § 16 GrEStG

Im Hinblick auf die Nichtfestsetzung der Steuer bzw. die Aufhebung der Steuerfestsetzung gemäß § 16 GrEStG ergibt sich eine konstruktive Schwierigkeit dadurch, dass die durch § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG angeordnete Fiktion einer Grundstücksübergang auf eine neue Personengesellschaft als solche nicht rückgängig gemacht werden kann. Als Bezugspunkt kommt daher in erster Linie die Rückgängigmachung der zur Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG führenden Anteilsübertragungen in Betracht. Durch die Rückabwicklung der Anteilsübertragungen können die Anwendungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG entfallen.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist § 16 GrEStG jedoch nur dann anzuwenden, wenn *alle* Gesellschafterwechsel, die zur Verwirklichung des § 1 Abs. 2 a GrEStG geführt haben, rückgängig gemacht werden<sup>35</sup>.

Dem ist kritisch entgegenzuhalten, dass § 1 Abs. 2 a GrEStG bereits dann nicht einschlägig gewesen wäre, wenn ursprünglich geringfügig weniger als 95 % der Anteile übertragen worden wären. Demgemäß hält ein Teil der Literatur entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung § 16 Abs. 2 GrEStG bereits dann für gegeben, wenn durch die Rückabwicklung einer (oder mehrerer) Anteilsübertragungen lediglich die 95 %-Grenze des § 1 Abs. 2 a GrEStG unterschritten wird<sup>36</sup>.

Auf der Grundlage des Erlasses ist jedoch bis zu einer etwaigen Klärung der Frage durch die Finanzgerichte davon auszugehen, dass *sämtliche* Anteilsübertragungen rückgängig zu machen sind.

## IV. Ergebnis

Das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 erschwert Unternehmensumstrukturierungen insofern, als der mittelbare Gesellschafterwechsel in § 1 Abs. 2a GrEStG miteinbezogen und die Beteiligungshöhe für steuerpflichtige Anteilsübertragungen und -vereinigungen gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. auf 95 % abgesenkt wird.

Die Finanzverwaltung vertritt im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3 GrEStG n. F. die Auffassung, dass die von Tochterge-

<sup>29</sup> Vgl. Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 14.2.2000, vgl. DStR 2000, S. 430.

<sup>30</sup> Im Rahmen des § 1 Abs. 2a GrEStG n. F. sind mittelbare Veränderungen der Vermögensbeteiligungen somit nur dann zu berücksichtigen, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft, die unmittelbar oder mittelbar an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, zu mindestens 95 % ändern. Bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen ist die Prüfung, ob die 95 %-Grenze erreicht ist, für jede Beteiligungsebene gesondert zu prüfen (Vgl. gleichlt. Erlasse der Obersten Finanzbehörden vom 7.2.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 153). Ist die 95 %-Grenze erreicht, dann ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe, also nicht nur quotal, zu berücksichtigen (vgl. gleichlt. Erlasse der Obersten Finanzbehörden vom 7.2.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 153).

<sup>31</sup> Insbesondere wurde in den Erlassen vom 7.2. und 14.2.2000 nicht auf dieses Problem eingegangen.

<sup>32</sup> Vgl. gleichlt. Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 7.2.2000, abgedruckt MittBayNot 2000, S. 153, Beispiel 4.2.4.

<sup>33</sup> Vgl. zum Subsidiaritätsverhältnis der beiden Vorschriften die gleichlt. Erlasse vom 7.2.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 155 Tz. 10; vgl. ferner *Gottwald*, MittBayNot 1999, S. 338 ff.

<sup>34</sup> Vgl. gleichlt. Erlass vom 7.2.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 155, Tz. 10.

<sup>35</sup> Vgl. gleichlt. Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 7.2.2000, MittBayNot 2000, S. 155, Tz. 12.

<sup>36</sup> Vgl. *Pahlke/Franz* § 16 Rdnr. 71.

sellschaften an grundbesitzenden Enkelgesellschaften gehaltenen Anteile der Muttergesellschaft (wichtig bei der Frage, ob eine mittelbare oder eine teils mittelbare, teils unmittelbare Anteilsvereinigung vorliegt) dann nicht zugerechnet werden, wenn die Muttergesellschaft keine beherrschende Stellung hat, sondern weniger als 95 % der Anteile an der Tochtergesellschaft hält, auch wenn sie über weitere Tochtergesellschaften oder durch eigene unmittelbare Beteiligungen insgesamt eine 95 %ige Beteiligung an der Enkelgesellschaft erreicht. Besonderheiten gelten jedoch bei abhängigen Gesellschaften i. S. des § 1 Abs. 4 Nr. 2 b GrEStG.

Im Rahmen des § 1 Abs. 2 a GrEStG n. F. ist darüber hinaus zu beachten, dass mittelbare Anteilsänderungen nicht nur anteilig, d. h. in Höhe der rechnerischen Quote, sondern immer – sobald eine Zurechenbarkeit gegeben ist – exakt in der Höhe zu berücksichtigen sind, in der die die Beteiligung vermittelnde Gesellschaft an der Untergesellschaft beteiligt ist.

Durch die Erlasse der Finanzbehörden ist nunmehr eine gewisse Planungssicherheit gegeben, wenngleich sich die Rechtslage durch die von der Verwaltung vertretene Gesetzesauslegung z. T. verkompliziert hat und noch offen ist, ob sich die Finanzgerichte dieser Verwaltungsmeinung anschließen werden.

---

## AUSLANDSIMMOBILIEN IN DER NOTARIELLEN PRAXIS

---

### Immobilienkauf in Spanien

Von Notar *Markus Eberl*, Bayreuth

#### A. Einleitung

In der Reihe „Auslandsimmobilien“ behandelt der nachfolgende Beitrag Spanien. Dargestellt werden einige wesentliche Grundzüge des spanischen Immobilienrechts. Schwerpunktartig werden dabei Fragen erörtert, die für den ausländischen Veräußerer, Erwerber oder auch Notar von Interesse sind. Die angegebenen spanischen Gesetze sind im Internet beispielsweise unter [www.jurisweb.com/legislación/civil](http://www.jurisweb.com/legislación/civil) kostenfrei abrufbar.

#### B. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an Grundstücken

Zur Frage, wie sich im spanischen Recht der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an Grundstücken – wie auch an beweglichen Sachen – vollzieht, hat sich die auf römisch-rechtlichen Grundsätzen basierende „titulus-modus-Theorie“ durchgesetzt<sup>1</sup>. Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist danach zum einen eine wirksame Vereinbarung (*titulus*), die zur Eigentumsübertragung verpflichtet, und zum anderen die Übergabe (*modus*) der Sache mit dem Willen zur Eigentumsverschaffung. Beide Elemente sind kausal verknüpft, ein unwirksamer Schuldvertrag bewirkt also automatisch auch die Unwirksamkeit der Übergabe<sup>2</sup>.

Für den Eigentumserwerb nicht zwingend erforderlich ist dagegen grundsätzlich die Eintragung im Eigentumsregister (*registro de la propiedad*), wiewohl sie, wie nachstehend in Abschnitt C.III. ausgeführt, in jedem Fall dringend anzuraten ist.

<sup>1</sup> Dies ergibt sich zwar – wie viele grundlegende dogmatische Fragen – nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, ist jedoch beispielsweise in Art. 609 des Código Civil (CC) angedeutet und die weit überwiegende Ansicht in Lehre und Rechtsprechung. (*Hellmann*, Immobilienkauf nach spanischem Recht, Frankfurt 1999, S.23 ff.).

<sup>2</sup> *Sarrate i Pou*, Formprobleme bei Grundstücksveräußerungen im deutsch-spanischen Rechtsverkehr, Frankfurt 1998, S. 25.

#### I. Die Übergabe (*modus*)

Die Übergabe einer verkauften Sache kann nach der (nicht abschließenden) Aufzählung in Art. 1462 f Código Civil (CC) neben der körperlichen Übergabe auch durch symbolische Übergabe, z.B. des Schlüssels, durch Vereinbarung eines Besitzkonstitutes, vor allem aber auch durch die Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde über den Verkauf (*escritura de compraventa*) erfolgen<sup>3</sup>.

#### II. Der Kaufvertrag (*titulus*)

##### 1. Zustandekommen

Ein wirksamer Vertrag kommt nach Art. 1278 CC unabhängig davon, in welcher Form er geschlossen wird, zustande, wenn die in Art. 1261 CC bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Dies sind: Einigung der Vertragsteile, bestimmtes Vertragsobjekt, Rechtsgrund für die eingegangene Verpflichtung.

##### a) Formfreiheit

Ein Grundstückskaufvertrag kann also grundsätzlich auch mündlich oder privatschriftlich geschlossen werden. Wenn Art. 1280 CC für Verträge, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, die öffentliche Beurkundung, und für Verträge, deren Gegenstand den Wert von 1500 Peseten übersteigt, Schriftform verlangt, so dient dies nur der Beweissicherung. Die Nichteinhaltung dieser Form bewirkt nicht die Nichtigkeit des Vertrages, sondern lediglich, dass jeder Vertragsteil die Einhaltung der Form verlangen kann<sup>4</sup>.

##### b) Ausnahmen von der Formfreiheit

Die öffentliche Beurkundung ist allerdings dann – mittelbar – Wirksamkeitsvoraussetzung, wenn ausnahmsweise die Eintra-

<sup>3</sup> Die Ausfertigung der *escritura* führt also unmittelbar den Eigentumsübergang herbei, wenn nicht in der Kaufurkunde abweichende Regelungen, z.B. ein aufschiebend bedingter Eigentumsübergang (vgl. nachstehend II.4.b)bb) vereinbart werden.

<sup>4</sup> Zwingend vorgeschrieben ist die notarielle Beurkundung dagegen beispielsweise für Grundstücksschenkungen (Art. 633 CC).

gung des Vertrages in das Eigentumsregister vorgeschrieben ist<sup>5</sup>, da nach Art. 3 des Hypothekengesetzes (L.H.) dort nur öffentlich beurkundete Verträge eingetragen werden können.

Hauptanwendungsfall der obligatorischen Eintragung ist der Erwerb oder die Übertragung von Grundstücken oder dinglichen Rechten in bestimmten militärisch bedeutsamen Gebieten wie den Inseln (auch Balearen und Kanaren) und Grenzgebieten durch Nicht-EU-Bürger oder Gesellschaften, an denen solche die Mehrheit halten<sup>6</sup>.

## 2. Privatschriftlicher Kaufvertrag

In Spanien ist es traditionell üblich, dass zunächst ein privatschriftlicher Grundstückskaufvertrag vereinbart wird. In diesem sind alle wesentlichen Vertragsbedingungen wie Kaufpreis, Zahlungsmodalitäten, Übergabe, mitverkauftes Inventar usw. festgelegt<sup>7</sup>. Traditionell wird erst nachdem dieser Vertrag voll erfüllt ist, insbesondere also der Kaufpreis voll bezahlt ist, die *escritura* beurkundet<sup>8</sup>. Auf die sorgfältige und ausgewogene Gestaltung des privatschriftlichen Vertrages sollten daher gerade ausländische Käufer besonders achten. In der Praxis werden diese Verträge oft vom Makler oder einem privaten Vollzugsbüro (*gestoria*) aufgesetzt, was dazu führen kann, dass ein Vertragsteil unangemessen benachteiligt wird oder wegen unklarer oder unvollständiger Regelungen später Streit entsteht.

## 3. *escritura*

### a) Verhältnis zum privatschriftlichen Vertrag

Der notarielle Kaufvertrag, von *Gantzer* bildhaft als „Mantel“ um den privatschriftlich vereinbarten Vertragsinhalt bezeichnet<sup>9</sup>, hat oft nur noch die Funktion, die Eintragung im Eigentumsregister zu bewirken<sup>10</sup>. Er enthält dann in der Regel nur noch die Personalien, die Beschreibung des Vertragsobjekts und seiner Belastungen, den Kaufpreis und die Kostentragsregelung.

*Gantzer* weist zurecht darauf hin, dass alle wichtigen Vereinbarungen gleichwohl in der *escritura* erscheinen sollten, da dieser als öffentlicher und zudem regelmäßig später errichteter Urkunde nach der Rechtsprechung eine höhere Bedeutung zukommt, als dem Privatvertrag<sup>11</sup>. Eine Berufung auf die Regelungen im Privatvertrag ist daher grundsätzlich abgeschnitten.

Der Vertragsschluss in zwei Stufen (privatschriftlicher Vertrag, *escritura*) entspricht zwar der Tradition, ist aber keineswegs zwingend. Wird dieses Vorgehen nicht von einem Vertragsteil (z.B. einem spanischen Verkäufer) aufgrund der Gepflogenheit verlangt, empfiehlt es sich, gleich die notarielle Urkunde zu errichten und darin alle getroffenen Vereinbarungen richtig und vollständig aufzunehmen. Diese Praxis setzt sich in Spanien zunehmend durch.

<sup>5</sup> Dies ist beispielsweise bei der Bestellung von Erbbaurechten und Hypotheken (Art. 1875 CC, 145 L.H.) der Fall.

<sup>6</sup> Zu den in diesen Fällen bestehenden Erwerbsbeschränkungen siehe unten Abschnitt D.I.

<sup>7</sup> *Gantzer*, Spanisches Immobilienrecht, 8. Auflage, Frankfurt 1999, S. 15.

<sup>8</sup> *Reichmann*, Immobilienerwerb in Spanien, Bonn 1998, S. 19.

<sup>9</sup> *Gantzer*, a.a.O., S. 15.

<sup>10</sup> *Reichmann*, a.a.O., S. 19.

<sup>11</sup> *Gantzer*, a.a.O., S. 16.

### b) Beurkundeter Kaufpreis

Der in der notariellen Urkunde niedergelegte Kaufpreis ist häufig niedriger, als der wirklich vereinbarte (und bei Beurkundung meist bereits bezahlte), da die Vertragsteile hoffen, auf diese Weise Kosten und Steuern zu sparen: der Käufer die üblicherweise von ihm zu tragende sechsprozentige<sup>12</sup> Grunderwerbsteuer, der Verkäufer die Einkommensteuer, die von ihm auf den erzielten Gewinn zu entrichten ist.

Anders als in Deutschland führt Unterverbriefung in Spanien nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrages. Um diese der Steuerhinterziehung dienende Praxis zu unterbinden hat der spanische Gesetzgeber in bestimmten Fällen ein Ankaufsrecht des Staates zum beurkundeten Kaufpreis eingeführt. Eine weitergehende Strafvorschrift, wonach der Teil des Wertes, der nicht beurkundet wurde, der (hohen) Schenkungsteuer unterlag, ist mittlerweile von der Rechtsprechung aufgehoben worden. Ohnehin führt die wenig konsequente Durchsetzung dieser Sanktionen dazu, dass Unterverbriefung immer noch vorkommt. Die Tendenz hierzu ist allerdings abnehmend, u.a. weil viele Käufer erkennen, dass ein zu niedrig angegebener Kaufpreis bei einem späteren Weiterverkauf zu einem umso höheren (steuerpflichtigen) Gewinn führt.

### c) Beurkundung durch ausländischen Notar?

Die *escritura* als Grundlage für die Umschreibung im Eigentumsregister kann nach Art. 4 L.H. auch von einem ausländischen Notar errichtet werden. Eine anderslautende Bestimmung in der Verordnung über ausländische Investitionen in Spanien<sup>13</sup>, nach der der Erwerb einer Immobilie durch Personen, die nicht in Spanien ansässig sind (Nichtresidente), durch eine spanische Urkundsperson beurkundet werden muss, wurde im Jahr 1999 ausdrücklich aufgehoben. Gleichwohl stößt die Eintragung von Kaufverträgen deutscher Notare im Eigentumsregister derzeit vielfach auf erhebliche Schwierigkeiten. Die Generaldirektion der Register und des Notariats beim Spanischen Justizministerium (DGRN) hat auf Anfrage eines deutschen Notars eine Stellungnahme abgegeben, wonach Urkunden deutscher Notare nicht in spanischen Registern eintragungsfähig seien. Die Begründung, die sich im Kern u.a. auf Vorschriften des deutschen (!) IPR stützt, ist angesichts der an sich klaren Gesetzeslage nicht recht nachvollziehbar und scheint eher auf einem Missverständnis zu beruhen. Glücklicherweise wird diese Stellungnahme nicht von allen Registratoren beachtet. Eine baldige Klarstellung dahingehend, dass ausländische Notarurkunden nur dann eintragungsfähig sind, wenn sie alle maßgeblichen formellen und materiellen Bestimmungen des spanischen Rechts erfüllen, wäre gleichwohl wünschenswert.

In bestimmten Fällen scheint die Errichtung der *escritura* durch einen deutschen Notar geradezu der einzig praktikable Weg zu sein:

Will beispielsweise ein Deutscher, der unter Betreuung steht, sein Grundstück in Spanien verkaufen, bedürfen die vom Betreuer für ihn abgegebenen Erklärungen nach §§ 1908 i, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung<sup>14</sup>. Diese wird nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB erst wirk-

<sup>12</sup> In manchen Regionen, z.B. auf den Balearen beträgt die Grunderwerbsteuer 7%.

<sup>13</sup> Verordnung R.D. 671/92 vom 4.7.1992.

<sup>14</sup> Nach Art. 24 Abs. 1 und 3 EGBGB ist bei deutscher Staatsangehörigkeit des Betreuten aus deutscher Sicht deutsches Recht anzuwenden. Die spanische Regelung in Art. 9 Ziff. 6 S. 1 CC kommt ebenfalls zur Anwendung deutschen Rechts, da sie auf das Heimatrecht des Geschäftsunfähigen abstellt.

sam, wenn sie dem Käufer vom Betreuer mitgeteilt wird. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist dem Eigentumsregister nachzuweisen. Für einen spanischen Notar ist dieses komplizierte Verfahren, etwa unter Verwendung der bei uns üblichen doppelten Bevollmächtigung des Notars, in der Regel nicht leicht durchzuführen, zumal die Eigentumsregister an den Nachweis der Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften regelmäßig sehr strenge Anforderungen stellen bzw. deren Nichteinhaltung durch den spanischen Notar grundsätzlich vermuten. Bei Beurkundung in Deutschland könnten diese Schwierigkeiten vermieden werden. Die Eigentumsregister vermuten dabei auch eher, dass die deutschen Vorschriften von einem deutschen Notar richtig angewendet wurden.

Solange aber die vorgenannte Stellungnahme der DGRN nicht relativiert ist, muss sich die Praxis in solchen Fällen damit behelfen, dass sie die in Deutschland errichtete *escritura* durch Nachverbriefung in Spanien formal in eine spanische öffentliche Urkunde inkorporiert, die dann eintragungsfähig ist<sup>15</sup>.

#### 4. Vertragsinhalt

##### a) Bestimmtes Vertragsobjekt

Die genaue Bestimmtheit des Vertragsobjektes gehört gemäß Art. 1261 CC zu den *essentialia negotii*. Ein Grundstück ist nicht bereits durch Angabe der Flurstücksnummer und der Grundbuchstelle ausreichend bestimmt. Nach Art. 9 L.H. müssen vielmehr neben diesen Angaben die Art des Grundbesitzes, die Gemarkung, die Größe (bei Wohnungseigentum auch die Wohnungsgröße) und vor allem die Grenzen durch Angabe der benachbarten Eigentümer bzw. der Funktion der benachbarten Flächen aufgeführt werden<sup>16</sup>.

Soweit vorhanden, ist diese Beschreibung wörtlich aus dem Eigentumsregister zu übernehmen, anderenfalls aus einer früheren *escritura*. Zusätzlich ist die Katasterbezeichnung aufzunehmen, die sich z. B. aus den Grundsteuerbelegen ergibt.

Diese strengen Anforderungen müssen nicht nur in einem spanischen Kaufvertrag erfüllt sein. Sie sind unbedingt auch in einer deutschen Urkunde zu beachten, in der Vereinbarungen, die spanischen Grundbesitz betreffen, enthalten sind, wenn diese Urkunde in Spanien verwendbar sein soll. Insbesondere gilt dies auch für in Deutschland beurkundete Vermögensauseinandersetzungen, z. B. unter Ehegatten.

##### b) Zahlungsmodalitäten, Sicherung vor einseitigen Vorleistungen

Nach spanischer Tradition wird der privatschriftlich vereinbarte Kaufpreis vollständig bezahlt, bevor das Eigentum durch Beurkundung und Ausfertigung der *escritura* übergeht. Dadurch ist der Verkäufer geschützt, da er sein Eigentum erst verliert, wenn er den Kaufpreis erhalten hat. Der Käufer hingegen leistet vor, ohne Sicherheit zu haben, dass er das Eigentum wirklich – und lastenfrei – erwirbt.

Diese Unsicherheit besteht auch nach Errichtung der *escritura* fort, denn erst die Eintragung im Eigentumsregister schützt gegenüber Dritten, etwa vor Doppelverkauf oder gutgläubigem Erwerb<sup>17</sup>. In einer traditionell geprägten bäuerlichen Gesellschaft waren die damit verbundenen Risiken hinnehmbar, in der heutigen Zeit sind sie dies jedoch sicher nicht mehr.

<sup>15</sup> Hierdurch fallen in der Regel keine erheblichen Zusatzkosten an.

<sup>16</sup> Vgl. *Gantzer* a.a.O., S. 19 f.

<sup>17</sup> Vgl. nachstehend Abschnitt C. III.

Für die notwendige Sicherung des Käufers sind folgende Gestaltungen denkbar:

##### aa) Zahlung bei Beurkundung

Immer häufiger erfolgt die Kaufpreiszahlung durch garantierte Bankschecks im Beurkundungstermin, also Zug-um-Zug mit dem Eigentumsübergang. Ist das Kaufobjekt mit einer aus dem Kaufpreis abzulösenden Hypothek belastet, ist bei Beurkundung meist auch ein Vertreter des Gläubigers anwesend, der den entsprechenden Kaufpreisteil entgegennimmt und Löschungsbewilligung erteilt.

Nun gilt es allerdings noch zu verhindern, dass zwischen Beurkundung und Registereintragung Zwischeneintragungen erfolgen. Dies wird zum einen dadurch erreicht, dass das Eigentumsregister verpflichtet ist, dem Notar, der eine Einsicht angefordert hat, innerhalb bestimmter Fristen mitzuteilen, wenn jemand anderes ebenfalls Einsicht verlangt. Zum anderen kann der beurkundende Notar unmittelbar nach Verbriefung dem Eigentumsregister per Fax die *escritura* übersenden und die Eintragung eines vormerkungsähnlichen *asiento de presentación* beantragen<sup>18</sup>. Dieser bewirkt zunächst für 10 Tage eine Sperre des Grundbuches (s.a. nachstehend Abschnitt C.IV.). Bei Einhaltung dieses Verfahrens wird die Gefahr belastender Zwischeneintragungen minimiert.<sup>19</sup>

##### bb) Stundung des Kaufpreises:

Theoretisch besteht die Möglichkeit, zu vereinbaren, dass die Kaufpreiszahlung erst nach Beurkundung und Eintragung erfolgt. In diesem Fall wird allerdings der Verkäufer, um nicht seinerseits vorzuleisten, verlangen, dass in der *escritura* der Eigentumsübergang nur unter der aufschiebenden (oder auflösenden<sup>20</sup>) Bedingung der Kaufpreiszahlung vereinbart oder gleichzeitig eine Restkaufpreishypothek eingetragen wird. Beides ist im spanischen Recht möglich, verkompliziert aber die Abwicklung: Sowohl die Vereinbarung der Stundung des Kaufpreises, als auch dessen Sicherung durch Bedingung oder Hypothek wird im Eigentumsregister eingetragen. Die Löschung dieser „Belastungen“ ist erst möglich, wenn der Verkäufer die vollständige Bezahlung notariell beurkunden lässt<sup>21</sup>. Um diese zusätzliche Beurkundung zu vermeiden enthält eine *escritura* im Normalfall die Quittung des Verkäufers.

##### cc) Hinterlegung des Kaufpreises:

Der sicherste Weg ist die Hinterlegung des Kaufpreises vor Errichtung der *escritura*, beispielsweise auf Notaranderkonto. Aus dem hinterlegten Kaufpreis kann dann die Lastenfreistellung durchgeführt und der Rest an den Verkäufer nach Beurkundung und Eintragung im Eigentumsregister ausbezahlt werden.

Der typische spanische Verkäufer, der erwartet, den Kaufpreis vor Beurkundung zu erhalten, wird sich auf derartige Gestaltung häufig nicht einlassen. Bei einer Hinterlegung werden

<sup>18</sup> Die Vertragsteile sollten also vom Notar ausdrücklich verlangen, dass er das Eigentumsregister einsieht und nach Beurkundung den *asiento* beantragt. Hierzu ist er nach Art. 249 der Notarordnung nur auf ausdrückliches Verlangen der Vertragsteile verpflichtet.

<sup>19</sup> In Fällen, in denen Pfändungen oder andere Zwischeneintragungen zu befürchten sind, kann das Risiko von Zwischeneintragungen beispielsweise dadurch noch weiter vermindert werden, dass Beurkundung, Kaufpreiszahlung und Beantragung des *asiento* erst am Nachmittag, also nach Schließung des Eigentumsregisters erfolgen. Der *asiento* wird dann am nächsten Tag vor Eröffnung des Registers eingetragen.

<sup>20</sup> *Reichmann*, a.a.O., S. 20.

<sup>21</sup> *Sog. carta de pago*, vgl. *Gantzer* a.a.O., S. 30.

auch die wenigsten spanischen Notare mitwirken, da eine solche im spanischen Notarrecht gebührenrechtlich nicht vorgesehen ist.

Für deutsche Vertragsparteien bietet es sich dagegen an, diese sichere Lösung zu wählen und anstelle eines privatschriftlichen Vertrages einen notariellen Kaufvertrag in Deutschland zu schließen und in diesem die vorstehend skizzierte Hinterlegung auf Notarandkonto des deutschen Notars vorzusehen. In diesem Vertrag kann dann auch eine Vollmacht zur Nachverbriefung in Spanien erteilt werden.

## C. Das Eigentumsregister

### I. Allgemeines

Im Eigentumsregister werden alle Verträge und Rechte eingetragen, die mit Grundstücken in Zusammenhang stehen (Art. 1 L.H.) Dies sind in erster Linie die Eigentumsverhältnisse, z.B. Allein- oder Bruchteilmiteigentum, Wohnungseigentum (*propiedad horizontal*) oder Nutzungsrechte auf Zeit (*derecho de aprovechamiento por turno*), aber auch die Belastungen des Grundstücks und dingliche Rechte wie Nießbrauch, Wohnrecht, Vorkaufsrecht, Dienstbarkeit und Hypothek. Auch Mietverträge sind eintragbar. Anders als in Deutschland muss auch jeder Neubau zur Eintragung im Eigentumsregister angemeldet werden<sup>22</sup>. Grundlage für eine Eintragung muss stets eine öffentliche Urkunde sein (Art. 3 L.H.). Das Eigentumsregister wird vom *registrador* geführt, einem Träger eines öffentlichen Amtes in richterähnlicher Stellung (vgl. Art. 274 L.H.)

### II. Einsicht

Zur Einsicht ist jeder befugt, der ein berechtigtes Interesse hat (Art. 607 CC, 221 f. L.H.). Dies ist der Eigentümer, aber auch z.B. der Kaufinteressent<sup>23</sup>.

Das Eigentumsregister enthält drei Spalten, wobei in der rechten, größten Spalte das Grundstück mit genauer Beschreibung und Grenzbezeichnungen, die Eigentumsverhältnisse, die Belastungen, der Erwerbsgrund und wichtige Bestimmungen aus den zugrundeliegenden Verträgen eingetragen sind, und zwar fortlaufend ohne Absätze oder optische Gliederung. Die schmale mittlere Spalte enthält die fortlaufenden Nummern der Eintragungen, während die linke Spalte „Randbemerkungen“ aufweist, wobei es sich oft um eine unübersichtliche Anhäufung von Stempeln und kurzen Vermerken handelt.

Wesentlich übersichtlicher sind die Auszüge, die der *registrador* dem beurkundenden Notar auf Verlangen erteilt. Hier besteht die Wahl zwischen einer *certificación* (verbindliche Einsicht, Art. 223 L.H.) und einer *nota simple informativa* (unverbindliche Auskunft, Art. 332 R.H.). Beides sind klar gegliederte Zusammenfassungen des wesentlichen Grundbuchinhaltes. Im Zweifel sollte stets eine *certificación* angefordert werden, für deren Richtigkeit der *registrador* haftet<sup>24</sup>. Ein Grundbuchauszug kann aber auch persönlich, ggf. mit Hilfe einer *gestoria* oder eines Maklers eingeholt werden. Wenig aussichtsreich sind dagegen schriftliche Anforderungen ausländischer Notare, die meist einfach unbearbeitet bleiben.

<sup>22</sup> Näher *Gantzer* a.a.O., S. 64 ff.

<sup>23</sup> *Gantzer* a.a.O., S. 44.

<sup>24</sup> Art. 226, 296 Nr.5 L.H., vgl. *Gantzer* a.a.O., S. 44.

## III. Wirkung der Eintragung

Obwohl die Eintragung im Eigentumsregister in der Regel nicht konstitutiv für den Eigentumsübergang ist, sind an sie zahlreiche, überaus wichtige Rechtswirkungen geknüpft.

Zum einen führt die Eintragung eines Eigentumstitels gemäß Art.17 Abs.1 L.H. zu einer Ausschlusswirkung: Durch sie wird die Eintragung eines anderen Eigentumstitels desselben oder eines früheren Datums, der mit dem eingetragenen Recht unvereinbar ist, verhindert. Ferner ist die Voreintragung des Berechtigten nach Art. 20 Abs.1 und 2 L.H. Voraussetzung dafür, dass eine von ihm vorgenommene Verfügung eingetragen werden kann.

Von größter Wichtigkeit ist schließlich die Gutgläubenswirkung gemäß Art. 34 L.H., die ebenfalls an die Eintragung geknüpft ist, und zwar in doppelter Weise: Der Dritterwerber, der in gutem Glauben entgeltlich ein Recht von einer im Eigentumsregister als verfügungsberechtigt eingetragenen Person erwirbt, wird geschützt, sobald sein Recht seinerseits eingetragen ist. Dies gilt selbst dann, wenn sich später das Recht des Veräußerers aus Gründen, die sich nicht aus dem Eigentumsregister ergeben, als nichtig oder anfechtbar herausstellt. Bei entgeltlichem Erwerb wird der gute Glaube (widerleglich) vermutet (Art. 34 Abs. 2 L.H.). Beschenkte und Erben allerdings genießen nicht mehr Gutgläubenschutz als ihr Voreigentümer (Art. 34 Abs. 3 L.H.).

Art. 34 L.H. ermöglicht also den gutgläubigen (käuflichen) Erwerb einer Immobilie vom eingetragenen Nichteigentümer. Aber auch beim doppelten Verkauf desselben Grundstücks durch den eingetragenen wirklichen Eigentümer schützt die Eintragung: Eigentümer wird derjenige, dessen Erwerbstitel als erster eingetragen wird, Art. 1473 Abs. 2 CC<sup>25</sup>. Dies gilt, obwohl im Fall des Doppelverkaufs nach herrschender, aber nicht unumstrittener Ansicht beide Kaufverträge wirksam sind<sup>26</sup>. Dieser Fall stellt also eine Ausnahme von dem oben dargestellten Grundsatz dar, dass durch die Ausfertigung der *escritura* bereits das Eigentum übergeht. Gibt es dagegen beim Doppelverkauf gar keine Eintragung, erwirbt der erste (gutgläubige) Besitzer; Fehlt auch der Besitz, wird derjenige Eigentümer, der gutgläubig den ältesten Eigentumstitel vorlegt, Art. 1473 Abs. 3 CC.

## IV. asiento de presentación

Frühestmögliche Eintragung des Erwerbers im Eigentumsregister ist aus den dargelegten Gründen also von großer Bedeutung. Nach Art. 254 L.H. ist die Eintragung jedoch erst möglich, nachdem sämtliche anfallenden Steuern bezahlt sind und dies nachgewiesen ist. Besondere Bedeutung kommt daher dem *asiento de presentación* zu, der bereits vorher eingetragen werden kann, Art. 255 L.H. Ähnlich wie die Eigentumsübertragungsvormerkung nach deutschem Recht schützt der *asiento* den Erwerber vor weiteren Eintragungen. Diese Schutzwirkung ist allerdings bei dem vorstehend in Abschnitt B. II. 4. b) aa) dargestellten *asiento* zunächst auf 10 Tage befristet. Durch Vorlage einer Ausfertigung der *escritura* verlängert sich die Schutzwirkung auf 60 Tage und kann ausnahmsweise nochmals auf 180 Tage verlängert werden. Innerhalb dieser Frist sollte die Eigentumseintragung erfolgen, die

<sup>25</sup> Auch diese Vorschrift setzt nach h.M. als ungeschriebenes weiteres Tatbestandsmerkmal guten Glauben voraus, *Hellmann* a.a.O., S. 96 m.w.N.

<sup>26</sup> Zum Streitstand vgl. *Hellmann* a.a.O., S. 85 ff. m.w.N.

dann auf den Tag der Eintragung des *asiento* zurückwirkt, Art. 24 L.H.

## D. Sonstiges

Zur Abrundung sollen aus der Fülle der Fragen, die im Rahmen dieses Beitrages nicht angeschnitten werden können, noch folgende zwei Themen herausgegriffen werden:

### I. Erwerbsbeschränkungen, insbesondere für Ausländer

Bei Erwerb oder Übertragung von Grundstücken oder dinglichen Rechten in bestimmten, militärisch bedeutsamen Gebieten durch Nicht-EU-Bürger oder Gesellschaften, an denen solche die Mehrheit halten, ist eine militärbehördliche Genehmigung erforderlich. Nach dem Gesetz 8/75 vom 12.3.1975 können ferner aus sicherheitspolitischen Gründen in entsprechenden Gebieten weitergehende Beschränkungen bestehen, die von Nutzungseinschränkungen bis hin zum Erwerbsverbot reichen können<sup>27</sup>.

Zu beachten sind auch die Bestimmungen des Küstengesetzes<sup>28</sup>. In unmittelbarer Nähe zum Meer kann, gestuft nach der Entfernung, entweder überhaupt kein Privateigentum erworben werden oder das Eigentum ist durch Nutzungs- und Bauverbote eingeschränkt<sup>29</sup>.

Im Wesentlichen weggefallen sind dagegen die devisa- und investitionsrechtlichen Erwerbsbeschränkungen. Nach der Investitionsverordnung Nr. 664 vom 23.04.1999 ist der Erwerb einer Immobilie durch Nichtresidente nur dann eine Investition i.S. dieser Verordnung, wenn der Kaufpreis entweder höher ist als 500 Mio. Peseten (= ca. 5,8 Mio. DM), aus einem sog. Steuerparadies fließt oder eine Gesellschaftsgründung zwischengeschaltet wird. Selbst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, unterliegt der Erwerb keiner Erlaubnis- sondern lediglich einer Anmeldepflicht<sup>30</sup>. Nur ausnahmsweise ist noch

eine Genehmigung erforderlich, wenn die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit betroffen ist<sup>31</sup>.

## II. Vorkaufsrechte

In Spanien gibt es zahlreiche Vorkaufsrechte, die beim Erwerb einer Immobilie eine Rolle spielen können. Miteigentümer einer gemeinsamen Sache (Art. 1522 CC) sind untereinander ebenso zum Vorkauf berechtigt, wie Nachbarn beim Verkauf bestimmter ländlicher Grundstücke unter einem Hektar<sup>32</sup>. Weitere gesetzliche Vorkaufsrechte bestehen zugunsten des Mieters, des Landpächters, der Miterben und Mitgesellschafter und bei der Erbpacht.

Ein erst kürzlich durch das Kanarische Tourismusgesetz eingeführtes Vorkaufsrecht zugunsten von Immobilienvermietungsgesellschaften, das beim Verkauf von Wohnungen in Appartementanlagen auf den Kanarischen Inseln für erhebliche Unsicherheiten gesorgt hat, ist allerdings mittlerweile wieder aufgehoben worden.

## E. Schlussbemerkung

Der deutsche Notar wird mit vielen der behandelten Fragen nicht allzu oft in Berührung kommen, insbesondere, solange eine von ihm errichtete *escritura* in Spanien nicht eingetragen wird. Wie vorstehend ausgeführt, sind aber durchaus verschiedenste Fallkonstellationen denkbar, in denen der deutsche Notar an Beurkundungen, die spanischen Grundbesitz betreffen, mitwirken kann oder sogar muss. Da immer mehr Deutsche Auslandsgrundbesitz erwerben und Spanien hierbei an der Spitze steht<sup>33</sup>, wird dieses Vermögen auch immer häufiger bei der Urkundsgestaltung eine Rolle spielen, nicht nur in Gestalt von Vollmachten, sondern beispielsweise auch bei Vermögensauseinandersetzungen unter Ehegatten, Erbauseinandersetzungen oder bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen. Um den Betroffenen, die bei der Abwicklung solcher Fälle nicht selten im Niemandsland zwischen den beiden Rechtsordnungen stranden, nicht Steine statt Brot zu geben, ist es umso wichtiger, dass die hier errichtete Notarurkunde auch den spanischen Anforderungen genügt.

<sup>27</sup> Näher hierzu *Hellmann*, a.a.O. S. 76 f. und *Penedo del Rio/Reiners/Kneip/Löber*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Spanien, in: *Schönhofer/Böhner*, Haus- und Grundbesitz im Ausland, Freiburg 1996, 1999, 4/D/3 ff.

<sup>28</sup> Ley de Costas 22/1988 vom 29.7.1988.

<sup>29</sup> Näher *Hellmann*, a.a.O., S. 74 ff. und *Gantzer*, a.a.O., S. 66 f.

<sup>30</sup> Beim Investitionsregister des Wirtschafts- und Finanzministeriums, *Gantzer* a.a.O., S. 74.

<sup>31</sup> Dies kann der Fall sein, wenn Interessen der Landesverteidigung betroffen sind oder die Immobilie diplomatischen Zwecken dient.

<sup>32</sup> Näher *Hellmann*, a.a.O., S. 116.

<sup>33</sup> *Hellmann*, a.a.O., S. 17 m.w.N.

## Schlussphase und Abschluss von Verhandlungen

Von Notarassessor *Benedikt Selbherr*, Augsburg

Einer notariellen Beurkundung gehen nicht selten langwierige Verhandlungen zwischen den Beteiligten voraus. Die Verhandlungen gliedern sich – stark vereinfacht – in folgende Phasen:

- eine *Eröffnungsphase*: sie dient der persönlichen Annäherung der Verhandlungspartner;
- eine *Kernphase*: in ihr werden die wesentlichen Austauschvorgänge geklärt;
- eine *Schlussphase*: in ihr geht es um die Entscheidung der Beteiligten.

Den eigentlichen Verhandlungs- bzw. Vertragsabschluss kann man als Schwelle von der Entscheidung zur Umsetzung betrachten. Vor allem die Kernphase einer Verhandlung lässt sich freilich in weitere Phasen unterteilen.

Der Notar ist, sofern er nicht schon mit der gesamten Vertragsgestaltung betraut war, jedenfalls an der Schlussphase von Vertragsverhandlungen und an deren Abschluss beteiligt; die Beurkundung setzt dann den Schlusspunkt in den Verhandlungen. Aus diesem Grund ist es reizvoll, sich gerade mit den Eigenheiten der Schlussphase einer Verhandlung näher zu beschäftigen. Die Dynamik dieser Verhandlungsphase und gewisse für sie typische Probleme sollen im Folgenden skizziert werden. Ferner wird auf einige Abschlusstechniken eingegangen sowie darauf, wie ein vermittelnder Dritter, insbesondere der Notar, sich dieser Techniken bedienen kann.

### I. Dynamik der Schlussphase einer Verhandlung

Im Modell einer kooperativen, klar strukturierten und rational geführten Verhandlung, wie es insbesondere unter dem Einfluss des „Harvard Negotiation Project“ entwickelt wurde, hat die Schlussphase der Verhandlung nur eine geringe Bedeutung. Denn im Rahmen dieses Modells beschränkt sich diese Phase der Verhandlung auf ein „Herausrechnen“ verschiedener Zwischenergebnisse, die nach einer strukturierten Analyse der Problemlage von den Beteiligten innerhalb der vorgegangenen Verhandlung gemeinsam erarbeitet wurden. Im verhandlungstechnischen Alltag entwickelt die Schlussphase indessen nicht selten eine spezifische Eigendynamik. Dies hat verschiedene Ursachen.

#### 1. Strategische Faktoren

Häufig gerät am Ende einer Verhandlung Sand ins Getriebe, weil mangels hinreichender Vorbereitung und/oder mangels Fachkenntnis der Parteien in der Sache wichtige Risiken und damit regelungsbedürftige Vertragsaspekte übersehen wurden. Die Beteiligten wännen sich hinsichtlich des Verhandlungsverlaufs weiter, als sie es tatsächlich sind. Ein Beispiel: Bei der Verhandlung eines Grundstückskaufvertrages kommt die Frage nach der Tragung der Erschließungskosten erst am Schluss auf. Oder: Bei einem mühsam ausgehandelten

Pflichtteilsverzicht mit Gegenleistung kann am Ende die Frage, wer die Kosten der Beurkundung übernimmt, plötzlich zu einer hohen Hürde werden.

#### 2. Psychologische Faktoren

Es mögen auch psychologische Ursachen sein, welche die Beteiligten bisweilen vor dem endgültigen Abschluss eines Vertrages zurückscheuen lassen.

a) Besonders in der Schlussphase der Verhandlung fallen den Beteiligten unter Umständen (wieder) Fehler ein, die sie bei der Planung, der Vorbereitung und im Laufe der Verhandlung gemacht haben. Ferner wird den Beteiligten gerade im Moment eines Vertragsabschlusses bewusst, dass andere während der eigenen Vorbereitung angedachten Gestaltungsmöglichkeiten nunmehr endgültig ausscheiden. Auch stehen den Verhandlungspartnern die Verpflichtungen, die ihnen aus der Vereinbarung erwachsen, im Moment des Abschlusses besonders deutlich vor Augen. All dies zusammengenommen mag manchen Beteiligten dazu verleiten, den eigentlichen Vertragsabschluss mit der Diskussion von Detailproblemen gegen Ende der Verhandlung hinauszuzögern.

Ein weiterer nicht zu vernachlässigender Aspekt ist schließlich die körperliche und geistige Erschöpfung der Parteien, durch die die Schlussphase einer Verhandlung nicht selten geprägt wird; bisweilen will im Verlauf einer langwierigen Auseinandersetzung jedenfalls einer der Beteiligten nur noch zu einem Ende kommen.

b) Eine besondere psychologische Komponente, die eine Verhandlung in ihrer Schlussphase für die Beteiligten problematisch werden lassen kann, ist die steigende Gefahr sogenannter Verstrickungssituationen. Eine Verstrickungssituation zeichnet sich durch folgendes Grundmuster aus: Man hat in eine Sache investiert und fürchtet nun um deren Verlust, falls man nicht weitere, für sich genommen geringe Aufwendungen erbringt. Der Gesamtaufwand summiert sich, so dass der subjektive Wert der Sache steigt und damit auch die Bereitschaft, zusätzliche Aufwendungen zu erbringen, um den Gesamtverlust zu vermeiden. Zunehmend meint man, es seien nur noch geringe Mittel nötig, um einen großen, schmerzhaften Verlust zu vermeiden. So summieren sich die Aufwendungen, und der Ausstieg fällt immer schwerer. Ein Beispiel für eine Verstrickungssituation ist der Dauerkonflikt, in den uns ein älterer Pkw stürzt, bei dem kleinere und größere Reparaturen sich zu häufen beginnen.

Auch in Verhandlungen stecken regelmäßig Aufwendungen. Das sind neben den wirtschaftlichen Kosten im engeren Sinne insbesondere die Arbeit, die Zeit und die emotionale Energie, die eingebracht wurden. Je mehr Aufwand dieser Art in eine unter Umständen langwierige Verhandlung eingeflossen sind, desto stärker ist besonders gegen Ende der Verhandlung die latente Bereitschaft, diese Kosten zu „retten“.

### 3. Gesteigerter Druck in der Schlussphase

Manche Verhandlungspartner wissen oder spüren, dass Verstrickungssituationen ihre größte Wirkung aus der Natur der Sache heraus in der Schlussphase einer Verhandlung entfalten. Aus diesem Grund setzen sie – bewusst oder unbewusst – gerade an dieser Stelle bestimmte problematische Verhandlungsmethoden ein, die vor allem dem Ziel dienen, in der Schlussphase den Druck auf den Kontrahenten zu erhöhen; dieser soll besonders nach zähen Verhandlungen noch zu Konzessionen bewegt werden.

a) Eine in diesem Sinne typische Verhandlungstaktik ist das Nachschieben von Forderungen in letzter Minute („add on“). Der Nachschiebende will hier im Wesentlichen drei Schwächen seines Gegenübers ausnutzen: Erstens setzt er auf die bereits erwähnte Verstrickungssituation der anderen Seite. Zweitens hofft der Nachschiebende, dass sein Verhandlungspartner zu einer schnellen Einigung bereit ist, um das Nachschieben weiterer Forderungen zu vermeiden. Drittens schließlich nutzt er den Wunsch des anderen nach einem raschen Ende von langwierigen und mühsamen Verhandlungsgesprächen.

b) Eine andere Methode, den Druck besonders in der Schlussphase einer Verhandlung zu steigern, bildet das sogenannte „letzte Angebot“ („take it or leave it“). Diese Verhandlungstechnik birgt Risiken für beide Beteiligten. Für den Empfänger des „letzten Angebots“ besteht vor allem die Gefahr einer impulsiven, nicht durchdachten Entscheidung aus Unerfahrenheit, Erschöpfung oder einer Verstrickungssituation heraus. Für denjenigen, der das „letzte Angebot“ abgibt, besteht selbstverständlich die Gefahr, dass sein Gegenüber dieses Angebot ablehnt. An diesem Punkt verwirklicht sich dann für den Anbietenden das größte Risiko, das der „take it or leave it“-Variante innewohnt; denn in aller Regel ist das sogenannte „letzte Angebot“ in Wahrheit kein solches. Ohne einen signifikanten Verlust an Glaubwürdigkeit wird der solchermaßen Letztanbietende an die Verhandlungen nicht wieder anknüpfen können.

### 4. Toter Punkt

Gerade in der Schlussphase einer Verhandlung besteht schließlich die Gefahr eines Stillstands, eines toten Punkts. Abgesehen von der in diesem Moment besonders brisanten Gefahren des Scheiterns der Verhandlung erleiden die Beteiligten jedenfalls den Nachteil eines häufig nicht unerheblichen Zeitverlusts.

## II. Abschlusstechniken

In der Literatur zur Verhandlungstechnik wird die Schlussphase einer Verhandlung in aller Regel eher beiläufig behandelt. Das liegt nicht zuletzt daran, dass – wie bereits erwähnt – in den meisten Verhandlungsführungsmodellen die Schlussphase eine nur untergeordnete Rolle spielt. Trotzdem finden sich Hinweise auf gewisse Techniken, die den Abschluss von Verhandlungen strukturieren, erleichtern und beschleunigen sollen.

### 1. Vorbereitung auf die Verhandlung

An erster Stelle ist hier eine Grundregel zu nennen, die nicht allein für die Schlussphase, sondern für die gesamte Verhand-

lungsführung gilt. Gemeint ist die sorgfältige und umfassende Vorbereitung der Beteiligten auf das Verhandlungsgespräch. Denn es liegt auf der Hand, dass nur die präzise Benennung des Verhandlungsthemas und die eingehende Analyse der eigenen Interessen und der Interessen des anderen Teils eine Strukturierung des Verhandlungsinhalts in einzelne, unter Umständen ineinander greifende Verhandlungselemente ermöglichen. Für jede Partei ist es darüber hinaus wichtig, die jeweils ermittelnden Interessen untereinander zu gewichten und einen Präferenzrahmen abzustecken, innerhalb dessen man sich während der Verhandlung bewegt. Erst der wenigstens teilweise Überblick über die Struktur des Verhandlungsthemas und seiner einzelnen Unter Aspekte ebnet den Weg zu einem Verhandlungsmodell, das die Diskussion der wesentlichen Punkte in sein Zentrum und nicht an sein Ende stellt.

### 2. Zusammenfassung

Eine einfache und täglich praktizierte Methode, eine Verhandlung einem Ende zuzuführen, besteht in der Zusammenfassung des eigenen Standpunkts, den man nun gewissermaßen als Paket zur Entscheidung stellt („summary close“). Die andere Partei kann nunmehr zustimmen oder die Punkte benennen, mit denen sie (noch) nicht einverstanden ist. Die unter Umständen auch häufigere Zusammenfassung des derzeitigen Verhandlungsstandes bietet insbesondere den Vorteil, die problematischen Punkte der Verhandlung gezielt herauszustellen. Im Idealfall fasst man das Verhandlungsergebnis nach eigenem Verständnis und in eigenen Worten zusammen und der Verhandlungspartner antwortet schlicht mit „ja“.

### 3. Vertagung

In bestimmten Verhandlungssituationen ist die Vertagung die einzig adäquate Möglichkeit, jedenfalls das gegenwärtige Verhandlungsgespräch zu beenden („adjournment close“). Dies ist besonders dann der Fall, wenn sich der zu verhandelnde Sachverhalt als so komplex herausstellt, dass die Beteiligten Zeit zur weiteren Aufarbeitung der Verhandlungsmaterie benötigen. Häufig ist eine Vertagung aber auch deshalb geboten, weil einer oder beide Verhandlungsteilnehmer keine hinreichende Entscheidungsmacht innehaben. Hier dient die Vertagung der Verhandlung dem Ziel, einen weiteren Zeitaufwand für Gespräche zu vermeiden, die zu keinem Abschluss führen können.

### 4. Entgegenkommen

Nicht selten spüren alle Beteiligten, dass eine Einigung unmittelbar bevorsteht; ein letzter, häufig nicht unbedingt wichtiger Punkt scheint indes unüberwindbar („toter Punkt“). Diese Situation lässt sich in der Regel am effizientesten dadurch überwinden, dass sich ein Verhandlungsteilnehmer in einem anderen, möglicherweise bereits abgeschlossenen Verhandlungspunkt nochmals beweglich zeigt und der anderen Seite entgegenkommt („traded small movement close“). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die am Verhandlungsende demonstrierte Flexibilität und das solchermaßen verbesserte Angebot sich nicht in grundlegenden Widerspruch zu dem vorangegangenen Verhandlungsverlauf setzen darf. Das bedeutet vor allem, dass diese letzte Bewegung sich in der Regel auf einen für die Verhandlung eher nebensächlichen Punkt beschränken sollte. Andernfalls besteht die Gefahr, die Ver-

handlung insgesamt nochmals zu öffnen, weil man bei der Gegenseite die Erwartung weiterer Zugeständnisse in einem Hauptpunkt des Verhandlungsthemas geweckt hat. Solche Erwartungen, sowie ein in dieser Situation zu befürchtendes „add on“ kann man dadurch unterbinden, dass man die letzte Bewegung von vornherein zum „letzten Punkt“ erklärt. Es bestehen indes unterschiedliche Auffassungen darüber, ob dieser „letzte Punkt“ ausgehandelt werden muss, also sich auch die Gegenseite nochmals an anderer Stelle bewegen muss, oder ob dem sich bewegenden Teil auch mit einem reinen Zugeständnis gedient ist. In der Tendenz kann man sagen, dass ein einseitiges Zugeständnis am Ende einer Verhandlung vor allem dann vertretbar ist, wenn noch weitere Verhandlungen und Geschäfte mit der Gegenseite zu erwarten oder erwünscht sind, auf die Pflege der Beziehung also besonderer Wert gelegt wird.

Gerade in der hier behandelten Verhandlungsphase ist ein besonders hohes Maß an Kreativität der Beteiligten gefordert. Das Auffinden eines Verhandlungspunktes, der sich für ein solches Entgegenkommen eignet, wird durch einen sorgfältig abgesteckten Präferenzrahmen erheblich erleichtert. Kennt man die eigenen und errahnt man wenigstens die Interessen der anderen Seite und deren jeweilige Gewichtung zueinander, ergibt sich – idealer Weise – ein Entgegenkommen in einem Punkt, der für die nachgebende Seite weniger wichtig („low-cost concession“), für den Verhandlungspartner indes von großer Bedeutung ist. Auch hier zeigt sich wieder die überragende Bedeutung der umfassenden Vorbereitung einer bevorstehenden Verhandlung. Im Idealfall halten die Partner für die Schlussphase der Verhandlung ein ganzes Bündel solcher „low-cost concessions“ parat. Im Übrigen zollt besonders der „traded small movement close“ auch der Tatsache Tribut, dass in den wohl meisten Verhandlungen eine verbleibende Lücke im Wege des Feilschens, eines jedenfalls kleinen „negotiation dance“ überbrückt wird.

## 5. Abbruch der Verhandlung

Eine wichtige Möglichkeit, Vertragsverhandlungen zum Abschluss zu bringen, liegt schließlich auch im Abbruch der Gespräche. Die Option des Scheiterns sollte immer als realistische Alternative in die vorbereitenden Überlegungen einer Vertragsverhandlung einbezogen werden. Dies gilt besonders auch vor dem Hintergrund der Erfahrung, dass ein unbedingter Einigungswunsch die eigene Position insgesamt, besonders aber in der dynamischen Schlussphase einer Verhandlung, schwächt. Es ist daher wichtig, im Vorfeld einer Verhandlung mit Blick auf deren Ende eine umfassende Analyse der verschiedenen Ausstiegsmöglichkeiten vorzunehmen, um die beste dieser Möglichkeiten herauszufiltern (die sogenannte BATNA = „Best alternative to negotiated agreement“). Eine möglichst konkret formulierte BATNA kann sich vor allem in der Schlussphase einer Verhandlung bewähren, weil sie dem Verhandelnden im Eifer des Gefechts rasch den subjektiven Wert der auf dem Spiel stehenden Interessen und damit den eigenen Rahmen für Zugeständnisse vor Augen führen kann. Insofern vermittelt eine sorgfältig ermittelte Ausstiegsmöglichkeit auch Verhandlungsmacht.

Abschließend sei noch die Möglichkeit erwähnt, eine Verhandlung auf die Weise einem vorläufigen Ende zuzuführen, dass sich die Verhandlungsteilnehmer auf ein neues Verhandlungsverfahren einigen. So können die Parteien sich insbesondere für eine Mediation entscheiden, also einen neutralen Dritten zur Unterstützung ihrer Verhandlung heranziehen.

## III. Der vermittelnde Dritte

Wie soeben angedeutet, kann es sich in schwierigen Verhandlungen empfehlen, einen neutralen Dritten zur Unterstützung der Verhandlungsgespräche heranzuziehen: Es handelt sich hierbei um das Grundmuster einer Mediation. Auch der Mediator, dessen Rolle je nach Ausgestaltung des konkreten Mediationsverfahrens und nach dem Selbstverständnis des Mediators vom Verhandlungshelfer bis hin zum Verhandlungsleiter reichen kann, ist mit der Schlussphase von Verhandlungen konfrontiert; auch er sieht sich bisweilen mit der Aufgabe betraut, die Verhandlung einem Ende zuzuführen. Grundsätzlich wird sich ein Mediator dabei derselben Techniken bedienen, die den Verhandlungsbeteiligten zur Verfügung stehen, wenngleich mit einer rollenspezifischen Akzentverschiebung.

### 1. Strukturierung der Verhandlungsführung

So wird der Mediator zunächst vor allem aufgrund seiner Rolle als Unterscheider von Interessen und Positionen bzw. seiner Rolle als Erleichterer der Gesprächsführung dazu beitragen, das Thema der Verhandlung zu präzisieren und dem Verlauf der Verhandlung eine Struktur zu geben. Diese Ordnungsstruktur wird der Schlussphase von Verhandlungen in der Regel einen Teil ihrer Eigendynamik nehmen. Damit wird die Gefahr, dass sich die Entscheidung der wesentlichen Punkte, aber auch typischerweise streitanfälliger Nebensache auf die Schlussphase drängt, wenigstens eingeschränkt. Vor allem im Rahmen getrennter Verhandlungen der Parteien mit dem Dritten kann dieser auch behilflich sein, Interessen zu erforschen und einen verhandlungstauglichen Präferenzrahmen zu entwickeln.

### 2. Formalisierte Zusammenfassung

Gelangen die Parteien im Rahmen einer mediativ betreuten Verhandlung zu einer Einigung, wird insbesondere in der US-amerikanischen Literatur zur Mediation für den Regelfall ein gewissermaßen formalisierter „summary close“ empfohlen: Das Verhandlungsergebnis sollte erstens in Anwesenheit beider Verhandlungsteile zusammengefasst und zweitens schriftlich niedergelegt werden; schließlich sollte drittens die Vereinbarung förmlich oder symbolisch bestätigt werden. Mit besonderem Nachdruck muss in der mediativen Praxis offenbar häufig die schriftliche Niederlegung jedenfalls der wichtigsten Punkte der Vereinbarung verfolgt werden; diese Fixierung der wesentlichen Punkte scheuen nicht wenige Beteiligte. Über die bloße Unterschrift hinaus wird ein Händedruck als symbolische Bestätigung der Einigung empfohlen. Im Einzelfall mag man, insbesondere im politischen oder unternehmerischen Bereich, den Abschluss von Verhandlungen in die Zeremonie eines förmlichen, feierlichen, unter Umständen auch öffentlichen Vertragsabschlusses münden lassen.

### 3. Vertagung mit Initiativauftrag

In manchen Verhandlungssituationen bleibt indes auch dem Mediator nur die Vertagung. Diese Unterbrechung kann ihre Ursache in einem toten Punkt des Verhandlungsgeschehens oder auch darin haben, dass die ausgehandelten Vorschläge zunächst entscheidungsbefugten Personen oder Organen vorgelegt werden müssen. Die Beteiligung eines vermittelnden Dritten bietet hier den Vorteil, dass die Verhandlung auch auf unbestimmte Zeit vertagt und der Mediator mit der Aufgabe

betrachtet werden kann, bei den Beteiligten in regelmäßigen Abständen eine Wiederaufnahme der Gespräche anzuregen.

#### 4. Geführtes Entgegenkommen

Auch im Rahmen des sog. „traded small movement close“ kann der Mediator eine wichtige Rolle übernehmen. Dies vor allem deshalb, weil der Mediator im Verlauf der vorangegangenen Verhandlung ein Gespür für die Interessen beider Parteien entwickelt hat. Je nach Ausgestaltung des Mediationsverfahrens hatten die Beteiligten Gelegenheit, dem Mediator ihre Interessen im vertraulichen Einzelgespräch zu offenbaren. Dieser kann daher – unter Wahrung des vereinbarten Vertraulichkeitsrahmens – auf Verhandlungspunkte hinweisen, die sich für ein motivierendes Zugeständnis im Rahmen dieser Abschlusstechnik eignen. Darüber hinaus kann der Mediator auch in dieser fortgeschrittenen Phase der Verhandlung auf ein erneutes Ideensammeln („brainstorming“) der Verhandlungspartner hinwirken und so nochmals Kreativität stimulieren.

Schließlich mag es auch der Mediator sein, der – nachdem er die gesamte Palette seiner Arbeitstechniken zum Einsatz gebracht hat – den Parteien das jedenfalls vorläufige Scheitern ihrer Verhandlungen nahe bringt. An dieser Stelle kann sich dann wiederum die offene Vertagung mit Initiativauftrag an den Mediator anschließen. In aller Regel allerdings werden sich die Verhandlungsteile gemeinsam mit dem Mediator Gedanken darüber machen, ob sich im konkreten Fall ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, wie z. B. die Bewertung des Sachverhalts durch einen neutralen Experten, anbietet, oder ob die Parteien am Ende doch auf eine streitige Auseinandersetzung umzusschalten.

#### 5. Die Schlussphase einer Verhandlung in der notariellen Praxis

Die hier gestreiften Aspekte mediativer Tätigkeit im Rahmen der Schlussphase von Verhandlungen sind aus zwei Gründen auch für die notarielle Praxis interessant. Zum einen ist der Notar nahezu stets mindestens in die Schlussphase der Verhandlung zwischen den Parteien einbezogen. Zum anderen weist die Position eines Notars durchaus Parallelen zu der eines Mediators auf. Wie dieser ist der Notar nicht Interessenvertreter, sondern neutraler Interessensforscher, der ein vertrauliches und in seinem konkreten Ablauf offenes und flexibles Verhandlungsverfahren anbietet. Ebenso wie der Mediator muss der Notar ohne Zwangsbefugnisse und ohne jede Entscheidungsgewalt in der Sache auskommen; wie bei der Mediation steht am Ende einer notariellen Verhandlung bzw. am Ende einer Beurkundung stets die Zustimmung der Beteiligten zu dem gefundenen Ergebnis. Zwar ist sicherlich nicht jede Beurkundung auch eine Mediation, aber eine Viel-

zahl von Beurkundungen enthält mediative Elemente. Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung geht natürlich über das Angebot einer durch einen neutralen Dritten unterstützten Verhandlung hinaus; zu nennen sind hier besonders die materiell-rechtlich formwahrende Wirkung und die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde. Es lässt sich indes feststellen, dass mit zunehmender Dauer und Komplexität einer Verhandlung beim Notar die mediativen Elemente der notariellen Tätigkeit zunehmen.

Auch mit den typischen Problemen der Schlussphase einer Verhandlung ist man im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens nicht selten konfrontiert. So werden wohl jedem Notar das Stocken und Wiederaufrollen einer Verhandlung kurz vor Ende einer Beurkundung ebenso vertraut sein wie die Verhandlungstaktik des „add on“ oder die Variante des „take it or leave it“. An dieser Stelle ist das Einfühlungsvermögen des Notars besonders gefordert; hier wird er durch individuelle Anpassung des Verhandlungsablaufs unterstützend auf das Verhandlungsgeschehen einwirken, um doch noch eine Einigung zwischen den Beteiligten zu ermöglichen. Von besonderem Wert ist dabei, dass der Notar aufgrund seiner kautelarjuristischen Kompetenz dem nunmehr herausgearbeiteten Verhandlungsergebnis eine rechtlich tragfähige Form zu geben vermag; gegebenenfalls wird er die Beteiligten freilich darauf hinweisen, dass ihr Vorstellungen rechtlich nicht oder nicht ohne erhebliche Risiken umsetzbar sind.

Es kann vor diesem Hintergrund kaum überraschen, dass der Kern des notariellen Beurkundungsverfahrens typische Elemente eines mediativ unterstützten Verhandlungsabschlusses enthält, nämlich die Zusammenfassung des Verhandlungsergebnisses in Gegenwart der Beteiligten, die Niederschrift des Ergebnisses sowie die symbolische Bestätigung desselben durch die Beteiligten mittels Unterschrift (§ 13 BeurkG). Manche Beteiligte nutzen diese Möglichkeit einer durch einen Notar unterstützten Verhandlung auch über den Bereich hinaus, wo die Dienstleistung des Notars gesetzlich vorgeschrieben ist. Es ist dies ein Feld, auf dem sich die Notare in Zukunft – besonders auch im Rahmen der ihm durch das Bayerische Schlichtungsgesetz zugewiesenen Aufgaben – verstärkt als kompetente Partner empfehlen werden.

#### Literatur:

- *Golan, Dwight*, Mediating Legal Disputes, 1997.
- *Haft, Fritjof*, Verhandlung und Mediation, 2. A. 2000.
- *Heussen, Benno* (Hrsg.), Handbuch Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement, 1997.
- *Keim, Benno*, Das notarielle Beurkundungsverfahren, 1990.
- *Kennedy, Gavin*, The new Negotiating Age, 1998.
- *Lebow, Richard N.*, The Art of Bargaining, 1996

# Zum Umgang mit Widerstand in Verhandlungen

Von Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL.M. (Cornell), München

Als Notar hat man es nicht immer mit kooperativen und einigungsbereiten Menschen zu tun. Bisweilen scheitert eine Einigung nicht an einem Dissens über Sachfragen, sondern schlicht am Widerstand eines der Beteiligten. Die Aufgabe des Notars besteht hier nicht darin, eine Einigung der Beteiligten zu erzwingen. Gleichwohl ist es ein *nobile officium* des Notars, die Beteiligten bei ihrem Bemühen um eine Einigung im Rahmen einer sachgerechten Verhandlung zu unterstützen. Verweigert sich ein Beteiligter einer solchen sachbezogenen Verhandlung, ist es hilfreich, wenn zumindest der Notar einen Weg zur Überwindung der Verhandlungsblockade kennt.

## I. Widerstand als Problem der Sach- und Beziehungsebene

Widerstand ist ein grundsätzlich neutrales Phänomen. Zur Verdeutlichung ein Beispiel aus dem notariellen Alltag:

*Die A will den B im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung zu einem Unterhaltsverzicht bewegen. B ist hierzu nicht bereit.*

Die fehlende Einigungsbereitschaft des B kann sachliche Gründe haben: Dies wäre z.B. der Fall, wenn sich B um die Erziehung der gemeinsamen Kinder kümmert und nach einer Scheidung keine eigenen Einkünfte hätte. Der Widerstand kann aber auch auf persönlich-emotionalen Gründen beruhen, weil z.B. A den B wiederholt betrogen hat: In diesem Fall liegt die Ursache für den Widerstand u.U. nicht auf der Sach-, sondern auf der Beziehungsebene zwischen A und B. Dies kann dazu führen, dass B jede Einigung mit A kategorisch ablehnt. Zu einem Austausch über die eigentlichen Sachfragen (Versorgungsbedürfnis des B) kommt es dann erst gar nicht.

Eine Erörterung auf der Sachebene könnte aber Folgendes zutage fördern: A erkennt das Versorgungsbedürfnis des B zwar dem Grunde nach an, will jedoch nicht über Jahre hinaus ihre neue Beziehung mit laufenden Unterhaltszahlungen wirtschaftlich und psychisch belasten. B dagegen will vielleicht nur wirtschaftlich ausreichend versorgt zu sein. Eine mögliche, beide Seiten zufrieden stellende Einigung der Beteiligten könnte dann darin bestehen, dass A dem B im Gegenzug für den Unterhaltsverzicht eine ihrer Eigentumswohnungen übereignet, von deren Erträgen der B seinen Unterhalt bestreiten könnte.

## II. Ursachen für Widerstand

Wie eingangs bereits erwähnt, kann die Ursache für Widerstand in einem Dissens über konkrete Sachfragen liegen. Hier versperrt sich keiner einer Einigung. Man erreicht sie schlicht nicht.

Eine grundsätzliche mangelnde Kooperationsbereitschaft des Verhandlungspartners hat dagegen keinen sachlichen Grund. Häufig spielen Emotionen wie Wut auf den Verhandlungsgegner oder Furcht vor einer falschen Entscheidung eine Rolle. Ebenso kann Misstrauen und Zweifel an der Ehrlichkeit des Gegenübers eine Rolle spielen. Vielleicht will der eine auf den Vorschlag des anderen aus Konkurrenzgründen nicht ein-

gehen, weil dieser dann mit seinem erfolgreichen Vorschlag auch den „Sieg“ in der Verhandlung davon tragen würde. Unter Umständen wird die Einigung auch nur aus Unsicherheit oder Gewohnheit verweigert, weil man in unklaren Situationen vorsichtiger Weise immer „Nein“ sagen sollte.

## III. Erscheinungsformen des Widerstandes

Dass ein Verhandlungspartner grundsätzlich nicht zu einer Einigung bereit ist, kann sich auf unterschiedliche Weise zeigen:

Am klarsten ist der *offene Widerstand* gegen eine Einigung. Hier verweigert der Betreffende jede Zustimmung ohne weitere sachliche Begründung. Im einleitenden Beispiel würde also B zu verstehen geben, dass ein Unterhaltsverzicht für ihn überhaupt nicht in Frage käme. Vielleicht würde er A auch die moralische Verwerflichkeit ihres Ansinnens vorwerfen.

Eine subtilere Form des Widerstandes ist das *Verschleppen der Verhandlung*. So könnte z.B. B mitteilen, dass er auf den überraschenden Vorschlag der A heute nicht näher eingehen könne und sich dies erst reiflich überlegen müsse. Er könnte aber auch ausweichende Ausführungen allgemeiner Art machen oder in Tränen ausbrechen.

Der geübte Widerständler verbirgt seinen Widerstand hinter (gespieltem) *Desinteresse*. Der Vorschlag der Gegenseite wird durch schlichte Nichtbeachtung entwertet und erscheint damit nicht weiter diskussionswürdig. Während A über einen möglichen Unterhaltsverzicht verhandeln will, beschäftigt sich B intensiv mit dem Inhalt seiner Jackentasche oder blickt abwesend zum Fenster hinaus.

## IV. Reaktionsmöglichkeiten

Die Möglichkeiten, auf beziehungsmotivierten Widerstand zu reagieren, sind vielfältig. Nicht alle Reaktionen, welche den betroffenen Verhandlungspartnern offen stehen, sind für den die Verhandlung leitenden Notar oder unparteiischen Dritten geeignet. Deshalb werden im Folgenden zunächst die Optionen des vom Widerstand direkt betroffenen Verhandlungspartners beleuchtet und anschließend erst auf die Möglichkeiten des Verhandlungsleiters zum Umgang mit Widerstand eingegangen.

### 1. Reaktionsmöglichkeiten des Verhandlungspartners

#### a) Intuitive Reaktionen

Allgemein stehen zunächst als Reaktionsmöglichkeiten die Optionen „Angriff“, „Nachgeben“ und „Abbruch der Verhandlungen“ offen. Dies sind die gewöhnlichen und intuitiv gewählten Reaktionen eines mit mangelnder Kooperationsbereitschaft des Anderen konfrontierten Verhandlers. Welche er im Einzelfall wählt, hängt wiederum stark von seinem eigenen Naturell ab:

Der kompetitive Verhandler wird sofort zum (Gegen-)Angriff (z.B. in Form von Vorwürfen oder Drohungen) übergehen und

sein Gegenüber (oft erfolglos) zur Aufgabe seines Widerstandes drängen wollen. Gelingt dies nicht, bleibt ihm – genauso wie dem unentschlossenen Verhandler – der Abbruch der Verhandlungen. Der harmoniebedürftige Verhandler wird dagegen eher nachgeben, als einen unschönen Streit zu riskieren. Ihm bleibt die Hoffnung, auf wundersame Weise doch noch zu seinem Ziel zu kommen.

## b) Rationale Reaktion: Die Aikido-Technik

Erfolgsversprechender als alle intuitiven Reaktionen erscheint es, die Erreichung des eigenen Zieles zunächst hinten zu stellen und etwaige Kooperationsmöglichkeiten mit dem Verhandlungspartner auszuloten. Hierzu eignet sich eine Verhandlungstechnik, welche auf Widerstand nicht unmittelbar mit Gegendruck reagiert, sondern – ähnlich wie die Technik der Selbstverteidigung beim Aikido – diesen erst leerlaufen lässt, bevor die eigenen Verhandlungsziele erneut verfolgt werden.

Im Einzelnen erfordert diese Technik folgende Schritte:

### (1) Verzögerung der eigenen Reaktion

In Verhandlungen kann eine schnelle und unbedachte Reaktion zum Stillstand, im schlimmsten Fall zum Scheitern der Verhandlung führen. Dies hat seinen Grund meistens darin, dass die spontane Reaktion intuitiv und emotional erfolgt. So wichtig Gefühle generell sind – in schwierigen Verhandlungen sind sie ein schlechter Lotse.

Um ein Problem sachlich angehen zu können, ist eine innere Distanz und *Kontrolle der eigenen Emotionen* erforderlich. Hierfür benötigt man Zeit. Diese lässt sich durch eine schlichte Verzögerung der eigenen Reaktion auf den Widerstand des anderen gewinnen. In der amerikanischen Literatur über Verhandlungstechnik wird dies bildhaft als „Auf den Balkon gehen“ umschrieben. Verfügt der Verhandlungsraum über keinen Balkon, kann man auch ein „dringendes Telefonat“ oder eine „Zigarettenpause“ nutzen, um die erwünschte Zäsur in die Verhandlung zu bringen.

Die Verzögerung der eigenen Reaktion hat zugleich einen vorteilhaften Überraschungseffekt: Der abblockende Verhandlungspartner erwartet regelmäßig, dass sein Widerstand den anderen entweder zum Aufgeben oder zum impulsiveren Vorbringen seiner Position verleitet. Die vorübergehende Unterbrechung des Schlagabtausches trifft ihn unerwartet und erzeugt bei ihm eine sog. *kognitive Dissonanz*: Die Reaktion des anderen passt nicht zu seinem programmierten Verhaltensmuster „Widerstand“ und ist deshalb bestens zu dessen Erschütterung geeignet.

### (2) In Situation des Verhandlungspartners versetzen

Wie bereits ausgeführt, liegt die Ursache für Widerstand oft im emotionalen Bereich. Während die Verzögerung der eigenen Reaktion den Zweck hatte, Zeit zum Nachdenken und Kontrollieren der eigenen Emotionen zu gewinnen, kommt es im zweiten Schritt auf die *Kontrolle der Emotionen des Verhandlungspartners* an. Kontrollieren lässt sich jedoch nur, was zuvor auch erkannt worden ist. Hierzu ist es erforderlich, in der Verhandlung die Perspektive zu wechseln und sich in die Situation des Gegenüber zu versetzen.

Die kognitive Dissonanz beim Verhandlungspartner wird weiter verstärkt, indem für seine Position *Verständnis signalisiert* wird. Dies erfolgt zum einen durch sog. „Aktives Zuhören“, welches darin besteht, den anderen ausreden zu lassen und ihm erkennen zu geben, dass man ihn verstanden hat. Zum

anderen sollte man dem Verhandlungspartner zunächst auch aktiv zustimmen. Dieses paradoxe Vorgehen verfolgt das Ziel, dem Verhandlungsgegner aus der Reserve zu locken und für ein Abweichen von seiner starren Ablehnungshaltung flexibler zu machen. Dies gelingt am besten, wenn man eine bejahende Antwort des Verhandlungsgegners auf eigene (bestätigende) Äußerungen (z.B.: „Du meinst also, ich möchte mich durch den Unterhaltsverzicht jeder Verantwortung für die Erziehung unserer Kinder entledigen?“) provoziert. Das einmal gesprochene „Ja“ erschwert ein grundsätzliches weiteres „Nein“ zu einer angebotenen sachgerechten Lösung.

In diesem Stadium des Zustimmens besteht allerdings die Gefahr, dass der Verhandlungsgegner die empathische Zustimmung als Nachgeben in der Sache auffasst und die Verhandlung für erledigt erklärt. Deshalb sollte ihm nach Möglichkeit weiterhin das *Festhalten am eigenen Verhandlungsziel* durch aufrechte Körperhaltung, sichere und ruhige Sprache und direkten Blickkontakt vermittelt werden. Die Artikulation des eigenen Standpunktes sollte so wenig provozierend als möglich erfolgen. Hierzu empfiehlt es sich, Verallgemeinerungen und Vorwürfe zu unterlassen und in der „Ich“-Perspektive zu reden. Weiter sollte die eigene Darstellung nicht mit „ja – aber“ eingeleitet, sondern durch „und“ mit der Wiedergabe des fremden Standpunktes zu verbunden werden (z.B.: „Ich habe Dich verstanden und hoffe, dass du meinen Standpunkt verstehst, wenn ich ihn dir jetzt darlege...“; „Ich halte deine Ausführungen für sehr gut und möchte deshalb nur einen weiteren Aspekt zu bedenken geben...“).

### (3) Verlagerung von Beziehungs- auf Sachebene

Ist der Widerstand auf vorgehend beschriebene Weise erst einmal gelockert, ist die Chance zur Einigung in greifbare Nähe gerückt. Nunmehr kann der Versuch gestartet werden, nicht mehr über konträre Positionen („Unterhaltsverzicht ja/nein“) zu streiten, sondern in einem nächsten Schritt die eigenen *Beweggründe und Motive aufzudecken* und die des anderen konkret zu erfragen. Es ist sinnvoll, die Fragen offen zu formulieren, so dass die Antwort nicht „ja“ oder „nein“ lautet. Auf diese Weise ist der Verhandlungspartner zum einen gefordert, sich aktiv und konstruktiv an der Verhandlung zu beteiligen. Zum anderen bekommt man mehr Anhaltspunkte für die hintergründigen Interessen des anderen. Wird eine Frage zunächst mit Schweigen quittiert, sollte man ebenfalls schweigen, auch wenn eine unangenehme Gesprächspause entsteht. Meistens setzt sich der in der Frage liegende Antwortappell durch.

Sofern der Verhandlungsgegner in diesem Stadium auf sachliche Fragen mit persönlichen Angriffen reagiert, ist dies selten ein Grund, die Verhandlungen für endgültig gescheitert zu erklären, oder mit Gegenangriffen zu parieren. Im besten Fall gelingt es, den persönlichen Angriff („Du warst schon immer ein Egoist“) durch *interpretierende Wiederholung* auf die Sachebene zu ziehen („Du glaubst also, dass ich mich nicht der Verantwortung stelle, Dir auch nach unserer Scheidung ein angemessenes Leben zu ermöglichen“).

Für weniger begabte Interpreten oder schwerer wiegende Vorwürfe bleibt auch die Methode „Löschen“, d.h. der *unsachliche Angriff wird schlicht ignoriert* und die Verhandlung fortgesetzt. Ein Angriff, der nichts bewirkt, kann eine Verhandlung nicht stören.

Ist der Verhandlungsgegner weiterhin unkooperativ, kann er auf sein Verhalten und dessen Auswirkung auf den Verhandlungsverlauf direkt angesprochen werden. Dies nennt man

auch „*Verhandeln über die Spielregeln*“ oder „Verhandeln auf der Meta-Ebene“. Hierbei geht es um die Klärung der Voraussetzungen für eine gemeinsame und erfolgreiche Verhandlung und Einigung über das grundsätzliche Ziel, in den anliegenden Sachfragen zu einer für beide Seiten befriedigenden Lösung zu kommen.

#### (4) *Dem Gegner eine goldene Brücke bauen*

Die bisherigen Schritte sind geeignet, die Kooperationsbereitschaft des Verhandlungsgegners zu fördern und einen Austausch über die jeweiligen Interessen und Beweggründe der Beteiligten zu ermöglichen. Eine Einigung wird jedoch erst dann zu Stande kommen, wenn der Verhandlungsgegner seinen ursprünglichen Widerstand *ohne Gesichtsverlust* aufgeben kann. Dies dürfte ihm leichter fallen, wenn man ihm hierbei entgegenkommt. Dies kann entweder durch Nachgeben auf der Sachebene erfolgen (Kompromiss) oder aber, indem man ihm eine goldene Brücke baut.

Das Kennzeichen einer goldenen Brücke ist, dass sie den Gegner veranlasst, von seinem ursprünglich konträren Standpunkt sich auf die gegenüber liegende Seite zu bewegen. Mit anderen Worten: Um den Gegner auf die eigene Seite zu bringen, muss man ihn dort abholen, wo er steht. War in unserem Beispielfall die Ausgangsposition von B „keine Zustimmung zu einem Unterhaltsverzicht“ könnte eine goldene Brücke bspw. folgenden Bogen spannen: „Nachdem ich deine Beweggründe erfahren habe, verstehe ich deine anfängliche Haltung. Ehrlich gesagt, hätte ich an deiner Stelle genauso gehandelt, wenn ich den Eindruck gehabt hätte, dass mein Ehepartner mich nach der Scheidung mit Nichts in der Hand stehen lassen will. Ich würde auch darauf bestehen, ausreichend versorgt zu werden. Schließlich geht es auch um die Erziehung der gemeinsamen Kinder. Da muss ich dir völlig Recht geben. Wenn du damit einverstanden bist, würde ich deine Versorgung dadurch sicherstellen, dass ich dir die Wohnung in der X-Straße überschreibe. Hältst du das für eine gute Lösung?“ Wenn B in diesen Vorschlag einwilligt, kann er sein Gesicht wahren, weil in seinen Augen er der A ein großes Opfer als Preis für den Unterhaltsverzicht abgehandelt hat und die Einigung letztlich nur wegen seines großen Verhandlungsgeschickes zu Stande gekommen ist. Diese Einbildung sollte ein souveräner Verhandler dem Gegner belassen. Das Ergebnis zählt.

Eine weitere Möglichkeit, die Einigung für den Verhandlungspartner akzeptabel zu machen, ist die *Einbindung eines neutralen Dritten* in den Einigungsprozess: Wird der Einigungsvorschlag von dem Dritten formuliert, ist ausgeschlossen, dass ein Vorschlag für eine Einigung nur deshalb brüsk zurückgewiesen wird, weil er vom anderen Verhandlungspartner kommt (sog. Problem reaktiver Abwertung).

Führen alle vorgenannten Methoden nicht zu einer Einigung, bleibt nur noch eine Möglichkeit: Sofern eine Einigung für den Verhandlungsgegner immer noch günstiger ist als eine Nichteinigung und man selber im Falle der Nichteinigung nicht völlig im Regen steht, kann man dies dem Verhandlungsgegner auch so klar machen. Das Winken mit der sog. BATNA (best alternative to a negotiated agreement) gehört in der Verhandlungstechnik zu den *erlaubten Druckmitteln*. Sieht die eigene BATNA schlechter als die des anderen aus, sollte man mit einem Kompromiss als Verhandlungsergebnis zufrieden sein. Im Beispielfall wäre die BATNA für A und B jeweils der gesetzliche Unterhaltsanspruch: Nur wenn die Kinder bereits über 15 Jahre alt sind, könnte A das Risiko eines Scheiterns der Verhandlung einigermaßen gelassen sehen.

## 2. Möglichkeiten für den Verhandlungsleiter

Die Reaktionsmöglichkeiten für den Verhandlungsleiter unterscheiden sich danach, ob sich der Widerstand gegen einen Verhandlungsteilnehmer oder aber gegen ihn selber richtet (z.B. indem ein Beteiligter seine Kompetenz in Frage stellt). In letzterem Fall gelten für ihn grundsätzlich die gleichen Regeln wie für die Beteiligten. Er ist hier genauso Verhandlungspartner wie jeder andere. Um jedoch seine Stellung nicht selbst zu untergraben, sollte er sich in keinem Fall zu defensiv geben.

Der Normalfall ist jedoch, dass sich der Widerstand gegen einen anderen Beteiligten richtet. Da die Beteiligten – wie gezeigt – in diesen Situationen regelmäßig intuitiv und damit wenig zielführend agieren, ist es Aufgabe des Verhandlungsleiters, ihnen Hilfestellung und Anleitung zu einer sachgerechten Verhandlung zu geben. Dies kann sowohl im Wege der Prävention als auch der Intervention geschehen. Die Mittel der Intervention sind grundsätzlich dieselben, welche auch den Beteiligten offen stehen. Die Prävention dagegen will bereits das Entstehen von Widerstand verhindern.

### a) Prävention

Zentrales Mittel der Prävention ist der „*Verhandlungsvertrag*“. Dieser wird auf Betreiben des Verhandlungsleiters unter den Beteiligten geschlossen, noch bevor die eigentlichen Sachfragen verhandelt werden.

In der Regel beinhaltet der Verhandlungsvertrag eine Einigung der Beteiligten über das Verhandlungsziel, den Ablauf der Verhandlung, die Kriterien der Entscheidungsfindung und die Grundregeln der Verhandlung. Wird in der anschließenden Verhandlung z.B. die Grundregel „Ausreden lassen“ oder „keine Vorwürfe machen“ verletzt, hat der Verhandlungsleiter auf deren Einhaltung zu drängen.

Das Zustandekommen des Verhandlungsvertrages ist Aufgabe des Verhandlungsleiters. Besonders im Vorfeld schwieriger Verhandlungen, bietet sich der ausdrückliche Abschluss eines Verhandlungsvertrages an. Ansonsten reicht auch ein kurzes Klarstellen der allgemeinen Regeln der Verhandlung.

Ebenfalls präventiv kann es wirken, wenn der Verhandlungsleiter eine angenehme Verhandlungsatmosphäre schafft und kooperative Verhandlungstechniken selber vorerzählt, also jedem Beteiligten aktiv zuhört und ihn ausreden lässt.

Erfolgreiche präventive Maßnahmen werden während der Verhandlung nicht weiter wahrgenommen. Die Beteiligten werden das Gefühl haben, als wäre die Anwesenheit des Verhandlungsleiters während der Verhandlung wieder mal völlig überflüssig gewesen.

### b) Intervention

Sofern die Prävention erfolglos war, bleibt dem Verhandlungsleiter die Intervention.

#### (1) *Ruf zur Verhandlungsordnung*

Die naheliegendste Intervention ist der „Ruf zur Verhandlungsordnung“: Einem Fußballschiedsrichter gleich kann er einem Beteiligten bei Verstoß gegen den zu Beginn der Verhandlung geschlossenen Verhandlungsvertrag „die gelbe Karte zeigen“, d.h. zu verhandlungskonformen Verhalten ermahnen.

Aber auch unabhängig von einem solchen Verhandlungsvertrag steht es dem Verhandlungsleiter frei, jeden Beteiligten zu sachlichen und kooperativen Verhandeln aufzufordern. Sind

beide Vertragsteile nicht verhandlungsbereit, bleibt nur der Abbruch durch den Verhandlungsleiter und Festlegung der Bedingungen für eine Wiederaufnahme der Verhandlungen.

### (2) *Stellvertretende Reaktion*

Nur im Idealfall werden die Beteiligten selber angemessen auf den Widerstand eines von ihnen reagieren. In der Realität ist dies selten der Fall. Hier kann jedoch der Verhandlungsleiter – sozusagen stellvertretend für den betroffenen Beteiligten – reagieren. Dabei stehen ihm grundsätzlich dieselben Mittel offen wie den Beteiligten. Er muss lediglich darauf achten, durch seine Intervention seine neutrale Stellung nicht zu gefährden. Dies wäre z.B. der Fall, wenn er dem unkooperativen Beteiligten gegenüber über die Maßen empathisch und zustimmend wäre oder in sonstiger Weise einseitig Stellung bezieht.

Wird dagegen in allgemeiner Weise Verständnis für die Position des Widerständlers geäußert, um es auf Seiten des anderen Verhandlungsteils ebenfalls zu wecken, steht dies der Neutralität des Verhandlungsleiters nicht entgegen. Ebenso kann der vom Widerstand Betroffene angehalten werden, nicht sofort zu reagieren, sondern erst einmal „auf den Balkon zu gehen“. Ferner kann der Verhandlungsleiter die Beteiligten gemeinsam anleiten, weniger um ihre Ausgangspositionen zu feilschen und die Verhandlung mehr auf die jeweiligen Beweggründe zu konzentrieren. Auch ist es ihm möglich, unsachliche Angriffe zu unterbinden oder in kooperativere Sachaussagen umzudeuten. Gegebenenfalls kann der unbeteiligte Dritte auch leichter die Einhaltung bestimmter Verhandlungsgrundsätze (Ausreden lassen, Vermeiden von Verallgemeinerungen und Vorwürfen etc.) anmahnen.

### (3) *Distanz zwischen den Beteiligten schaffen*

Sind die Beteiligten auf der Beziehungsebene zu sehr ineinander verhakt, kann der Verhandlungsleiter bewusst die für eine sachgerechte Verhandlung erforderliche Distanz schaffen.

Dies kann z.B. geschehen, indem er als „Dolmetscher“ der Beteiligten unsachliche Äußerungen auf deren sachlichen Kern zurückführt und für den anderen Beteiligten im Wege geschickten Nachfragens entsprechend uminterpretiert (z.B.: „Sie sagen, ein Unterhaltsverzicht käme für Sie überhaupt nicht in Frage. Meinen Sie damit, dass es Ihnen entscheidend auf eine materielle Absicherung nach der Scheidung ankommt?“). In geeigneten Fällen ist aber auch an eine räumliche Trennung der Beteiligten und vorübergehend getrenntes, durch den Notar vermitteltes Verhandeln („shuttle diplomacy“) zu denken. In die gleiche Richtung geht die mögliche Aufforderung an die Beteiligten, die Verhandlung ausschließlich durch Vermittlung des Notars zu führen („Ab sofort spricht jeder nur noch mit mir.“)

Ein weiteres Mittel wäre, den Widerstand provozierenden Punkt nach hinten zu stellen und die Verhandlung mit anderen, leichter zu lösenden Fragen, fortzusetzen. Die Erfahrung zeigt, dass in diesen Fällen die Kooperationsbereitschaft auch bei dem anfänglich umstrittenen Punkt deutlich größer ist. Dies mag zum einen mit der Dynamik der dann bereits erzielten Einigungen in anderen Punkten, aber auch mit der zunehmenden Ermüdung im Laufe der Verhandlung zusammen hängen.

Im Extremfall kann der Verhandlungsleiter aber auch die Verhandlung völlig vertagen. Wenn die Beteiligten dann erneut zusammen treffen, bietet sich der (erneute) Abschluss eines Verhandlungsvertrages an, in welchen die Erfahrung aus der erfolglosen Verhandlungsrunde einfließen sollten.

## V. Zusammenfassung

Widerstand ist meistens ein emotionales Phänomen, welches mit emotionalen Reaktionen am Leben gehalten wird und sachgerechtes Verhandeln verhindert. Die Ursache für den Widerstand liegt regelmäßig auf der Beziehungsebene. Um die Verhandlung auf die Sachebene zu bringen, müssen die vorhandenen Emotionen erkannt und neutralisiert werden. Hierbei ist die vorgestellte Aikido-Technik gut geeignet. Auch wenn dem bayerischen Notar das Fingerhakeln näher liegen mag als fernöstliche Sportarten zur Selbstverteidigung: Selbst beim Fingerhakeln kommt es darauf an, warten zu können, bis die Zeit für den eigenen Zug gekommen ist.

Sofern die Beteiligten es nicht selbst schaffen, die Verhandlung sachgerecht zu führen, bietet sich die Leitung der Verhandlung durch einen neutralen Dritten an. Dessen Aufgabe richtet sich vornehmlich auf die Kontrolle des Verhandlungsprozesses. Die formale Führung der Verhandlung liegt bei ihm. Die Möglichkeiten des Verhandlungsleiters reichen von der Prävention mittels Abschluss eines Verhandlungsvertrages bis zur Intervention, welche stets zum Ziel hat, den Beteiligten den Weg zu einer sachgerechten Verhandlung ihres Problems so leicht wie möglich zu machen und damit die Chance für eine alle Beteiligten zufrieden stellende Einigung zu erhöhen.

### Literatur:

- Ury, Schwierige Verhandlungen, 3. Auflage, 1998, Heyne Verlag, München
- Susskind et al.: The Consensus Building Handbook, Sage Publications, Thousand Oaks/Ca. (USA)
- Thomann/Schulz von Thun, Klärungshilfe, Rowohlt Verlag, Hamburg

**Brambring/Jerschke (Hrsg.): Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, Verlag C.H.Beck, München, 1421 Seiten, 188,- DM.**

Dass das Beck'sche Notarhandbuch nach acht Jahren bereits die dritte Auflage erlebt, ist der beste Beweis dafür, dass es Verlag und Autoren gelungen ist, in eine Marktlücke zu stoßen.

Seit der letzten Auflage haben insbesondere die Reformen des Kindschaftsrechts, des Handelsrechts und des notariellen Berufsrechts teilweise erhebliche Änderungen mit sich gebracht, die einzuarbeiten waren. Im Wesentlichen ist diese Aufgabe gut gelungen. In Abschnitt A. I. 110a ff. wurde sogar noch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 aufgenommen.

Allenfalls in Randbereichen sind kleinere Aktualisierungen wohl übersehen worden (so wird in Abschnitt F.75 noch § 1705 BGB zitiert; statt auf die – überholte – Entscheidung BayObLG MittBayNot 1987, 208 sollte in Abschnitt D.I.174, 46 eher auf BayObLG DNotZ 1998, 843 hingewiesen werden; eine Textverarbeitung, bei der Zeilenabstand und Rand nicht frei wählbar sind [vgl. Abschnitt L. 71], dürfte in Zeiten graphischer Benutzeroberflächen mittlerweile fast schon den Betrugstatbestand erfüllen). Das dürfte bei einem Werk dieses Umfangs und Gehaltes aber kaum vermeidbar sein.

Die Berufsrechtsreform hat zu einem Bearbeiterwechsel der entsprechenden Teile geführt: An Stelle von *Bohrer* hat *Starke* Abschnitt K.I. (Berufsrecht) übernommen; *Sandkühler* hat (an Stelle von *Stockebrand*) Abschnitt K.II. (Sonderfragen des Anwaltsnotariats) neu bearbeitet. Beide betonen die Eigenschaft des Notars – als Nurnotar und Anwaltsnotar – als Träger eines einheitlichen öffentlichen Amtes und die daraus folgenden besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen, etwa bei der Werbung. Kritik findet die „Logo-Entscheidung“ des BVerfG, die meint, Differenzierungen aufstellen zu müssen (*Sandkühler*, in K.II.3). Überhaupt sind auch für einen Nurnotar die Abschnitte zum Anwaltsnotariat lesenswert, da neben den spezifischen Problemen wie dem Zulassungsverfahren oder den zulässigen Berufsverbindungen für alle Notare wichtige Fragen, wie die Neutralität bei der Vertretung der Beteiligten i.S.d. des § 24 BNotO (K.II. 22 ff.) oder die Mitwirkungsverbote des § 3 BNotO (K.II. 50 ff.) vertieft behandelt werden. Hierbei nimmt *Sandkühler* meines Erachtens aber eine etwas zu strenge Ansicht ein, wenn er etwa eine Hinweispflicht für „Hausnotare“ diskutiert (K.II. 48). Bei Mitgliedschaft des Notars in beschließenden Kirchen- oder Gemeindeorganen dürfte wohl § 3 Abs. 3 BeurkG im Interesse einer Privilegierung dieser Tätigkeiten lex specialis zu § 3 Abs. 1 Ziffer 7 BeurkG sein (ebenso *Bernhard* unter F.28., gegen *Sandkühler* unter K.II.70). Eine Schlichtungstätigkeit dürfte, zumindest wenn sie als notarielle Amtstätigkeit gem. § 24 BNotO verstanden (so *Starke* unter K.I. 34) und ausgeübt wird, schon deswegen nicht als anderweitige Vorbefassung gelten (in diese Richtung aber *Sandkühler* unter K.II. 64). Für Bayern ergibt sich diese Rechtslage auch aus Art. 5 Abs. 1 BaySchlG, wonach jeder Notar als solcher Gütestelle im Sinne dieses Gesetzes ist.

Neu aufgenommen wurde ein Abschnitt A.XI über Verträge im Erschließungs- und Städtebaurecht. Mit *Grziwotz* wurde hierzu ein anerkannter Experte gefunden. Neben den sogenannten „klassischen“ öffentlich-rechtlichen Gestaltungen, wie z.B. Erschließungsverträgen und dem Vorhaben- und Erschließungsplan werden auch in der Praxis verbreitetere, aber weniger schnell in ihrem öffentlich-rechtlichen Gehalt erkannte Verträge, wie z.B. Zielbindungsverträge – etwa beim Verkauf gemeindlicher Grundstücke im Rahmen von Einheimischenmodellen (A.XI.17 ff.) – und die Möglichkeiten von Vereinbarungen über Erschließungskosten beim Verkauf gemeindlicher Grundstücke (A.XI.35 ff.) erörtert. Trotz des Umfangs von nur 17 Seiten bietet der Abschnitt eine erhebliche Hilfe bei der Behandlung dieser Fragen.

*Bettendorf* nutzt die – sicherlich nicht einfache – Aufgabe, die noch nicht in Kraft getretene DONot, bzw. die ihm hierzu vorliegenden Entwürfe, zu kommentieren, indem er die Gelegenheit zu kritischen Stellungnahmen zu kontroversen Fragen nutzt. So ist etwa wirklich nicht einzusehen, warum eine glaubigte Abschrift einer Verfügung von Todes wegen verschlossen aufbewahrt werden soll, da die Amtsverschwiegenheit des Notars (§ 18 BNotO) sowieso gegenüber jedem Dritten gilt und damit der Verschluss allenfalls den Notar selbst von einer Lektüre der Verfügung abhält (L. 51).

Wenn auch in jeder neuen Auflage die Einheitlichkeit der Bearbeitungen (etwa durch die Aufnahme weiterer Übersichten, so z.B. zu den Mitwirkungsverboten in Teil F.25) wächst, fallen doch noch gewisse Doppelungen auf. So finden sich Hinweise zur Aktenführung und Urkundenrolle in Teil A.I. 229 ff. (Grundstückskauf) und in Teil L.2 ff. (Dienstordnung, Aktenführung); die Mitwirkungsverbote finden sich in F.25 ff. und K.II.50 ff. Die notarielle Verwahrung wird in Teil A.I.349 ff. (Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto) und Teil L.26 (Verwahrungs- und Massebuch) behandelt, nicht dagegen – wo man sie jetzt eigentlich aufgrund der Aufnahme in das BeurkG suchen würde – beim Beurkundungsverfahren.

Wo vielleicht noch – für eine Neuauflage – Lücken bestehen, ist die Gestaltung von Personengesellschaftsverträgen (hier werden nur Detailaspekte, wie die Erbfolge und Handelsregisteranmeldung behandelt) und Hinweise zum Vereinsrecht. Bei dem sonst sehr ausführlichen und informativen Teil zu den Auslandsbeziehungen könnten noch Hinweise zum nicht einfachen Güter- und Erbrecht der deutschstämmigen Spätaussiedler und ihrer Ehegatten ergänzt werden (hierzu zuletzt *Scheuigenpflug*, MittRhNotK 1999, 372).

Die vorstehenden Anregungen sollen den Wert des Werks jedoch nicht schmälern. Wie schon die Vorauflagen, ist das Beck'sche Notarhandbuch eine wichtige und wertvolle Arbeitshilfe für die meisten Teile der notariellen Tätigkeit. In gedrängter, aber inhaltsreicher Form findet man hier – in höchster wissenschaftlicher Qualität – Übersichten zu den verschiedensten Rechtsgebieten, die teilweise auch die Anschaffung von Monographien ersetzen können. Aufgrund der erheblichen, nun eingearbeiteten Rechtsänderungen kann die Anschaffung der Neuauflage dieses Standardwerks daher auch den Besitzern von Vorauflagen nur wärmstens empfohlen werden.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

**Busse / Grziwotz VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan – Das Planungsinstrument der Praxis, 1999, München, Berlin, Verlagsgruppe Jehle Rehm GmbH, 258 Seiten, DM 58,-.**

Dieses Buch musste geschrieben werden. Es sollte auch jeder lesen, der über das Recht der Bauleitplanung im Allgemeinen und den vorhabenbezogenen Bebauungsplan im Besonderen informiert werden oder als kundiger Praktiker mit diesem Planungsinstrument eine rechtssichere Planung und Vertragsgestaltung bewerkstelligen will.

Das von zwei versierten Kennern der Materie und gleichermaßen ausgewiesenen Praktikern mit ausführlichen Instruktionen zur materiellen und formellen Rechtslage im Oktober 1999 vorgelegte Handbuch ist übersichtlich gegliedert und es besticht durch die aus dem zehnteiligen Literaturverzeichnis ersichtliche breite Grundlage. Auch die einschlägige Rechtsprechung ist verarbeitet, wie viele Fußnoten zeigen. Der interessierte Leser erhält damit gleichzeitig eine Anleitung zur selbständigen Fortbildung.

Die Verfasser betonen die „Paketlösung“ aus Vorhaben- und Erschließungsplan des Investors, der gemeindlichen Satzung und dem zwischen Vorhabenträger und Gemeinde abgeschlossenen Durchführungsvertrag (Rdnr. 13). Dieses „Geflecht“ von Rechtsbeziehungen erschwert zunächst das Verständnis für den Vorhaben- und Erschließungsplan und lässt seine kundige Handhabung schwierig erscheinen. Es gelingt den Verfassern mit dem Handbuch vorzüglich, seinen Verwender für die Praxis fit zu machen.

Die Einteilung der ersten zehn Abschnitte des Werkes entspricht der Fragestellung zum Vorhaben- und Erschließungsplan. Abschnitt XI befasst sich mit den Baugenehmigungs- oder Freistellungsverfahren für die durch den vorhabenbezogenen Bebauungsplan zulässigen Vorhaben. In Abschnitt XII sind alle im Zusammenhang mit der Aufstellung des Vorhaben- und Erschließungsplans und der Verwirklichung des geschaffenen Baurechts wissenswerten Rechtsbehelfe übersichtlich dargestellt und es ist auch das Überleitungsrecht für alle bisher erlassenen Plansatzungen aufgeführt. Im Anhang befinden sich Gesetzestexte (Auszüge) und es werden Muster und Beispiele für verfahrensleitende Beschlüsse, den vorhabenbezogenen Bebauungsplan sowie den Durchführungsvertrag geboten.

Das Handbuch bietet in Abschnitt II Hilfen für die Entscheidung, ob ein Vorhaben- und Erschließungsplan als geeignetes Planinstrument in Betracht kommt und zeigt die für die Gemeinde zu prüfenden Vor- und Nachteile auf. Das Verhältnis des Vorhaben- und Erschließungsplans zu anderen städtebaulichen Instrumenten wird in Abschnitt III dargestellt und dabei die Reichweite der Ausschlussbestimmung des § 12 Abs. 3 Satz 2 und der Sonderregelung des § 12 Abs. 3 Satz 4 BauGB deutlich gemacht. Es geben hierzu die weiteren Ausführungen in Abschnitt VI (Rdnrn. 213 ff.) Aufschluss, auf welche Weise nicht anzuwendende Vorschriften mittels Regelungen im Durchführungsvertrag kompensiert werden können.

In Abschnitt IV werden die tatbestandlichen Voraussetzungen des Vorhaben- und Erschließungsplans und deren Inhalte systematisch abgearbeitet. Die in Rdnrn. 57 ff. erwähnten Praxisprobleme sind aktuell; sie kommen so oder ähnlich häufig vor. Dieses Thema wird in Abschnitt VI (Rdnr. 111) unter dem Blickwinkel des Gebotes der Angemessenheit der vom Investor im Durchführungsvertrag übernommenen Verpflichtungen wieder aufgegriffen. Ergänzend dazu lesen sich gut die Aus-

führungen in den Rdnrn. 95 ff. über die städtebaulichen Regelungen, die der Vorhaben- und Erschließungsplan erlaubt und welche Gegenstand der Abstimmung mit dem gemeindlichen Planungswillen sein müssen. Es folgt dort ein Schema der Vor- und Nachteile des Vorhaben- und Erschließungsplans, nunmehr aus dem Blickwinkel des Investors (Rdnrn. 99 f.).

Abschnitt V stellt knapp aber vollständig die Vorbereitungsphase beim Vorhaben- und Erschließungsplan dar, die mit dem Antrag des Vorhabenträgers auf Einleitung des Aufstellungsverfahrens für einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan abgeschlossen werden kann. Der Tipp (Rdnr. 102) und die Anregung zum Abschluss eines Vorvertrages (Rdnr. 105, modifiziert im Anhang, S. 213: Teil E VII des Durchführungsvertrages) zeigen ein weiteres Mal die Praxisnähe der Verfasser. Will man gerade mal wissen, ob aus der Abstimmung des Inhalts des Vorhaben- und Erschließungsplans zwischen dem Investor und der Gemeinde schon eine Verpflichtung zum Abschluss eines Durchführungs-(vor)vertrages besteht, so erfährt man auch dies (Fn. 5 der Rdnr. 110).

Wer mit diesem Handbuch arbeitet, hat inzwischen schon das Schema (Rdnr. 313) des Abschnitts VII über den Ablauf des Aufstellungsverfahrens studiert und sich über die Rechtmäßigkeitsanforderungen an den vorhabenbezogenen Bebauungsplan (Abschnitt VIII) und seinen Inhalt (Abschnitt IX) informiert. Der Durchführungsvertrag als „Klammer“ zwischen dem Vorhaben- und Erschließungsplan kann die Regelungen in Bezug auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan erst festlegen, sobald die Rechtmäßigkeitsanforderungen an den vorhabenbezogenen Bebauungsplan ermittelt und erfüllt worden und seine Festsetzungen bekannt sind. Mit den derzeit in Abschnitt VI vorgezogenen Ausführungen zum Durchführungsvertrag wird sich der Verwender des Handbuchs also erst nach dieser Prüfung befassen können. Der Rezensent erlaubt sich deswegen die Anregung einer dementsprechenden Änderung bei der Reihenfolge der Abschnitte für die nächste Auflage. Dies folgt auch der Didaktik des Handbuchs.

Bei den Ausführungen in Abschnitt VIII (Rdnrn. 318 ff.) endet der weite Bogen, der in Abschnitt II (Rdnr. 21 ff.) über Abschnitt IV (Rdnrn. 49 ff.) bei der Frage der Eignung eines Vorhaben- und Erschließungsplans gespannt wird. Die im Abschnitt VIII dargestellten Rechtmäßigkeitsanforderungen beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan sind breit angelegt; verarbeitet sind § 1 Abs. 3 (Erforderlichkeit der Bauleitplanung), Abs. 4 (Raumordnungsklausel), § 1 a Abs. 2 Nr. 3 i. V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 UVPG (Umweltverträglichkeitsprüfung), § 1 a Abs. 3 Satz 3 (naturschutzrechtliche Eingriffsregelung) und § 2 Abs. 2 (interkommunale Abstimmung) BauGB. Es wird übersichtlich und ausführlich informiert, was alles im Aufstellungsverfahren noch beachtet werden muss. Selbst der kundige Leser profitiert beim Studium dieser Ausführungen von der Fülle des angebotenen Kernwissens über das Recht der Bauleitplanung.

Die Fragen, die sich wegen des besonderen Inhalts des vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§ 12 Abs. 3 BauGB) für den Planer stellen, werden in Abschnitt IX ausführlich beantwortet. Das ist ein Kernstück dieses wirklichen Handbuchs.

In Abschnitt VI folgt auf vorangestellte Ausführungen zur systematischen Einordnung des Durchführungsvertrages mit zahlreichen Fundstellen aus Schrifttum und Rechtsprechung eine Checkliste mit detaillierten Anweisungen zum Inhalt des Durchführungsvertrages. Auch hier bieten die Verfasser ein Plus an Informationen, so z. B. zum Rangrücktritt der Vormerkung für ein gemeindliches Ankaufsrecht im Grundbuch

hinter die Finanzierungsgrundpfandrechte mit Lösungsangeboten (Rdnrn. 165 ff; ergänzend *Grziwotz*, BayGT 1999, 395), vor allem bei der Sicherstellung der Verwirklichung einer besonderen Nutzung der mit dem Baurecht geschaffenen Vorhaben. Hier liegt nämlich in der Praxis der Schwerpunkt der mit der Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans von der Gemeinde bezweckten Regelungen städtebaulicher Art (Rdnrn. 269–278). Es ist sehr schwierig, diese Interessen der Gemeinde im Einvernehmen mit dem Vorhabenträger hinreichend abzusichern. Zumeist hat es die Gemeinde dabei gar nicht mit dem Vorhabenträger, sondern mit einem Dritten zu tun, weil der Vorhabenträger selbst keine Verpflichtung zur Eigennutzung eingeht und auch nicht übernehmen muss.

Zutreffend heben die Verfasser die hohe Bedeutung der Erschließungspflicht und ihre Sicherstellung durch Vorhabenträger im Durchführungsvertrag hervor (Rdnr. 170 ff.). Eine Vertragsverletzung des Vorhabenträgers zwingt die Gemeinde nicht nur faktisch zur Ersatzvornahme der Erschließungsmaßnahmen, sondern bringt sie auch in die Gefahr, dass sie sich von diesen Kosten nicht entlasten kann. Die Problematik bei der Abrechnung der Erschließungskosten wird ausführlich in Rdnrn. 193 ff. erläutert. Im Zusammenhang damit steht die dingliche Sicherung der vom Vorhabenträger unter den Bau-parzellen und in die öffentlichen Eigentümerwege verlegten Leitungen mittels beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der Gemeinde im Grundbuch (Rdnr. 176). Hier sollte die Kommune berücksichtigen, dass die Rechtspre-

chung jedenfalls zu Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO und zu § 8 AVBWasserV uneinheitlich ist (BayVGh, BayVBl. 1993, 53; BayVBl. 1995, 54; BayVBl. 1995, 52).

Die Ausführungen in Abschnitt X über die Leistungsstörungen und ihre Rechtsfolgen (Rdnrn. 400 ff.) sind ein instruktiver Wegweiser für die Verhandlungen zwischen Investor und Gemeinde und zugleich ein guter Ratgeber dafür, was sonst noch zum Inhalt eines Durchführungsvertrages gemacht werden sollte. Die Vertragsmuster sind auf einer beigefügten Diskette erfasst und können in jeder gängigen Textverarbeitung verwendet werden.

Die im Anhang vorgelegten Muster für einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan und einen Durchführungsvertrag dienen der Vervollständigung der dem Leser angebotenen Informationen und sind insgesamt eine gute Anleitung für ihren Verwender.

Bei der hohen Qualität dieses Handbuches schmerzt der kleine Schönheitsfehler, dass in Teil D 1 des ausführlichen Durchführungsvertrages (Anhang, S. 209) die Rede ist von der *Rechtskraft* des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Dieser wird auch nach der Neufassung des Wortlautes von § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB mit seiner ortsüblichen Bekanntmachung *rechtsverbindlich* (so seit § 12 Satz 3 BBauG 1960/1976). Den Verfassern ist das selbstverständlich bekannt.

*Dr. Helmut Roithmaier*, München,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

---

### **Christina Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 2000, Mohr Siebeck, Tübingen, 504 Seiten, DM 198,—.**

1. Die Veröffentlichungen zum Erbrecht haben in der Vergangenheit deutlich zugenommen. Die Palette reicht von der einfachen Information für das juristische Publikum bis zur Habilitationsschrift. Im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen wird nunmehr nach der Habilitationsschrift von *Muscheler* (Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung 1994) eine weitere Habilitationsschrift vorgelegt, nämlich die von *Christina Eberl-Borges*, welche im Wintersemester 1999/2000 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam angenommen wurde. Sie befasst sich mit dem Recht der Erbauseinandersetzung.

Das deutsche Erbrecht geht vom Grundsatz des Familienerbrechtes aus und nimmt dabei das Entstehen einer Erbengemeinschaft bewusst in Kauf. Die Erbengemeinschaft als Organisationsform von Vermögen ist heute anders zu betrachten als zum Zeitpunkt, als das BGB in Kraft trat. Wir haben es heute vielfach mit heterogenen Erbengemeinschaften zu tun, also solchen, bei denen der überlebende Ehegatte mit Abkömmlingen erbengemeinschaftlich verbunden ist, die nicht von ihm stammen. Erbengemeinschaften haben also heute eine starke zentrifugale Potenz.

*Eberl-Borges* widmet sich den zahlreichen Problemen, die mit Erbengemeinschaften verbunden sind. Die Arbeit ist breit angelegt. In Teil 1 werden die Grundlagen untersucht, in Teil 2 der Ablauf der Erbauseinandersetzung, in Teil 3 die inhaltliche Ausgestaltung der Erbauseinandersetzung, in Teil 4 die

Folgen der Erbauseinandersetzung für die Haftung der Miterben und schließlich in Teil 5 die Störungen bei oder nach Durchführung der Erbauseinandersetzung. Am Ende werden die Ergebnisse noch einmal – der Gliederung folgend – übersichtlich und ausführlich zusammengefasst.

2. Im Gegensatz zur traditionellen Auffassung, welche die Gesamthand (nur) als Prinzip der Vermögenszuordnung ansieht, geht *Eberl-Borges*, insoweit der Gruppen-Lehre von *Flume* folgend, davon aus, dass die Erbengemeinschaft ein Rechtssubjekt darstellt und als solches von den Miterben zu unterscheiden sei. Während für diese Ansicht in Bezug auf die BGB-Gesellschaft wenigstens positiv-rechtliche Gesichtspunkte sprechen (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG), gibt es solche Anhaltspunkte für die Erbengemeinschaft nicht. Die Funktion des Auseinandersetzungsvertrages sieht *Eberl-Borges* vor allem darin, dass die Erbengemeinschaft verkleinert wird, sei es personell, sei es materiell, das Erlöschen der Erbengemeinschaft kann lediglich Folge einer Auseinandersetzungsmaßnahme sein. Der Erbauseinandersetzungsvertrag stellt nach *Eberl-Borges* keinen Kaufvertrag und auch keinen kaufähnlichen Vertrag dar, auch dann nicht, wenn ein Miterbe den Nachlass gegen Abfindung der übrigen Erben übernimmt, er ist auch kein Vergleich oder ein vergleichsähnliches Rechtsgeschäft. Die Erbauseinandersetzungsvereinbarung ist, so die Verf., ein „vielseitiges Rechtsgeschäft, bei dem jeder Miterbe eine eigene Seite verkörpert. Es ist zweifelhaft, ob dieses Rechtsgeschäft überhaupt einen Vertrag darstellt. Viel spricht für eine Qualifizierung als Beschluss“. Es ist erkennbar, dass diese Aussage logische Konsequenz aus der ersten Annahme – die Erbengemeinschaft als Rechtssubjekt – folgt.

In Teil 2 geht *Eberl-Borges* dem Ablauf der Erbaueinandersetzung nach und unterscheidet die nicht von den Miterben zu betreibende Erbaueinandersetzung von derjenigen, die in den Händen der Erbengemeinschaft liegt. Zur ersten Gruppe rechnet sie die Erbaueinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker, nach billigem Ermessen eines Dritten (§ 2048 Satz 2 BGB) und die Erbaueinandersetzung durch ein Schiedsgericht, zur zweiten Gruppe die Erbaueinandersetzungsvereinbarung der Miterben und die Erbaueinandersetzungsklage durch einen Miterben.

In Teil 3 geht es um die inhaltliche Ausgestaltung der Erbaueinandersetzung. Es wird zunächst die Ausgestaltung nach den Regeln des BGB dargestellt (Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten, Feststellung der Teilungsmasse und der wertmäßigen Anteile am Überschuss, Aufteilung der Teilungsmasse unter den Erben), danach werden die Teilung im Wege des freihändigen Verkaufs von Nachlassgegenständen, die Übertragung aller Nachlassgegenstände auf einen Miterben gegen Abfindung, die Übertragung der Nachlassgegenstände auf alle Miterben in Bruchteilsgemeinschaft, die Erbanteilsübertragung auf einen Miterben gegen Abfindung, die Erbteilsübertragung auf einen Dritten, die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft und die nur schuldrechtliche Zuweisung und Teilaueinandersetzungen geprüft.

Interessant für die notarielle Praxis ist insbesondere das, was zum Ausscheiden von Miterben aus der Erbengemeinschaft (sog. Abschichtung) gesagt wird. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 21.1.1998, MittBayNot 1998, 188 die Möglichkeit des formfreien Ausscheidens aus einer Erbengemeinschaft anerkannt. *Eberl-Borges* geht der Frage, ob die BGH-Auffassung richtig ist, methodisch zutreffend unter dem Gesichtspunkt nach, wie sich das Ausscheiden technisch vollzieht. Sie kommt zum Ergebnis, dass eine Erbaueinandersetzungsvereinbarung dieses Inhalts analog den §§ 2371, 1922 Abs. 2, 2385 Abs. 1 BGB zur ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedarf, ebenso das jeweilige Ausscheiden gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB. *Eberl-Borges* schränkt die Möglichkeit der Abschichtung aber dahin ein, dass *alle* Miterben bis auf einen in dieser Weise aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, da für die Fälle der Erbteilsverfügung eine gesetzliche Anordnung der Anwachsung fehlt. Zwar gibt es bei der Erbengemeinschaft das Anwachsungsprinzip, doch sieht § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB dies nur für bestimmte Fälle ausdrücklich vor. Bei Abschichtungsvereinbarungen ist mithin auch nach dem genannten BGH-Urteil Vorsicht geboten.

Für die Praxis ebenfalls von Bedeutung ist die Frage der Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft. Die Mitglieder der Erbengemeinschaft können, wenn sie dieses Vorhaben realisieren wollen, eine Personengesellschaft gründen und die Nachlassgegenstände in diese Personengesellschaft einbringen, dabei ist jeder Nachlassgegenstand nach den für ihn geltenden Vorschriften zu übertragen. Dieser aufwändige Weg der Einzelrechtsübertragung wird dann entbehrlich, wenn die Erbengemeinschaft identitätswahrend in eine Personengesellschaft umgewandelt werden könnte. Ob dies möglich ist, ist umstritten. *Eberl-Borges* weist darauf hin, dass die Meinungen, welche eine identitätswahrende Umwandlung bejahen, ausschließlich aus der Zeit vor dem In-Kraft-Treten des Umwandlungsgesetzes (1.1.1995) stammen. Wegen § 1 Abs. 2 UmwG sieht *Eberl-Borges* heute keine Möglichkeit mehr, eine Erbengemeinschaft identitäts-

während in eine Personengesellschaft umzuwandeln, auch die vermögensübertragende Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft ist nicht möglich. Eine Vereinfachung gegenüber der Einzelrechtsübertragung lässt sich nur dadurch erreichen, dass die Miterben ihre Erbteile (formgerecht gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB) auf die neugegründete Personengesellschaft übertragen. Die Personengesellschaft wird als Erwerberin aller Anteile Alleininhaberin aller Nachlassgegenstände.

In Teil 4 werden die Folgen der Erbaueinandersetzung für die Haftung der Miterben dargestellt, in Teil 5 mögliche Störungen bei oder nach Durchführung der Erbaueinandersetzung. Unmöglichkeit und Verzug sowie das Auftreten von Sachmängeln wollen bedacht sein, insbesondere wenn der Erwerber eines Nachlassgegenstandes oder eines Erbanteils zu Gegenleistungen verpflichtet ist. Ist in Folge einer Leistungsstörung die Rückabwicklung der Erbaueinandersetzung – nach Rücktritts- oder Bereicherungsrecht – erforderlich, so tritt nach *Eberl-Borges* der schuldrechtliche gegenüber dem erbrechtlichen Regelungskomplex zurück: Die Nachlassgegenstände sind nicht an die (u. U. bereits erloschene) Erbengemeinschaft zurückzuübertragen, es ist die Erbaueinandersetzung in anderer Weise durchzuführen. Nachlassgegenstände, die einem Miterben übertragen wurden, muss er zur erneuten Auseinandersetzung zur Verfügung stellen. Die erneute Auseinandersetzung bedarf eines neuen Auseinandersetzungsplans, der entweder im Wege einer Erbaueinandersetzungsvereinbarung der Miterben verbindlich wird oder sich aus der gesetzlichen Auseinandersetzungsregelung ergibt. So ist etwa § 347 Satz 1 i. V. m. § 989 BGB anwendbar, wonach sich bestimmt, dass ein Zuteilungsempfänger, der den Untergang einer von ihm zur Verfügung zu stellenden Nachlasssache verschuldet hat, die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages als Schadensersatz schuldet. Richtet sich die Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB, ist beispielsweise § 818 Abs. 3 BGB anwendbar, so dass der Zuteilungsempfänger – von den Fällen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB abgesehen – von seiner Herausgabe bzw. Wertersatzpflicht frei wird, soweit er nicht mehr bereichert ist. Dieser Abschnitt in der Arbeit von *Eberl-Borges* ist für den Notar besonders lesenswert, weil die Problematik des Beseitigens von Leistungsstörungen mit besonderer Dringlichkeit geschildert wird, vor allem bei der Erbanteilsübertragung gegen Abfindung, dem Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft ohne Erbanteilsübertragung und der Umwandlung der Erbengemeinschaft in Bruchteilsgemeinschaften und der Einbringung des Nachlasses in eine personengleiche Personengesellschaft.

3. Das Werk von *Eberl-Borges* steht auf hohem wissenschaftlichen Niveau. Es ist gut lesbar geschrieben. Die übersichtliche Gliederung erleichtert auch die Möglichkeit, sich nur mit Teilfragen des Themas zu befassen. Die Arbeit ist zwar wissenschaftlich konzipiert und enthält keine steuerlichen Ausführungen zum Thema, ist im Detail aber auch für den Praktiker von Interesse. Es tritt zu Tage, dass die Erbengemeinschaft als Organisationsform für das Halten und Verwalten von Vermögen zu schwerfällig ist. Wird daher eine Erbengemeinschaft vom Erblasser in Kauf genommen oder – aus ertragsteuerlichen Gründen – bewusst gegründet, sind die zahlreichen Probleme bei der Verwaltung und bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, die von *Eberl-Borges* ausführlichst behandelt werden, zu bedenken.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

**Heymann/Wagner/Rösler MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 308 Seiten, DM 128.–.**

Ach, mag sich mancher Notar denken, wollte doch das Bauträgergeschäft – und damit die Zahl zu beurkundender Verträge – Schritt halten mit der Zahl der Neuveröffentlichungen zu diesem Thema. So gesellten sich seit Beginn des Jahres neben die bekannten Titel das Werk „Bauträgervertrag“ von *Blank* und jetzt das hier vorzustellende Buch. Dabei verblüfft vor allem der Veröffentlichungstermin: Seit April ist bekannt, dass der Bauträgervertrag mit einer „Hausbauverordnung“ auf der Grundlage des mit dem „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ eingeführten § 27 a AGBG neue Rechtsgrundlagen erhalten wird. Die MaBV wird damit in nächster Zeit ihre Bedeutung für Notare und Kreditinstitute verlieren. Gleiches muss für ein Handbuch gelten, das als Darstellung der „MaBV für Notare und Kreditinstitute“ antritt.

Dabei geht es den Verfassern nicht um eine vertiefte Darstellung der Probleme der MaBV; Fragen der MaBV werden eigentlich auch nur auf etwa 60 Seiten des Buchs erörtert. Das Buch soll insofern nur einen Leitfaden und eine Orientierung geben. Mit Blick auf Kreditinstitute formulieren die Verfasser im Vorwort, diese sollen es sich ersparen können, sich in die Fülle vorhandener Fragen vertiefen zu müssen. Für Notare wird dies oft nicht hinreichend sein. An Notare wendet sich eher der von Wagner bearbeitete Teil des Buchs, der in erster Linie berufsrechtliche und Beurkundungsfragen erörtert.

Bemerkenswert ist die umfangreiche Sammlung von Musterformularen; er macht etwa ein Drittel des Umfangs des Werks aus. Neben einem Bauträgervertrag finden sich dort vor allem Vertragsmuster für Kreditinstitute, die alle Bereiche des Bauträgergeschäfts erfassen vom Bauträgerkreditvertrag über Bürgschaften und Freigabeversprechen bis zu Verpfändungen. Wer insofern Formulierungen sucht, wird hier fündig werden.

Von *Heymann* erörtert in diesem Buch allgemeine Fragen der Bauträger- und Erwerberfinanzierung. Er ist Notaren bislang vor allem auch durch seine Mitarbeit in dem zuletzt 1995 erschienenen „Kauf vom Bauträger“ bekannt, den er gemeinsam mit *Meichssner* und *Reithmann* herausgegeben hat. Seine Ausführungen in beiden Büchern sind weitgehend wortgleich.

*Wagner* hat den Teil „MaBV in der Notariatspraxis“ übernommen, der durch das Muster eines Bauträgervertrags ergänzt wird. Bemerkenswert ist schon der Umfang des Vertragsmusters von mehr als 20 Druckseiten des Buches (ohne Fußnoten). Ob allerdings Belehrungsvermerke in Form wissenschaftlicher Abhandlungen (etwa zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung oder zu dem für den Bauträgervertrag nicht einschlägigen § 648 a BGB) wirklich sinnvoll sind, erscheint fraglich. Die Verständlichkeit wird zusätzlich dadurch erschwert, dass innerhalb des Vertragstextes in einem mir bislang nicht bekannten Umfang verwiesen wird, was dann recht ärgerlich wird, wenn Verweisungen nicht stimmen; so sieht der Vertrag eine Abwicklung über Notaranderkonto vor – an deren Berechtigung im Hinblick auf § 54 a BeurkG Zweifel angebracht scheinen – und für die Auszahlung auf „IV. § 10 Abs. 1 Ziff. 7. und 8.“ verwiesen; eine Ziff. 8 findet sich dort leider nicht.

Im Übrigen werden in dem Vertragsmuster nicht alle Anforderungen der MaBV beachtet: Nach § 3 Abs. 1 Satz 5 MaBV muss entweder im Vertrag auf ein bereits vorliegendes Freigabeversprechen der Globalbank Bezug genommen sein oder der Vertrag einen *ausdrücklichen Hinweis* auf die Verpflichtung des Bauträgers zur Aushändigung des Freigabeversprechens und dessen notwendigen Inhalt enthalten. Das Vertragsmuster beachtet diese (in der Sache schwerlich überzeugende) Bestimmung nicht. Damit wäre dem Bauträger die Entgegennahme von Zahlungen verboten.

Von aktuellem Interesse ist, wie in neuen Formularen mit der Neufassung des § 284 BGB umgegangen wird. Nach Wagners Vorschlag ist der Kaufpreis fällig binnen 30 Tagen, nachdem der Notar den Vertragsparteien verschiedene Fälligkeitsvoraussetzungen wie die Eintragung der Auflassungsvormerkung bestätigt hat (wobei es dann für die einzelnen Baufortschrittsraten auf eine 14-Tages-Frist ankommen soll). Die – wohl in Anlehnung an § 284 Abs. 3 BGB – bestimmte 30-Tages-Frist hat zur Folge, dass, wenn bei Absendung der Fälligkeitsmitteilung ein bestimmter Bautenstand erreicht ist, der Erwerber erst insgesamt 60 Tage nach objektivem Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen in Verzug geraten würde. Dafür wird häufig wenig Verständnis bestehen. Die derzeitige Fassung des § 284 Abs. 3 BGB gibt Anlass, die Fälligkeit möglichst früh eintreten zu lassen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass nach einem gerade veröffentlichten „Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ die Regelung zum Verzug des Schuldners wieder an die Bedürfnisse der Praxis angepasst werden soll (§ 283 BGB des Entwurfs): Unabhängig von einer 30-Tages-Frist soll Verzug stets durch eine Mahnung herbeigeführt werden können, es jedoch einer Mahnung dann nicht bedürfen, „wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt; das könnte auch für eine Fälligkeitsmitteilung des Notars gelten. Es ist zu hoffen, dass diese Neuregelung bald umgesetzt wird.“

Mit besonderem Interesse habe ich die Ausführungen *Röslers* zur Erwerberfinanzierung im Rahmen einer Abwicklung nach § 7 MaBV (Rdnr. 161 ff.) gelesen. Er stellt dar, dass in solchen Fällen typischerweise neben die Bürgschaft nach § 7 MaBV eine separate Kreditsicherungsbürgschaft tritt. Er vertritt die Auffassung, diese Abwicklung sei so verbreitet, dass keine (erheblichen) Probleme für die Kreditaufnahme der Erwerber erkennbar seien, „so dass eine Belehrung durch den beurkundenden Notar bei der Beurkundung eines Kaufvertrages mit Sicherheitsleistung nach § 7 MaBV hinsichtlich dieser Thematik nicht erforderlich erscheint.“ Ich kann dem nur widersprechen. Für die Finanzierungsbank des Bauträgers ist es durchaus nicht selbstverständlich, neben der Bürgschaft nach § 7 MaBV noch eine separate Kreditsicherungsbürgschaft auszureichen. Ich habe hierzu ein ganz aktuelles Beispiel vor Augen – pikanterweise handelt es sich ausgerechnet um die Bank, für die *Rösler* als Syndikus tätig ist.

Notar *Dr. Gregor Basty*, Weilheim

**Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1231 S., DM 198,-.**

Bei der Besprechung des weithin bekannten Kommentars von Prof. Dr. Dr. h.c. Marcus Lutter und Prof. Dr. Peter Hommelhoff, der seit Anfang des Jahres in 15. Auflage vorliegt, interessieren v.a. die Erstkommentierung der seit der Voraufgabe erfolgten Gesetzesreformen und die von den Verfassern neu überarbeiteten Teile:

Dem Aufbau des Gesetzestextes folgend, ist dies zunächst das durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) geänderte Firmenrecht, wobei Lutter/Hommelhoff im Rahmen des § 4 GmbHG auch die aus den §§ 18 und 30 HGB resultierenden Firmenbildungsgrundsätze umfassend darstellen. Schon dieser Teil überzeugt durch eine gute Strukturierung, klare Aussagen und zahlreiche Beispiele, die einen gelungenen Gesamtüberblick über das aktuelle Firmenrecht geben. Der Kommentar betont dabei nachdrücklich den Liberalisierungsgedanken des HRefG und setzt diesen in eigenen Vorschlägen bei schwierigen Abgrenzungsfragen selbst deutlich um. Anhand dieser umfassenden Darstellung ist zum einen ein schneller Überblick über zulässige und unzulässige Firmierungen möglich, zum anderen kann der Kommentar aufgrund seines prägnanten Standpunkts auch wertvolle Hilfe bei noch zögerlichen Registergerichten und Kammern leisten.

Nur in einem Punkt hätte ich mir eine noch „liberalere“ Kommentierung gewünscht: als ein unzulässiges, weil nicht ausprechbares Bildzeichen wird das @-Zeichen eingeordnet. Meines Erachtens sollte man, wenn man – der Tradition folgend – das kaufmännische „&“ und das „+“-Zeichen zulässt, auch neuen sprachlichen Gepflogenheiten Raum geben, wenn diese eine ausreichende Häufigkeit und Konstanz entwickelt haben. Das @ ist mittlerweile nicht nur als E-Mail-Adressbestandteil millionenfach verbreitet, sondern auch als für die „IT-Branche“ symbolischer a-Ersatz z.B. in der Werbung häufig zu lesen. Dass es in Verbindung mit E-Mail-Adressen als amerikanisches „at“, sonst oft als „a“ ausgesprochen wird, kann allein noch nicht gegen die Zulässigkeit sprechen, da auch das „+“-Zeichen mal als „und“, mal als „plus“ gesprochen wird. Der bereits eingeleiteten Praxis mancher Registergerichte folgend sollte man meines Erachtens daher das @ in allen Registern zulassen.

Die überarbeitete Kommentierung der eigenkapitalersetzenden Darlehen (§§ 32a/b GmbHG) beinhaltet auf – fast schon lehrbuchmäßigen – 60 Seiten eine instruktive Darstellung dieses schwierigen, durch den Dualismus der gesetzlichen und höchstrichterlichen Lösungssysteme geprägten Rechtsgebiets. Umfassend werden dabei die 1998 eingeführten Sanierungsprivilegien der Kleingesellschafter und der in der Krise eintretenden „Sanierungsgesellschafter“ (§ 32 a Abs. III S. 2 und 3 GmbHG) und die mit den eigenkapitalersetzenden Darlehen im Zusammenhang stehenden Bestimmungen der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes besprochen. Aber auch die neueste Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidung des BGH vom Juni 1999 zur Abgrenzung des sog. „Finanzplankredits“, und die zahlreichen Literaturstimmen sind zuverlässig berücksichtigt.

Aufgenommen wurde auch die Erstkommentierung des neuen § 40 GmbHG zur Einreichung der aktuellen Gesellschafterliste und zur Anzeigepflicht des Notars bei Geschäftsanteilsabtretungen. Um unnötigen formalistischen Aufwand zu vermeiden, ist dabei Lutter/Hommelhoff zuzustimmen, dass es keiner eigenen Anzeige des Notars bedarf, wenn bereits die aktualisierte Liste eingereicht wurde bzw. über den Notar dem Registergericht vorgelegt wird. Zwei weiteren Aussagen hin-

sichtlich der Anzeigenpflichten des Notars kann man jedoch meines Erachtens nicht bzw. nur eingeschränkt folgen: Zum einen vertreten Lutter/Hommelhoff die Meinung, dass der Notar die Anzeige sofort erstatten muss, auch wenn noch weitere Voraussetzungen für die wirksame Übertragung des Geschäftsanteils, wie z.B. die Zustimmung der Mitgesellschafter, fehlen. Dies ist sicherlich in den Fällen richtig, in denen der Notar die weitere Entwicklung der Urkunde nicht überwachen kann. In anderen Fällen muss man aber berücksichtigen, dass das Gesetz – anders als z.B. in § 54 EStDV – keine festen Fristen, sondern nur eine unverzügliche Anzeigenpflicht statuiert. Solange der Notar mit der Erledigung weiterer Voraussetzungen beauftragt wurde und davon ausgehen kann, dass diese im normalen Geschäftsgang bei ihm eingehen, handelt er meines Erachtens noch nicht verspätet. Eine sofortige Anzeige würde nur den formalistischen Aufwand (z.B. verfrühte Rückfragen des Gerichts bei der Gesellschaft u.Ä.) erhöhen, der mit der Gesetzesänderung vermieden werden sollte.

Zum anderen soll – entgegen OLG Celle GmbHR 1999, S. 711 f. – der Notar verpflichtet sein, bei der Anzeige die beteiligten Personen mitzuteilen, damit das Registergericht die aktualisierte Liste nachdrücklicher verlangen kann. Da das Gesetz den Inhalt der Anzeige nicht näher regelt, ergeben sich gegen diese Meinung schon im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht der Notare Bedenken. Außerdem ist Zweck des Gesetzes nur, dass das Registergericht tatsächliche Anhaltspunkte für eine Veränderung im Gesellschafterbestand erhält, um selbst bei der Geschäftsführung anfragen zu können, nicht jedoch, schon aus der Anzeige des Notars den konkreten Gesellschafterwechsel nachvollziehbar zu machen.

Überarbeitet wurde ferner die Kommentierung der Haftung der Geschäftsführer im Allgemeinen (§ 43) sowie deren spezielle Pflichten bei Insolvenz der Gesellschaft (§ 64). Die Besprechung der durch die InsO neu gefassten Insolvenzantragspflicht mit dem Problem, wie die Überschuldung festgestellt werden kann, ist besonders gelungen. Die Kommentierung enthält sowohl den theoretische Hintergrund als auch die praktische Lösung einzelner Fragen, einschließlich einiger Bilanzierungsbeispiele. Insbesondere die durch die Begründung zum Regierungsentwurf zweifelhafte Behandlung von Rangrücktrittserklärungen wurde überzeugend gelöst. Diese Abschnitte des Kommentars sind nicht nur den beratenden Juristen zu empfehlen, sondern für jeden Geschäftsführer lesenswert.

Hervorzuheben ist schließlich die Kommentierung zur Umstellung auf den Euro (§ 86). In einem übersichtlichen Umfang findet man hier alle Varianten der Umstellung, die durch hilfreiche Rechenbeispiele verdeutlicht werden.

Insgesamt überzeugt die Neuauflage des bewährten Kommentars: Die wissenschaftliche Durchdringung der Themen, der klare und übersichtliche Aufbau und die für einen Kurzkomentar ungewöhnlich ansprechende sprachliche Darstellung (ohne zahlreiche Wortabkürzungen und lange Zitatketten) ermöglichen einen schnellen und zugleich fundierten Einstieg in die einzelnen Themen. Die aktuelle Rechtsprechung und die wesentliche Literatur sind überall zuverlässig eingearbeitet. Ergänzt wird die Kommentierung durch das sehr hilfreiche Entscheidungsregister, in dem mehrfache Fundstellen der zitierten Rechtsprechung in zehn Zeitschriften – darunter auch die DNotZ – aufgelistet werden. Mögen andere GmbHG-Kommentare zu einzelnen Detailfragen noch weiter gehende Rechtsprechung und Fundstellen enthalten, überzeugt der Lutter/Hommelhoff meines Erachtens durch eine hervorragend strukturierte Aufarbeitung gerade der schwierigen und umstrittenen Themen und kann deswegen auch in der Neuauflage uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

**Meißner/Horstkotte, Vertragsgestaltung beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum, 2000 (RWS-Vertragsmuster 25), 144 Seiten, DM 74,-.**

Anliegen dieses Bandes ist es, so die Verfasser im Vorwort, den vorhabenbezogenen Bebauungsplan vorzustellen und dabei zugleich die Vorteile dieses Planungsinstrumentes aufzuzeigen. Dies gelingt nicht durchgängig. So ist es beispielsweise ein Blick zurück auf den Vorhaben- und Erschließungsplan des § 7 BauGB-MaßnG 1993 und folgt entgegen Rdnr. 28 gerade nicht aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB, dass das nach der Neuregelung durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 in das Dauerrecht übernommene Planungsinstrument nur für Vorhaben in Betracht kommt, die nicht bereits nach den §§ 30, 31, 33 bis 35 BauGB zulässig waren. Anders als für die Satzung über den Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BauGB-MaßnG 1993) gilt bei § 12 BauGB für das Erfordernis der Bebauungsplanung nunmehr § 1 Abs. 3 BauGB (statt vieler *Krautzberger* in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Februar 1999, § 12 Rdnr. 22). Die Verfasser haben sich, wie das Literaturverzeichnis zeigt, vom Band IV eines Standardwerkes nach dem Stand Februar 1998 leiten lassen. Die aktuelle Darstellung ergibt sich aber aus dem Band I (Stand Februar 1999), mithin schon seit Jahresfrist vor Herausgabe des vorgelegten RWS-Musterbandes 25.

Auch die weitere Einführung in den vorhabenbezogenen Bebauungsplan als das „zentrale vertragliche Planungsinstrument“ geht nicht ohne Irritationen ab. § 12 Abs. 3 Satz 2 HS 1 BauGB bezieht sich nicht auf die Form (Rdnr. 9), sondern auf den Inhalt des Vorhaben- und Erschließungsplans bzw. des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes. Das Baurecht „schafft“ (Rdnr. 15), d.h. begründet ausschließlich der vorhabenbezogene Bebauungsplan als Satzung; der Durchführungsvertrag begründet die Leistungspflichten des Vorhabenträgers, stellt also die Verwirklichung des „geschaffenen“ Baurechts sicher.

Der Einführung in das Rechtsgebiet (Teil A) folgt in einem Teil B „Musterverträge“ die Textempfehlung für einen Durchführungsvertrag (Rdnr. 72) sowie einen Übertragungsvertrag (Rdnr. 73), der die Grundabtretung von Erschließungsflächen an die Gemeinde zum Inhalt hat. Die an den Benutzer gerichteten Hinweise zu diesen Vertragsmustern finden sich noch in Teil A, Abschn. VI (Rdnr. 65 ff.). Ein nachfolgender Teil C wiederholt die einzelnen vertraglichen Bestimmungen in bisheriger Reihenfolge übersichtlich in einer farblich gekennzeichneten Randleiste auf jeder Seite mit einer dazu ausführlichen, mittig gesetzten Kommentierung. Diese interpretiert und erläutert nicht nur die Regelung, sondern erleichtert u. a. mit Praxistipps dem Leser die Entscheidung über ihre Verwendung.

Der Vertragstext ist in sechs Abschnitte unterteilt:

Im 1. Abschnitt „Vertragsgegenstand“ ist das Grundeigentum des Vorhabenträgers benannt und nachgewiesen. Man wird davon überrascht und auch nicht über die Hinweise zum Vertragsmuster (Rdnr. 65 ff.) aufgeklärt, warum in § 1 des Mustervertrages auf das Vorhaben*grundstück* abgestellt wird, während der Gesetzgeber das konkrete *Vorhaben* und die darauf gerichteten planerischen und baulichen Maßnahmen zu seiner Verwirklichung und Erschließung als den Gegenstand des Vorhaben- und Erschließungsplans erklärt (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB; s. dazu auch das in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 12 Anhang, abgedruckte Vertragsmuster in

§ A 1, § V 1 und 2). Auch sollte nicht auf die Definition und die planerische Darstellung des *Vertragsgebietes* (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, a.a.O., § V 2 Abs. 2) verzichtet werden.

Der 2. Abschnitt enthält die Regelung über die Durchführung der Erschließung im einzelnen und ziemlich umfassend. Der Leser wird allerdings für die Vertragsgestaltung nur eines einfachen Sachverhaltes gerüstet. Die in § 15 lediglich angebaute Grundabtretung der künftigen Erschließungsflächen kann auch schon vor der Abnahme der Erschließungsanlagen (§ 13) schuldrechtlich abschließend vereinbart werden. Ein solches Vorgehen erspart vermeidbare Kosten.

Leider wird der Hinweis auf § 3 Nr. 1 GrEStG (Rdnr. 162) zum Problem, ob die Übertragung von Erschließungsflächen Grunderwerbsteuer auslöst, durch die Formulierung in § 4 Abs. 2 Satz 2 des Mustertextes (Rdnr. 73) konterkariert.

Da im Regelfall öffentliche Wasserversorgungs- und Entwässerungsleitungen teilweise nicht in öffentlichen Flächen, sondern innerhalb von Bauparzellen und unter Eigentumswegen liegen, besteht ein Bedürfnis auch nach einem Mustertext für die dingliche Sicherung dieser Leitungen durch Bestellung von beschränkt-persönlichen Dienstbarkeiten/Grunddienstbarkeiten im Grundbuch (§ 11 Abs. 5, Rdnr. 139 ff.). Die beschränkt-persönliche Dienstbarkeit ist bei besonderem Rechtsinhalt nunmehr auch ohne Zustimmung des Grundeigentümers übertragbar (§ 1092 Abs. 3 BGB). Dies kann beispielsweise bei einem Betreiberwechsel von Ver- oder Entsorgungsanlagen Bedeutung erlangen.

Zu § 20 Abs. 2 (Rdnr. 187 f.) ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund § 12 Abs. 3 Satz 2 BauGB eine Abrechnung über Beiträge gemäß §§ 127 ff. BauGB schon nicht zulässig ist. Die Kosten für diese Erschließung fallen dem Vorhabenträger durch die von ihm übernommene Baupflicht aufgrund des Durchführungsvertrages zur Last. Bei der Gemeinde entsteht insoweit kein ungedeckter Aufwand. Sollte es § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB gebieten, dass dem Vorhabenträger ein so genannter „Fremdanliegeranteil“ erstattet werden muss, so wäre dieser von der Gemeinde endgültig zu tragen, falls es ihr nicht gelingt, mit den Fremdanliegern eine Regelung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB (dazu *Döring*, NVwZ 1994, 853 ff.) herbeizuführen.

Die Gemeinde kann zulässig auch im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans Kommunalabgaben aufgrund der landesrechtlichen Bestimmungen erheben, nämlich für die Wasserversorgung und Entwässerung. Stellt der Vorhabenträger die Wasserleitungen und Kanäle her, fallen dennoch KAG-Beiträge für diese Einrichtungen an. Es entsteht dadurch eine Doppelbelastung des Vorhabenträgers, der auf seine Kosten bereits einen Teil der gemeindlichen Gesamtanlage errichtet hat, und nunmehr auch noch zur Zahlung von Anschlussbeiträgen zwecks Deckung des Investitionsaufwandes der gemeindlichen Gesamtanlagen herangezogen werden soll. Das Angemessenheitsgebot und das Verbot der Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Beitragspflichtigen kann hier dazu führen, dass die Gemeinde mit dem Vorhabenträger eine Vereinbarung über die Anrechnung der von ihm aufgewendeten Kosten auf die künftige Beitragsschuld nach BGS-WAS/EWS abschließen muss. In Betracht kommt auch, dass mit der vertragsgemäß auf Kosten des Vorhabenträgers erfolgten Herstellung der leitungsgebundenen Einrichtungen die entstandenen Anschlussbeiträge ganz oder teilweise abgelöst werden (*Ablösevereinbarung*). Es müssen dafür die entsprechenden landesgesetzlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen vorliegen. Textbeispiele für solche Regelungsinhalte

sollte der Leser diese Bandes nicht vermissen müssen. Gleiches gilt für einen Mustertext betreffend den ökologischen Ausgleich beim Eingriff in Natur und Landschaft; § 12 Abs. 3 Satz 2 BauGB verlangt auch hier nach einer vertraglichen Lösung.

In § 33 ist die Rechtswirksamkeit des Durchführungsvertrages vom „wirksamen“ Erlass, d.h. einer *mangelfreien* ortsüblichen Bekanntmachung (§ 10 Abs. 3 Satz 3 BauGB) des vorhabenbezogenen Bebauungsplans abhängig gemacht. Fehler in der Bekanntmachung bzw. Verkündung führen zu deren Unwirksamkeit, wenn auch dadurch der Rechtsschein eines gültigen Bebauungsplans erzeugt wird (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 10 Rdnr. 139). Die §§ 214, 215 BauGB finden hier keine Anwendung. Die ortsübliche Bekanntmachung muss fehlerfrei wiederholt werden. Mein Vorschlag: Das Wort „*wirksam*“ in § 33 Satz 1 streichen und die Wirk-

samkeit des Durchführungsvertrages an die aufschiebende Bedingung knüpfen, dass „*der Beschluss des vorhabenbezogenen Bebauungsplans ortsüblich bekannt gemacht wird*“ (§ 10 Abs. 3 S. 1, 3 BauGB)“.

Ob ein Bedürfnis des Vorhabenträgers auf ein vertragliches Kündigungsrecht (§ 35) wirklich besteht, erscheint in Kenntnis (Rdnr. 39) dessen, dass Geschäftsgrundlage des Durchführungsvertrages (nur) ein gültiger vorhabenbezogener Bebauungsplan sein kann (statt vieler *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 12 Rdnr. 99) und die zwingende Rechtsvorschrift des § 60 VwVfG existiert (Rdnr. 231), zumindest fraglich.

Dem Vertragsmuster ist eine Diskette beigelegt; optimale Benutzerfreundlichkeit wird damit gewährleistet.

*Dr. Helmut Roithmaier*, München,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

### **Schaumburg Harald/Schulte Christoph, Die KGaA: Recht und Steuern in der Praxis, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000, 130 Seiten, 79,- DM.**

Seit dem höchstrichterlich entschieden ist, dass eine nicht natürliche Person alleiniger Komplementär einer KGaA sein kann (BGHZ 134, 392 = MittBayNot 1997, 242), wird dieser Gesellschaftsform allgemein eine große Zukunft prophezeit. Während der Boom in der Praxis bisher weitgehend ausgeblieben ist, erfreut sich die KGaA in der Literatur zunehmender Beliebtheit. Nachdem mit dem Werk von *Michael Schlitt*, Die Satzung der KGaA (siehe hierzu MittBayNot 1999, 551), eine erste Monographie erschienen ist, stellt das zu besprechende Buch nunmehr die zweite ausführliche Arbeit zur KGaA nach der BGH-Entscheidung dar.

Das Buch stellt an sich den Anspruch, die außerordentlich vielschichtigen Probleme rund um die KGaA zu behandeln.

Nach einer kurzen Einführung wird zunächst die KGaA im System des Gesellschaftsrechts dargestellt, wobei jeweils zwischen der gesetzestypischen und der kapitalistischen KGaA unterschieden wird. Es folgen kurze arbeitsrechtliche Ausführungen sowie einige Worte zum Börsengang. In einem weiteren Hauptteil widmen sich die Verfasser der Besteuerung der KGaA und ihrer Gesellschafter, bevor auf die Gründung bzw. die Umwandlung in eine KGaA eingegangen wird. Ein (knappes) Stichwortverzeichnis schließt das Buch ab.

Dem eigentlichen Text vorangestellt ist ein umfangreiches – und dennoch nicht vollständiges – Literaturverzeichnis, wobei als sehr ärgerlich aufgefallen ist, dass das Werk von *Schlitt* nicht erwähnt wird. Hier hätten sich mehrere Möglichkeiten zu Querverweisen geboten.

Bei einer derart großen Themenfülle erwartet der Leser ein nur oberflächliches Eingehen auf die Problemkreise. Hier wird er jedoch insofern positiv überrascht als die Verfasser auf den wenigen Seiten eine ganz erhebliche Informationsmenge verarbeiten und mit sehr zielstrebigem Lösungsansätzen auf beinahe alle Probleme eingehen, die sich bei der KGaA, insbesondere deren Gründung, stellen. Zu den wichtigsten Problemfeldern finden sich vergleichsweise ausführliche Stellungnahmen, bei denen mit nachvollziehbarer Argumentation die gefundenen Ergebnisse begründet werden. Dabei

haben die Verfasser auch den Mut, eigene Wege zu verfolgen und eigenständige Lösungsansätze zu entwickeln.

So vertreten *Schaumburg/Schulte* bei der – für die Praxis wichtige – Frage nach der Möglichkeit der Einschränkung der Zustimmungsrechte der Aktionäre bei der kapitalistischen KGaA die Auffassung, dass ein zwingendes Zustimmungsrecht neben Grundlagenentscheidungen nur gegeben sei, wenn in den Kernbereich der Aktionärsrechte im Sinne der Holz Müller-Rechtsprechung eingegriffen werde, während ansonsten die für Kommanditisten geltende Bestimmung des § 164 HGB abbedungen werden könne. Eine Ausdehnung des Veto-Rechts des Komplementärs über § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG hinaus auf alle Beschlüsse der Hauptversammlung soll stets zulässig sein.

Herrschende Meinung ist zwar (derzeit) weder das eine noch das andere, doch überzeugt insbesondere im ersteren Falle die logische und konsequente Argumentation.

Relativ schwach fallen demgegenüber die Ausführungen zu der ebenfalls wichtigen Frage aus, ob der Hauptversammlung ein Abberufungsdurchgriff gegenüber dem Geschäftsführer des Komplementärs zusteht. Dies schon deshalb, weil nicht klar wird, ob die Verfasser einen solchen als rechtlich zwingend verstehen („erforderlich erscheint ...“) oder nur als statutarisch wünschenswert. Auch wird nicht dargelegt, wie sich der Abberufungsdurchgriff mit dem nur wenige Randnummern vorher zugelassenen allgemeinen Vetorecht des Komplementärs verträgt.

Für die Praxis (noch) bedeutsam ist weiter § 52 AktG. Bei der Berechnung der 10%-Schwelle soll neben dem Grundkapital auch die Einlage des Komplementärs zu berücksichtigen sein. Der Rezensent hält das – neben anderem – schon deshalb nicht für richtig, weil der Komplementär Einlagen leisten kann, die für einen Aktionär nicht einlagefähig wären und weil für die Komplementäreinlage keine Werthaltigkeitsprüfung stattfindet.

Sehr ausführlich dargestellt und sauber begründet ist das Problem einer möglichen Abhängigkeit der KGaA von ihrem Komplementär und der damit verbundenen Notwendigkeit der Erstattung eines Abhängigkeitsberichtes. Dem gegenüber fehlen Darlegungen zu denkbaren Abhängigkeiten von Ak-

tionären oder – praktisch wichtig – den Gesellschaftern des Komplementärs.

Der steuerliche Teil zeichnet sich – neben der auch hier umfassenden Themenbearbeitung – dadurch aus, dass auch die im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch keineswegs sichere Unternehmenssteuerreform zumindest ansatzweise eingearbeitet ist. Hier ist das Buch also keinesfalls bereits im Zeitpunkt des Erscheinens veraltet. Eine baldige Neuauflage erscheint gleichwohl denkbar. Bei dieser Gelegenheit könnten zugleich eine Reihe inhaltlicher Wiederholungen geglättet und die den Lesefluss erheblich behindernden Paragrafenwälder im ersten Teil des Buches ausgedünnt werden.

Positiv fällt weiter auf, dass insgesamt eine enge Verzahnung des gesellschaftsrechtlichen mit dem steuerlichen Teil erfolgt.

---

**Burhoff, Vereinsrecht: Ein Leitfaden für Vereine und ihre Mitglieder, 4. Auflage, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin, 2000, 415 Seiten, DM 58,- und**

**Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 16. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, 440 Seiten DM 51,-.**

Jedem Leser dürfte der *Sauter/Schweyer*, den seit der 15. Auflage der Kollege *Dr. Wolfram Waldner* bearbeitet, als Standardwerk des Vereinsrechts bekannt sein. Das Buch von *Burhoff* zielt, wie der Titel schon sagt, auf einen etwas anderen Leserkreis ab. Es wendet sich direkt an die Vereine und ihre Mitglieder, weniger an die mit dem Vereinsrecht befassten Juristen. Dennoch lohnt es sich, auch einen Blick in das Werk von *Burhoff* zu werfen, wie der nachfolgende Vergleich zeigt.

Beide Werke gliedern sich in drei Teile. Der erste Teil beinhaltet die umfassende Darstellung des Vereinsrechts, der zweite und dritte Teil enthalten Auszüge aus Gesetzestexten und Muster für Satzungen, Protokolle, Anträge etc. Ein ausführliches Inhaltsverzeichnis und Stichwortverzeichnis erleichtern das schnelle Auffinden spezieller Themen. Beide Verzeichnisse sind allerdings bei *Sauter/Schweyer/Waldner* ausführlicher und stärker untergliedert, so dass der Leser hier noch schneller ans Ziel gelangt. *Burhoff* verzichtet im Gegensatz zu *Sauter/Schweyer/Waldner* vollständig auf Fußnoten. Die trotz der Zielgruppe zahlreich im Text vorhandenen Zitate erschweren deshalb etwas die Lesbarkeit.

Der inhaltliche Aufbau beider Werke unterscheidet sich anfangs kaum. Beide erläutern zunächst den Begriff des Vereins und die Rechtsfähigkeit des eingetragenen Vereins, bevor sie mit der Entstehung des eingetragenen Vereins fortfahren. *Burhoff* versucht anhand praktischer Hinweise, die sich farblich vom normalen Text abheben, und mit Beispielen rechtliche Begriffe verständlicher zu machen. Er vergleicht in Rdnr. 9 beispielsweise die Organeigenschaft des Vorstandes und dessen Handeln für den Verein mit der Hand als Glied des menschlichen Körpers, mit dem der Mensch handelt. Doch wenn *Burhoff* in Rdnr. 261 von der Rechtsscheinhaftung des Vorstandes entsprechend § 54 Satz 2 BGB spricht, falls der Vorstand nicht den Zusatz „e. V.“ für seinen Verein verwendet, oder wenn er in Rdnr. 277 darauf hinweist, dass für den Ver-

Dabei werden gerade für den Rechtsberater die steuerlichen Konsequenzen möglicher Gestaltungsalternativen klar und verständlich herausgearbeitet.

Da nach der BGH-Entscheidung nunmehr zwei größere Werke zur KGaA vorliegen, mag der Leser nach einer Empfehlung fragen, welches die Anschaffung eher lohnt. Die Antwort ist nicht schwer: Der Unternehmensberater, der früh mit Vorhaben konfrontiert wird, ständig in die Entscheidungsprozesse eingebunden ist, Grundlagenentscheidungen zu treffen hat und Detailfragen delegieren kann, wird den *Schaumburg/Schulte* im Regal haben. Für den Rechtsberater, der getroffene Entscheidungen umzusetzen und praxisgerechte Lösungen zu finden hat, ist der *Schlitt* besser.

Notarassessor *Michael Habel*, München

einsvorstand die arbeitsrechtlichen Grundsätze über eine Haftungsbeschränkung bei „gefährdeter Arbeit“ nicht anwendbar sind, dann setzt er doch einige juristische Kenntnisse voraus, die sicher nicht bei jedem Vereinsvorstand oder Vereinsmitglied vorhanden sind.

Beide Bücher berücksichtigen die Aufhebung der §§ 61 bis 63 BGB zum 1.6.1998, in denen das Recht der Verwaltungsbehörde zum Einspruch gegen die Eintragung eines Vereins geregelt war. Allerdings hat *Burhoff* seine nachfolgende Rdnr. 29 nicht angepasst, denn dort spricht er noch immer davon, dass die Verwaltungsbehörde der Eintragung zustimmen muss.

*Burhoff* untergliedert die ausführliche Darstellung der Vereinssatzung in die Bereiche „Was muss die Vereinssatzung regeln?“, „Was sollte die Vereinssatzung noch regeln?“ und „Was wird häufig in Vereinssatzungen noch zusätzlich geregelt?“. Durch kurze Checklisten soll dem Leser die Überprüfung erleichtert werden, ob die eigene Satzung die nach §§ 57, 58 BGB zur Eintragung ins Vereinsregister notwendigen Regelungen enthält. Für zusätzlich sinnvoll hält *Burhoff* beispielsweise eine Bestimmung über den Ausschluss eines Mitglieds und eine von § 33 BGB abweichende Regelung über Satzungsänderungen. Auch *Sauter/Schweyer/Waldner* zählt in Rdnr. 130 einige Möglichkeiten der individuellen Satzungsgestaltung auf, die in der Vereinspraxis gebräuchlich sind. Z. B. kann die Bestellung des Vorstandes einem anderen Organ als der Mitgliederversammlung überlassen werden oder die Formalitäten bei der Einberufung der Mitgliederversammlung können erleichtert werden.

Sowohl *Burhoff* als auch *Sauter/Schweyer/Waldner* weisen deutlich darauf hin, dass eine von § 33 BGB abweichende Regelung über die für eine Satzungsänderung erforderliche Mehrheit nicht entsprechend dem Wortlaut des § 33 BGB eine bestimmte Mehrheit „der erschienenen Mitglieder“ benennen soll. Denn durch diese Formulierung kann zweifelhaft sein, ob damit entsprechend der Rechtsprechung des BGH (NJW 1982, 1585 = DNotZ 1982, 631) nur klargestellt werden soll, dass Beschlüsse nicht von der Mehrheit der überhaupt dem Verein angehörenden Mitglieder gefasst zu werden brauchen. In diesem Fall werden bei der Abstimmung Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen nicht berücksichtigt, so dass die erforderliche Mehrheit nur anhand der abgegebenen gültigen Ja- und Nein-Stimmen errechnet wird. Es könnte aber auch damit gemeint sein, dass sich die Mitglieder tatsächlich posi-

tiv entscheiden müssen und Stimmenthaltungen wie Nein-Stimmen zu bewerten sind. Deshalb sollte eine Satzungsregelung ausdrücklich bestimmen, dass die ...-Mehrheit der „**abgegebenen gültigen** Stimmen“ erforderlich ist.

Obwohl vor allem *Burhoff* ausführlich auf die Besonderheiten minderjähriger Mitglieder eingeht, fehlt der Hinweis auf den Beschluss des OLG Hamm vom 13.9.1999 (DStR 2000, 342), der eine Satzungsklausel grundsätzlich für zulässig erklärt, die eine Aufnahme beschränkt Geschäftsfähiger davon abhängig macht, dass der gesetzliche Vertreter für die Mitgliedsbeiträge dieses Minderjährigen haftet.

Während sich *Burhoff* mit dem Vereinsregister, dessen Vertrauensschutz und dem Registerverfahren nur kurz beschäftigt, erläutert *Sauter/Schweyer/Waldner* in 23 Seiten sehr ausführlich diesen für Juristen relevanten Komplex. Das Steuerrecht wird dagegen von *Burhoff* umfassender behandelt. Dabei spricht er neben einzelnen Steuerarten, die in einem Verein anfallen können, eingehend die Voraussetzungen und die Bedeutung der Gemeinnützigkeit an. Auch Beispiele für steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe eines Vereins und die Sonderregelungen für sportliche Veranstaltungen fehlen nicht. Nur bei *Burhoff* finden sich Ausführungen zum Betreuungsverein i. S. d. 1908 f BGB und ein Überblick über Vereinssponsoring. Für ein Praxishandbuch fällt die Information über Notar- und Gerichtskosten bei *Burhoff* extrem kurz aus, er verweist hauptsächlich auf die detaillierten Hinweise bei *Sauter/Schweyer/Waldner*. Dieser enthält neben Beispielen auch einen Auszug aus der Gebührentabelle, allerdings zitiert er hier leider die falsche Seite (S. 404 statt S. 390).

Sowohl *Burhoff* als auch *Sauter/Schweyer/Waldner* bieten dem Leser jeweils drei unterschiedliche Muster für Vereins-

satzungen, jedoch ist *Burhoffs* drittes Muster vollständig von *Sauter/Schweyer/Waldner* übernommen. Auch wenn das erste Muster ausdrücklich eine einfache Vereinsatzung beinhaltet, fällt bei *Burhoff* auf, dass er im Gegensatz zu seinen eindringlichen Hinweisen, die Bestimmungen für die Abstimmungs-mehrheiten eindeutig zu fassen, selbst im ersten Muster die Formulierung „...-Mehrheit der **anwesenden** Mitglieder“ verwendet. Entsprechend der oben dargestellten Auslegungsprobleme beim Begriff „erschienene Mitglieder“ sollte er hier klarstellen, ob ungültige Stimmen oder Enthaltungen zu berücksichtigen sind. Auch bei der Klausel über den Ausschluss eines Mitglieds fehlt nach meiner Auffassung die Bezeichnung eines Ausschließungsgrundes – zumindest die allgemeine Bestimmung „aus wichtigem Grund“ ist erforderlich, um eine Willkürentscheidung der Mitgliederversammlung zu verhindern.

Neben den Satzungsmustern enthalten beide Werke Muster für ein Gründungsprotokoll, für verschiedene Einladungen und Anträge an das Registergericht. Auch hier bietet *Sauter/Schweyer/Waldner* für den Juristen eine größere Auswahl an Mustern und zudem eine ausführliche Schiedsgerichtsordnung.

Im Ergebnis wird das Buch von *Burhoff* sicher nicht den *Sauter/Schweyer/Waldner* als Standardwerk für das Vereinsrecht ersetzen, doch ist dies auch nicht das Ziel des Autors. Als Empfehlung für interessierte Mandanten ist es trotz kleinerer Mängel sicher geeignet. Für die eigene Bibliothek ist allerdings die Anschaffung des *Sauter/Schweyer/Waldner* sinnvoller.

Notarassessorin *Dr. Annette Schneider*, Fürstenfeldbruck

---

## **Staudinger, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger: Beiträge zum Symposium vom 18. – 20. Juni 1998 in München, 1999, Verlag Sellier-de Gruyter, Berlin, 256 Seiten, DM 186,-.**

Anlässlich des 100. Geburtstages von *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, seinerseits naturgemäß abhängig vom 100. Geburtstag des BGB, veranstaltete der Verlag Sellier-de Gruyter mit den Redaktoren und Kommentatoren ein dreitägiges Symposium unter dem Titel „100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger“. Der Tagungsband ist mittlerweile im Rahmen der 13. Bearbeitung des *Staudinger*, eines in seinen Ursprüngen „speziell bayerischen Kommentars“, der „auf die bayerischen Verhältnisse besondere Rücksicht“ nahm, erschienen. Die Herkunft verpflichtet zu einer Besprechung in dieser Zeitschrift!

1. In seinem Festvortrag stellte *Fritz Sturm* unter dem Titel „Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland“ die Entstehung des BGB dar. Dass die vor dem 1.1.1900 bestehende Rechtsordnung in Deutschland infolge ihres Partikularismus nicht einfach war, war dem Verfasser dieser Besprechung, über dessen Schreibtisch die an das DNofI gerichteten Anfragen zum altrechtlichen Immobilienrecht zu wandern pflegen, durchaus bewusst. Die Schilderung der Ausgangslage lässt aber den seinerzeitigen Rechtszustand nicht nur als schwierig, sondern als katastrophal bis chaotisch erscheinen. Damit wird

auch deutlich, warum alle beteiligten Interessengruppen letztlich das Bestreben nach Rechtseinheit über ihre Kritik am BGB stellten (dazu auch *Schulte-Nölke*, „Die späte Aussöhnung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch“, in: *Willingmann* u. a., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996).

2. Daneben fanden sechs Sitzungen statt, je eine zu den fünf Büchern des BGB sowie eine sechste zum EGBGB. Ihnen gingen Kurzreferate voraus, in denen die Auswirkung des BGB auf ausländische Rechtsordnungen dargestellt wurde, so auf Österreich, Italien, sogar die USA, die Benelux-Staaten, Polen und Japan. Eingerahmt wurde die Tagung neben den Eröffnungsreden von „Plaudereien aus dem Nähkästchen des Verlegers“ (*Arthur L. Sellier*), einem Vortrag über „Die Phantasie des Juristen“ (*Dieter Medicus*), einer „Blütenlese aus Staudinger-Rezensionen“ (*Michael Martinek* – diesem Vortrag sind die Eingangszitate entnommen) und Überlegungen zum *Staudinger* „als bibliothekarischer Herausforderung“ (*Dietrich Pannier*).

3. In der Arbeitssitzung zum BGB-AT berichtete *Olaf Werner* über die Einschränkung des Justizgewähranspruchs bei der Beitreibung von Bagatellforderungen: Nachdem durch interne Dienstanweisungen vereinzelt den Gerichtsvollziehern aufgegeben wurde, Bagatellforderungen infolge der bestehenden allgemeinen Arbeitsüberlastung vorläufig zurückzustellen, stellt sich hier die Frage, inwieweit der Gläubiger bei faktischem Wegfall des Justizgewähranspruchs zur Beitreibung der Forderung im Wege der Selbsthilfe berechtigt ist.

*Karsten Schmidt* hob in seinem Vortrag über das Geldrecht die weitsichtige Entscheidung des BGB-Gesetzgebers hervor, das Währungsrecht aus dem BGB auszuklammern und lediglich einige wenige Vorschriften zu Geldschulden aufzunehmen. Anderenfalls hätte die Konstanz des BGB auch in Zeiten mehrfachen währungsrechtlichen Umbruchs (aktuell durch die Einführung des Euro) nicht gewahrt werden können. Daneben ermöglicht die Zurückhaltung des Gesetzgebers der Rechtswissenschaft eine Fortentwicklung des Begriffs der Geldschuld und eine Anpassung desselben an die Erfordernisse unbaren Zahlungsverkehrs.

Zum Sachenrecht erläuterte *Wolfgang Wiegand* den Ansatz des Gesetzgebers des BGB, dieses Rechtsgebiet nicht als Anhängsel zum Vertragsrecht zu regeln, sondern als eigenständiges, vom Schuldrecht nahezu vollständig losgelöstes Rechtsgebiet.

*Dagmar Coester-Waltjen* widmete sich einem Vergleich der Rechtsstellung des Kindes, gerade auch des nichtehelichen Kindes in den Jahren 1900 und 2000. Die Entwicklung sei geprägt von einer immer stärkeren Tendenz weg von rein vermögensrechtlichen Aspekten und hin zu einer Orientierung am Persönlichkeitsrecht.

*Reinhard Bork* äußerte sich zur seit 100 Jahren umstrittenen Frage der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, bettete dies aber ein in die allgemeine Frage nach der Rechtsnatur der Gesamthand. Dabei hat sein Vortrag angesichts der Kehrtwende des BGH zur Frage der Haftung in der GbR (MittBayNot 1999, 577) ungeahnte Aktualität: *Bork* lehnt nach der Handelsrechtsreform und dem ausgedehnten Anwendungsbereich für Personenhandelsgesellschaften ein Bedürfnis nach Zuerkennung einer Teilrechtsfähigkeit an die BGB-Gesellschaft und damit indirekt auch an die Erbengemeinschaft ab. Demgegenüber geht die Mehrzahl der Stellungnahmen zu diesem Urteil des BGH wohl davon aus, dass nun der Akzessorietätstheorie zum Durchbruch verholfen und damit – indirekt – auch die Teilrechtsfähigkeit der GbR anerkannt worden sei. Interessanterweise beruft auch der BGH sich zur Begründung seiner Auffassung auf das Handelsrechtsformgesetz: Wer in einer vermögensverwaltenden Gesellschaft nur eine beschränkte Haftung wolle, möge eine Vermögensverwaltungs-KG gründen.

Schließlich ging *Gerhard Otte* auf die Ablösung des BGB durch das ZGB in der DDR ein. Zwar habe man das ZGB bewusst im Gegensatz zum BGB erlassen, weil man die im BGB vorausgesetzte marktwirtschaftliche Ordnung nicht gewünscht habe. Tatsächlich hätten aber auch dem ZGB – nur eben nicht ausgesprochen – vielfach die Ideen des BGB zugrunde gelegen.

4. Der Tagungsband bietet demjenigen Juristen keine Hilfestellung, der sich bei seiner täglichen Arbeit mit einem Rechtsproblem konfrontiert sieht und dieses durch einen Blick in den Kommentar gelöst haben möchte. Mit diesem Anspruch wurde aber gewiss nicht die Tagung veranstaltet und der Tagungsband nicht veröffentlicht. Der Band bietet jedoch in einer ruhigen Minute Anlass zur Reflexion auf 100 Jahre Rechtsentwicklung – natürlich auch auf 100 Jahre Begleitung dieser Entwicklung durch einen, um nicht zu sagen: den Großkommentar. Von besonderem Interesse scheint mir dabei der Blick auf die treibende Kräfte dieser Rechtsentwicklung, nämlich auf die Gesetzgebung einerseits, auf Wissenschaft und Rechtsprechung andererseits.

Die Gesetzgebung nimmt ihren bisher augenscheinlichsten Einfluss auf die Entwicklung im Bereich des mehrfach reformierten Familienrechts. Dabei ist allerdings fraglich, ob sie insoweit nicht lediglich eine sich gesellschaftlich ohnehin vollziehende Entwicklung nur nachvollzogen hat. Besonders interessant fand ich den auch ökonomisch begründeten Ansatz von *Coester-Waltjen* zur Zuerkennung vermögensrechtlicher Ansprüche an nichteheliche Kinder: „Man hat erkannt, dass es für eine Gesellschaft in sozialer und finanzieller Hinsicht zu teuer ist, sich den ‚Luxus‘ zweitklassiger Kinder zu erlauben.“

In allen anderen Rechtsgebieten belegt der Tagungsband die rechtsfortbildende Kraft von Wissenschaft und Gesetzgebung, eine Kraft, die gerade angesichts und gegen eine(r) verstärkte(n) Aktivität mit zudem zweifelhaften Ergebnissen sowohl des deutschen Gesetzgebers wie auch des EU-Normgebers hervorzuheben ist. Verlangt wird damit auch die fortwährende Überprüfung der erzielten Ergebnisse und die argumentative Verteidigung der Errungenschaften. Dies verdeutlicht sich im Vortrag von *Karsten Schmidt* zur Fortentwicklung Geldrecht. Neben der Anpassung an den unbaren Zahlungsverkehr hielt die Wissenschaft durchaus Wege bereit, die Unzuträglichkeiten zu beseitigen, die sich aus der Einordnung der Geldschuld als qualifizierter Schickschuld ergeben (§ 270 Abs. 1, 4 BGB). Diese Einordnung war bei Erlass des BGB auch keineswegs herrschend. Noch die ersten Auflagen des Staudinger gingen selbstverständlich von der Geldschuld als Bringschuld aus. Hätte sich dieser Gedanke gehalten, wäre uns das Überweisungs-gesetz möglicherweise erspart geblieben (*Jakobs*, JZ 2000, 641).

Gegen die Kritik von *Wiegand* an der nicht nur „programmatisch(en), sondern geradezu [...] fundamentalistisch(en) Position“ des Gesetzgebers bei der Einordnung des Sachenrechts als selbständigem Rechtsgebiet möchte ich auch mit dem Diskussionsbeitrag von *Wolfsteiner* die Entscheidung des Gesetzgebers für die Abstraktion als Errungenschaft beurteilen.

Angesichts von Wissenschaft und Rechtsprechung als treibender Kraft bedauere ich es, dass *Medicus* in seinem Vortrag nur am Rande auf die Phantasie des Rechtswissenschaftlers eingegangen ist, der in einer sich wandelnden Welt innovative Lösungsansätze sucht.

5. Zur Abrundung des Bandes trägt auch bei, dass die Diskussionsbeiträge möglichst im Wortlaut wiedergegeben sind. Juristische Fachdiskussionen können in der Sache wie im Stil spritzig und spannend sein. Dies sollte trotz des höheren Aufwands Vorbild für diejenigen Tagungsberichte sein, in denen bisher die Diskussion nur in Form einer kurzen Inhaltsangabe wiedergegeben wird.

6. Weiter soll an dieser Stelle auf die mittlerweile doppelt herausgegebene BGB-Synopse hingewiesen werden, in erster Bearbeitung 1998 herausgegeben von *Strätz*, in Neubearbeitung 2000 herausgegeben in Zusammenarbeit von *Repgen*, *Schulte-Nölke* und *Strätz*. Die Tatsache, dass unabhängig voneinander mehrfach dieselbe Idee geboren wird, eine Synopse zusammenzustellen (vgl. das Vorwort des Redaktors in der Neubearbeitung 2000), spricht für die jüngsten Ausspruch von *Flume* (ZIP 2000, 1427, 1429): „... und das BGB ist ein Kulturdenkmal“.

Notarassessor *Michael Volmer*, Würzburg

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 570 b (*Formfreiheit der Ausübung des Mieter-vorkaufsrechtes*)

#### **Die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Mieters nach § 570 b BGB bedarf nicht der notariellen Beurkundung.**

BGH, Urteil vom 7.6.2000 – VIII ZR 268/99 –

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger schloss am 5.7.1996 mit dem Land N.-W. (im Folgenden: Verkäufer) einen notariellen Kaufvertrag über den Erwerb von 1/4 Miteigentumsanteil an dem im Wohnungsgrundbuch von W. Blatt 8140 bezeichneten Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im 1. Obergeschoss mit Keller- und Abstellraum zu einem Kaufpreis von 97.820 DM. Da die Wohnung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vermietet war, behielt sich der Verkäufer das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag für den Fall vor, dass der Mieter von seinem gesetzlichen Vorkaufsrecht gemäß § 570b BGB Gebrauch machen sollte.

Für die Eigentumswohnung hatte sich auch die Beklagte, eine auf dem Gebiet der Wohnungswirtschaft tätige gemeinnützige Gesellschaft, interessiert. Ihr Angebot war jedoch hinter dem des Klägers zurückgeblieben.

Nachdem der Wohnungsmieter mit notariellem Schreiben vom 8.7.1996 auf sein gesetzliches Vorkaufsrecht hingewiesen worden war, setzte sich die Beklagte mit dem Mieter in Verbindung und kam mit diesem überein, dass er sein Vorkaufsrecht zunächst ausüben und die aus dem Vorkaufsrecht erworbenen Ansprüche sodann an die Beklagte abtreten sollte. Im Gegenzug versprach die Beklagte dem Mieter günstigere Kündigungsfristen.

Mit schriftlicher Erklärung vom 28.8.1996 machte der Mieter von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch und trat noch am selben Tag die hierdurch erworbenen Ansprüche an die Beklagte ab. Da der Verkäufer, dem die Erklärung des Mieters über die Ausübung des Vorkaufsrechts am 3.9.1996 zugegangen war, Zweifel an der Wirksamkeit der Abtretung geäußert hatte, wiederholten die Beklagte und der Mieter am 8.10.1996 die Abtretungserklärungen in notarieller Form.

In der Folgezeit erwirkte die Beklagte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu ihren Gunsten. Daraufhin trat der Verkäufer vom Kaufvertrag mit dem Kläger zurück. Die Beklagte ist zwischenzeitlich als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Verkäufer trat dem Kläger etwaige gegen die Beklagte bestehende Rückübertragungsansprüche ab.

Der Kläger sieht in dem Verhalten der Beklagten eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung sowie in der Abtretung der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts erworbenen Ansprüche seitens des Mieters einen Verstoß gegen den Schutzzweck des § 570b BGB. Deshalb begehrt er von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes die Übertragung des Miteigentumsanteils, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises.

Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Die vom Kläger eingelegte Revision blieb ohne Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

(...)

II. 1. Soweit das Berufungsgericht die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Schadensersatzanspruches des Klägers wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB mit dem Hinweis darauf verneint hat, dass die dem Vorgehen der Beklagten und des Mieters jedenfalls auch zu-

grunde liegende Absicht des Mieters, sich vor einer auf Eigenbedarf gestützten Kündigung des Mietverhältnisses zu schützen, mit dem Schutzzweck des § 570b BGB in Einklang stehe, ist dies nicht zu beanstanden. Auch die Revision bringt hiergegen nichts vor.

2. Einen bereicherungsrechtlichen Rückübertragungsanspruch des Klägers aus abgetretenem Recht des Verkäufers hat das Berufungsgericht gleichfalls zu Recht verneint. Die Vereinbarung des Rücktrittsrechts zugunsten des Verkäufers war dem vorkaufsberechtigten Mieter gegenüber unwirksam (§ 506 BGB), so dass der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb der Beklagten nicht nachträglich weggefallen ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. BGB). Die Rüge der Revision, die Vorinstanzen hätten verkannt, dass der Mieter von seinem Vorkaufsrecht nicht wirksam Gebrauch gemacht habe, weshalb kein wirksamer Kaufvertrag zwischen ihm und dem Verkäufer zustande gekommen und der Eigentumserwerb der Beklagten demnach ohne Rechtsgrund erfolgt sei (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB), greift ebenfalls nicht durch. Die Erklärung des Mieters, mit der dieser sein gesetzliches Vorkaufsrecht nach § 570b BGB ausgeübt hat, wurde zwar lediglich privatschriftlich abgegeben. Sie ist jedoch formlos wirksam. Die Erklärung bedurfte nämlich – entgegen der Ansicht der Revision – nicht der nach § 313 Satz 1 BGB für den Grundstückskaufvertrag erforderlichen notariellen Beurkundung.

a) Dies ergibt sich aus § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form unterliegt. Die Vorschrift gilt zwar unmittelbar nur für das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 504 ff. BGB, ist aber auf das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters nach § 570b BGB entsprechend anwendbar (so überwiegende Meinung s. OLG Düsseldorf WuM 1998, 668 = MDR 1998, 1404; AG Charlottenburg NZM 1999, 22; *Franke in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender*, Wohnungsbaurecht, Band 6, Stand: 11/1993, § 570 BGB Anm. 7 mit Verweis auf Band 3.1, Bearb. *Bellinger*, Stand: 11/1993, § 2b WoBindG Anm. 4 Nr. 3; *Jauernig/Teichmann*, BGB, 9. Auflage, § 570b Rdnr. 1; *MünchKomm/Voelskow*, BGB, 3. Auflage, § 570b Rdnr. 5; *Blank in Schmidt/Futterer*, Mietrecht, 7. Auflage, § 570b BGB Rdnr. 42; *Soergel/Heintzmann*, BGB, 12. Auflage, § 570b Rdnr. 15; *Staudinger/Sonnenschein*, BGB, 13. Bearb., § 570b Rdnr. 46; *Sarnighausen*, NJW 1998, 37; *Wirth*, DNotZ 1999, 495, 497).

b) Dass die §§ 504 ff. BGB auf das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters ebenfalls Anwendung finden, ist bereits den Gesetzesmaterialien zu § 570b BGB (BT-Drs. 12/5110 S. 19) zu entnehmen und wird auch von der Gegenauffassung, auf die sich die Revision für ihre abweichende Beurteilung beruft, nicht ernstlich in Frage gestellt. Die Gegenansicht hält jedoch die historischen Beweggründe, die für die in § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Regelung ausschlaggebend waren, für nicht mehr zutreffend. Sie meint daher, die Vorschrift sei entgegen ihrem Wortlaut einzuschränken, so dass die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Mieters ebenso wie der zugrunde liegende Grundstückskaufvertrag nach § 313 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedürfe, um wirksam zu sein (*Hammen*, DNotZ 1997, 543 f.; *Heintz*, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, 126 f.; *W. Lüke*, ZfIR 1997, 245 f.; *Schmidt*, DWW 1994, 65 f.; *Beuermann*, Das Grundeigentum

1993, 951 f.; *Palandt/Putzo*, BGB, 59. Auflage, § 570b Rdnr. 6; *Reinstorf in Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdnr. 896c; nach *Staudinger/Wufka* a.a.O. § 313 Rdnr. 77 f. und *Staudinger/Mader* a.a.O. § 505 Rdnr. 4 soll dies schlechthin für alle – rechtsgeschäftliche wie auch gesetzliche – Vorkaufsrechte gelten. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

aa) Der Gegenansicht ist allerdings zuzugeben, dass das Motiv des historischen Gesetzgebers für die in § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Regelung insofern teilweise überholt ist, als sich der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB geändert hat. Bei In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuches war nach dieser Vorschrift lediglich die Übertragungsverpflichtung des Veräußerers beurkundungsbedürftig. Dieser sollte vor einer übereilten Entscheidung über die Weggabe von Grundeigentum als „natürlicher Grundlage für die Sesshaftigkeit der Bevölkerung“ bewahrt werden (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1899, S. 104); der Erwerber eines Grundstückes erschien hingegen nicht schutzbedürftig. Für die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches bestand daher insoweit keine Notwendigkeit, die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten, mit der dieser ein Grundstück erwerben wollte, dem Formerfordernis des § 313 Satz 1 BGB zu unterstellen (vgl. *Wufka*, DNotZ 1990, 339, 351/352 und *Hammen* a.a.O. S. 547). Seit der Änderung dieser Vorschrift mit Wirkung zum 1.7.1973 (BGBl. I 1973, S. 501) bedarf indes auch die Erwerbsverpflichtung des Grundstückskäufers der notariellen Beurkundung. Nachdem der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB erweitert worden ist, trifft daher dieser Beweggrund des historischen Gesetzgebers nicht mehr uneingeschränkt zu.

bb) Richtig ist auch, dass die Bestimmung des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB ursprünglich auf vertragliche Vorkaufsrechte zugeschnitten war, während wegen der gesetzlichen Vorkaufsrechte, die der Gesetzentwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch während der maßgeblichen Beratungen noch „nicht kannte“, zunächst auf die Landesrechte verwiesen wurde (eingehend dazu: *Hammen* a.a.O. S. 545 f.). In den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde es auch deshalb für entbehrlich gehalten, den Beurkundungszwang auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes zu erstrecken, weil der Hauptzweck dieses Formerfordernisses, unerfahrene Personen bei der Veräußerung von Liegenschaften zu schützen, schon dadurch erfüllt sei, dass der Vertrag, mit dem das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht begründet werde, der notariellen Beurkundung bedürfe (vgl. die Nachweise bei *Hammen* a.a.O. S. 546; *Heintz* a.a.O. Rdnr. 411; vgl. auch Senatsurteil vom 2.12.1970 – VIII ZR 77/69, NJW 1971, 422 unter 3 b). Diese Erwägung, die gleichermaßen für die Formfreiheit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes nach § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt (BGH, Urteil vom 14.1.2000 – V ZR 386/98, WM 2000, 584 unter II 1 b), trifft auf das gesetzliche Vorkaufsrecht indessen nicht zu, weil zu dessen Bestellung gerade kein dem Beurkundungszwang unterliegendes Rechtsgeschäft erforderlich ist.

cc) Gleichwohl gebietet es der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB nicht, die Ausübung des (gesetzlichen) Vorkaufsrechtes entgegen dem Wortlaut des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung zu unterstellen.

Der Gesetzgeber hat weder bei der entsprechenden Novellierung des § 313 Satz 1 BGB noch bei der Einfügung des § 570b BGB durch das Vierte Mietrechtsänderungsgesetz vom 21.7.1993 (BGBl. I S. 1257) – gleiches gilt für die 1980 geschaffene Regelung des § 2b Wohnungsbindungsgesetz, der

§ 570b BGB nachgebildet ist – Veranlassung gesehen, die insoweit eindeutige Vorschrift des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB für unanwendbar zu erklären oder dem erweiterten Schutzzweck von § 313 Satz 1 BGB in anderer Weise anzupassen. Er hat vielmehr – wie dargetan (vgl. oben zu II 2b) – ausdrücklich auf die Anwendbarkeit der §§ 504 ff. BGB bei dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Mieters hingewiesen, ohne dass Anlass für ihn bestanden hat, von einem eingeschränkten Verständnis des § 505 Abs. 1 BGB auszugehen. Der Entscheidung über die Formbedürftigkeit bestimmter Erklärungen kommt jedoch nicht unerhebliche rechtspolitische Bedeutung zu; sie ist daher grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. BGHZ 125, 218, 223). Aus diesem Grunde wäre eine gesetzliche Regelung, die ein vom bisherigen Gesetzeswortlaut des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB abweichendes Formerfordernis für die Ausübung des gesetzlichen Mietervorkaufsrechtes aufgestellt hätte, erforderlich, zumindest aber zu erwarten gewesen (vgl. auch OLG Düsseldorf a.a.O.; OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 16, 17).

Hinzu kommt, dass der materiell-rechtliche Schutz des § 313 Satz 1 BGB vom Gesetzgeber auch an anderen Stellen nur unvollständig ausgestaltet worden ist (vgl. im Einzelnen: BGHZ 125, 218, 223/224). So bedarf insbesondere die Erklärung, mit der ein dem Beurkundungszwang unterliegender Vertrag, den ein vollmachtloser Vertreter unter Einhaltung der gesetzlichen Form abgeschlossen hat, genehmigt wird, nicht der für das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bestimmten Form (§ 182 Abs. 2 BGB). Hier erreicht die Warn- und Schutzfunktion des § 313 Satz 1 BGB lediglich den am Vertragsschluss beteiligten vollmachtlosen Vertreter, während der Schutz des Vertretenen bewusst nicht so ausgestaltet ist, als habe er selbst an der Beurkundung teilgenommen (BGHZ a.a.O. S. 225). Ähnlich ist die Lage des vorkaufsberechtigten Mieters. Durch Ausübung seines Vorkaufsrechtes kommt zwischen ihm und dem Verkäufer ein Kaufvertrag zu den Bedingungen zustande, die dieser mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505 Abs. 2 BGB). Der Mieter „zieht“ damit – ähnlich wie ein Genehmigender – einen bereits beurkundeten Vertrag „an sich“, dessen Inhalt er kennt oder jedenfalls kennen kann. Es gibt keinen Grund, den Mieter in diesem Fall anders zu behandeln als denjenigen, der einen abgeschlossenen Vertrag genehmigt. Auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches haben die Formfreiheit der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes in eine Reihe mit derjenigen über die Genehmigung vollmachtlosen Vertreterhandelns gestellt und hierfür als Grundsatz herangezogen, „bei derartigen nachträglich abgegebenen Erklärungen zustimmenden Inhalts, durch welche die Wirksamkeit einer ohne den Zustimmenden erfolgten Umgestaltung von Rechtsverhältnissen herbeigeführt werden solle, die Beobachtung einer Form nicht zu verlangen, selbst wenn dieser Rechtsakt an eine Form gebunden gewesen“ ist (*Mugdan* a.a.O. S. 793; vgl. auch *Hammen* a.a.O. S. 547).

Die Einbeziehung der Erklärung über die Ausübung des Mietervorkaufsrechtes in das Formerfordernis des § 313 Satz 1 BGB ist schließlich auch deshalb nicht geboten, weil der nach § 570b BGB berechnete Mieter bei der Ausübung seines Vorkaufsrechtes nicht in gleichem Maße schutzbedürftig ist wie ein rechtsgeschäftlicher Erwerber von Grund- und Wohnungseigentum (OLG Düsseldorf a.a.O.). Der Mieter kennt nämlich in aller Regel aufgrund der mietvertraglichen Nutzung der Wohnung die Vor- und Nachteile des Kaufgegenstandes und wird daher auch die Angemessenheit des vereinbarten Kaufpreises beurteilen können. Zudem ist er durch die ihm in entsprechender Anwendung des § 510 Abs. 2 BGB zu-

stehende Ausübungsfrist von zwei Monaten vor einer übereilten Entscheidung geschützt. Er erhält dadurch die Gelegenheit, die Vertragsbedingungen im Einzelnen – gegebenenfalls unter Zuhilfenahme von Rechtsrat – zu prüfen und die Finanzierung des Erwerbs sicherzustellen.

## 2. AGBG § 3 (Vereinbarung von Nutzungszinsen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

**Die Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach der Erwerber eines Grundstücks nach Besitzübergang bis zur Fälligkeit des Kaufpreises Nutzungszinsen zahlen muss, ist nicht ungewöhnlich im Sinne des § 3 AGBG.**

BGH, Urteil vom 26.5.2000 – V ZR 49/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 28.8.1992 erwarb die Klägerin von der T. ein 55.153 qm großes Grundstück, welches Teil eines noch zu erschließenden Gewerbegebiets werden sollte. Als vorläufigen Kaufpreis vereinbarten die Vertragsparteien einen Betrag von 827.295 DM, der nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Vorliegen der zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Genehmigungen fällig war. In § 4 Abs. 3 heißt es: „Der vorläufige Kaufpreis ist ab Besitzübergang bis zur Kaufpreisfälligkeit mit 8 % p.a. zu verzinsen.“ § 4 Abs. 6 Satz 3 und 4 lauten: „Der Kaufpreis wird dem Käufer bis 31. August 1994 gestundet. Sollte jedoch vor Ablauf der Stundungsfrist eine weitere Veräußerung an einen Bauträger oder Investor erfolgen, so tritt die Fälligkeit vier Wochen nach dem Zeitpunkt ein, nachdem die Kaufpreiszahlung aus der Weiterveräußerung an den Käufer (Kommune) fällig ist.“ Wegen des Kaufpreisanspruchs und der Zinsen unterwarf sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Besitzübergang war der 21.3.1993. Die nach § 4 Abs. 5 des Vertrags vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen traten am 30.8.1994 ein. Für den dazwischen liegenden Zeitraum hat die Beklagte von der Klägerin Zinsen in Höhe 95.598,53 DM verlangt. Die Klägerin hat daraufhin den Kaufvertrag insoweit angefochten, als sie sich über die Rechtsfolgen der Regelung des § 4 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 6 Satz 3 im Irrtum befunden habe.

Die T. hat ihre Ansprüche aus dem Kaufvertrag an die Beklagte abgetreten. Die Beklagte ließ sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen und beantragte mit Schreiben vom 25.6.1997 bei dem zuständigen Landkreis die Zulassung der Zwangsvollstreckung gegen die Klägerin.

Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin gegen die Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde, weil die Zinsklausel nichtig, wenigstens aber wegen Verstoßes gegen Vorschriften des AGBG unwirksam sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, soweit sie auf den Anspruch aus der Zinsklausel gestützt wird. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

#### I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Zinsklausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung, welche die Beklagte der Klägerin bei Vertragsschluss gestellt habe. Sie sei nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden, weil die Klägerin nicht mit vor Fälligkeit des Kaufpreises anfallenden Zinsen hätte rechnen können. Darüber hinaus

sei die Klausel auch nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

#### II.

Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings bestehen keine Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Wirksamkeit der Zinsklausel nach den Vorschriften des AGBG zu beurteilen ist. Auch die Revision zieht nicht in Zweifel, dass die Klausel einem von der Beklagten für viele gleichgeartete Fälle verwendeten Vertragsmuster entstammt. Vielmehr wendet sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Klausel nicht individuell ausgehandelt worden sei. Damit bleibt sie jedoch erfolglos. Sie kann nämlich nicht auf einen – ihrer Partei obliegenden (vgl. BGH, Urteil vom 19.6.1996, VIII ZR 189/95, WM 1996, 2025, 2027 m.w.N.) – Vortrag in den Tatsacheninstanzen verweisen, wonach die Zinsregelung ernsthaft zur Disposition gestanden und die Klägerin sich ausdrücklich mit ihr einverstanden erklärt hätte. Dies wäre aber für ein Aushandeln im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG erforderlich gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 27.3.1991, IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678, 1679; Urteil vom 5.12.1995, X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783, 787).

2. Mit Erfolg rügt die Revision dagegen die Anwendung des § 3 AGBG durch das Berufungsgericht. Es nimmt zu Unrecht an, die Zinsklausel sei so ungewöhnlich, dass die Klägerin mit ihr nicht zu rechnen brauchte.

a) Fehlerhaft ist bereits seine Ausgangsüberlegung, dass die Zinsklausel ohne inneren Zusammenhang mit der Überlassung von Nutzungen stehe. Die Klausel sieht eine Verzinsung für die Zeit zwischen dem Besitzübergang, von dem ab der Klägerin die Nutzungen des Kaufpreises zustehen, und der Fälligkeit des Kaufpreises vor. Deutlicher kann der Zusammenhang zwischen Zinspflicht und Nutzungsberechtigung nicht zum Ausdruck kommen. Außerdem ergibt sich aus der Stellung der Klausel innerhalb des Vertrags und ihrem Sinnzusammenhang mit den übrigen Bestimmungen zur Höhe des Kaufpreises, dass nicht etwa eine von der Nutzung des Grundstücks abgekoppelte zusätzliche Gegenleistung der Klägerin vereinbart werden sollte. Darin unterscheidet sich dieser Fall von dem der Senatsentscheidung vom 24.2.199 (V ZR 244/93, NJW 1995, 1827), die das Berufungsgericht für seine Auffassung heranzieht. Die dortigen Vertragsparteien hatten neben dem Kaufpreis als weitere Gegenleistung die Zahlung von Vorfälligkeitszinsen vereinbart, die in keinem Zusammenhang mit der Überlassung von Nutzungen standen. Hier begründet die Zinsklausel dagegen die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung eines Entgelts dafür, dass sie das Grundstück nutzen darf, bevor sie den Kaufpreis zahlen muss.

b) Die Vereinbarung von Nutzungszinsen ist nicht so ungewöhnlich, dass sie nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Der hier maßgebliche Erwerberkreis muss nämlich damit rechnen, dass die Nutzung des Grundstücks nicht unentgeltlich gestattet wird, solange der Kaufpreis nicht bezahlt werden muss. Es entspricht allgemein bekannter Praxis im Geschäftsleben, dem Nichteigentümer die Nutzung von Wirtschaftsgütern nur gegen Entgelt zu gestatten. Nichts anderes gilt für den nichtkaufmännischen Grundstücksverkehr. Nutzt der Käufer aufgrund vertraglicher Vereinbarung das Grundstück schon vor Kaufpreisfälligkeit, erlangt er einen wirtschaftlichen Vorteil. Der lag hier darin, dass die Klägerin sofort nach Besitzübergang mit den Vorbereitungen zur Vermarktung des Grundstücks beginnen konnte. Dadurch ver-

schiebt sich das von den Vertragsparteien vereinbarte Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einseitig zugunsten des Käufers, ohne dass es dafür einen rechtfertigenden Grund gibt. Dass die Höhe des Entgelts hier nicht in einem bestimmten Betrag, sondern in einem vom-Hundert-Satz des Kaufpreises vereinbart wurde, ändert nichts.

c) Ungewöhnlich kann eine Klausel auch dann sein, wenn sie vom dispositiven Recht erheblich abweicht (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.1991, IX ZR 60/91, NJW 1992, 1234, 1236). Das ist hier jedoch nicht der Fall. § 452 BGB steht der Zinsregelung nicht entgegen. Die Vorschrift setzt eine andere Fallgestaltung voraus. Darauf, dass sie nach der überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung die Fälligkeit des Kaufpreises voraussetzt (MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, 3. Aufl., § 452 Rdnr. 3; Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 452 Rdnr. 3; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 452 Rdnr. 10; Staudinger/Köhler, BGB [1995], § 452 Rdnr. 7; Dänekamp, NJW 1994, 2271 ff.; Schmenger, BWNZ 1995, 53 ff.; ebenso LG Heidelberg, NJW 1994, 1225; a.A. OLG Oldenburg, NJW-RR 1987, 722; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 333; KG Berlin, KG-Report 1998, 140; OLG Düsseldorf, OLG-Report 1999, 169 [rechtskräftig, die dagegen gerichtete Revision hat der Senat nicht angenommen]; Planck/Knoke, BGB, 4. Aufl., § 452 Anm. 2; Semler, NJW 1995, 1727 ff.), kommt es nicht an. Ein-mal geht es hier – anders als bei § 452 BGB – um eine Regelung für die Dauer der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages, zum anderen um eine Nutzungsverzinsung ab Besitzübergang bis zur Kaufpreisfälligkeit. Für die Zeit ab Kaufpreisfälligkeit nach § 4 Abs. 5 des Vertrags sind keine Nutzungszinsen vorgesehen, so dass die allein diesen Zeitraum betreffende Stundungsvereinbarung die den davor liegenden Zeitraum betreffende Zinsregelung nicht als überraschend erscheinen lassen kann.

d) Auf die weiteren Rügen der Revision, die darauf abzielen, dass die Klägerin die Klausel kannte und deshalb von ihr nicht mehr überrascht werden konnte, kommt es somit nicht mehr an.

3. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, die Zinsklausel sei nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Es geht hier nicht um die Vereinbarung von Vorfälligkeitszinsen, sondern von Nutzungszinsen. Sie benachteiligt die Klägerin nicht unangemessen (BGH, Urteil vom 1.3.2000, VIII ZR 77/99, WM 2000, 925, 926 f.).

4. Schließlich bestehen auch keine Bedenken gegen die Zinshöhe. Die Klausel führt dazu, dass die Klägerin ein monatliches Nutzungsentgelt von 5.515,30 DM zahlen soll, was einem Betrag von lediglich 0,10 DM/qm entspricht.

5. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 6.3.1986 (VII ZR 195/84, NJW 1986, 1805) steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen, weil die zu beurteilenden Sachverhalte nicht vergleichbar sind. In jenem Fall war es gerade nicht so, dass der Kaufpreis wegen der dem Erwerber vor Fälligkeit eingeräumten Befugnis zur Nutzung des Kaufgegenstands verzinst werden sollte; vielmehr begann die Zinspflicht bereits vor Vertragsabschluss und bestand unabhängig von der Besitzübergabe. Deswegen beinhaltet die dortige Zinsklausel eine versteckte Erhöhung des Kaufpreises, mit der niemand zu rechnen braucht. Davon kann hier jedoch keine Rede sein.

6. Die Zinsvereinbarung ist auch nicht wegen der von der Klägerin erklärten Anfechtung nichtig. Ein Anfechtungsgrund lag nämlich nicht vor, weil die Klägerin keinem Irrtum im Sinne des § 119 BGB unterlag.

7. Für die von der Klägerin ebenfalls geltend gemachte Sittenwidrigkeit des Vertrags gibt es keine Anhaltspunkte.

8. Schließlich besitzt die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.). Eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten ist nicht ersichtlich.

3. BGB §§ 817 Satz 1, 818 Abs. 1 MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 2 (*Bereicherungsanspruch gegen Bauträger bei Zahlung vor Fälligkeit*)

**Ein Bauträger ist dem Erwerber gemäß § 817 Satz 1, § 818 Abs. 1 BGB zur Auszahlung seiner Zinersparnisse verpflichtet, die er dadurch erlangt hat, dass er vereinbarte Raten vom Erwerber abgefordert und zur Kredittilgung verwendet hat, obwohl eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers noch nicht eingetragen war.**

OLG München, Urteil vom 17.6.1999 – 19 U 6498/98 (Der BGH hat die Revision nicht angenommen, Beschluss vom 28.2.2000 – VII ZR 335/99) –, mitgeteilt von Dr. Rolf Kniffka, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Beklagte ist Bauträgerin. Die Kläger erwarben am 28.3.1994 eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zum Preis von 565.000 DM. Der in Raten zu zahlende Preis war nach dem Vertrag entsprechend § 3 MaBV erst zur Zahlung fällig, wenn eine Vormerkung für die Kläger eingetragen war. Die Kläger zahlten auf Aufforderung der Beklagten die ersten fünf Raten, obwohl die Vormerkung noch nicht eingetragen war. Davon hatten sie keine Kenntnis. Die Beklagte hat mit den Raten ihre Bankverbindlichkeiten zurückgeführt und dadurch bis zur Eintragung der Vormerkung 56.572,81 DM an Zinsen erspart.

Die Kläger haben diesen Betrag beansprucht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger ist die Beklagte zur Zahlung von 53.315,76 DM nebst Zinsen verurteilt worden.

*Aus den Gründen:*

Die Berufung der Kläger ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Bereicherungsanspruch in Höhe von 56.572,81 DM nebst Zinsen zu.

In der genannten Höhe ist die Beklagte durch vorzeitige Zahlungen, die die Kläger in Form von fünf Kaufpreistraten auf die von ihnen erworbene Eigentumswohnung in H. bezahlt haben, bereichert.

Dadurch, dass die Beklagte zu einem Zeitpunkt, als eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung der Kläger am Vertragsobjekt noch nicht eingetragen war, die betreffenden Kaufpreistraten abgerufen und entgegengenommen hat, hat sie sich unstreitig durch Rückführung eigener Kreditverbindlichkeiten bei ihrer Bank, Zinsaufwendungen erspart. Ebenfalls unstreitig ist, dass diese hinsichtlich des geleisteten Gesamtbetrages von 545.225,00 DM für die in Frage kommende Zeit vom 27.7.1994 (Eingang der ersten Rate) bis 9.1.1997 (Eintragung der Auflassungsvormerkung) auf eine Höhe von 56.572,81 DM belaufen.

1. Mit der Entgegennahme der Gelder noch vor Eintragung der Auflassungsvormerkung hat die Beklagte gegen § 3 Abs. 1 Nr. 2 MaBV verstoßen und war demzufolge nach § 817 BGB zur sofortigen Rückerstattung verpflichtet (vgl. auch *Drasdo/Hofbauer* MaBV, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 61–62 a; *Marcks* MaBV, 5. Aufl., § 3 Rdnr. 2).

a) Der Meinung des Landgerichts, § 817 BGB könne vorliegend nicht zur Anwendung kommen, ist nicht zu folgen. Die Nichteinhaltung des durch § 3 MaBV ausgesprochenen Verbotes durch den Bauträger stellt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i. S. § 134 BGB dar (*Palandt*, BGB, 58. Aufl. Rdnr. 16 zu § 134 unter Hinweis auf

*Habscheid* DNotZ 1998, 331 u. a.). Auch dann ist ein Fall des § 817 BGB gegeben, wenn – wie hier – das Grundgeschäft gültig, der mit der Leistung verfolgte Zweck als solcher nicht zu beanstanden ist, somit ein rechtlicher Grund vorliegt und lediglich die – vorzeitige – Leistungsannahme verbotswidrig ist (*Palandt* Rdnr. 10 zu § 817 BGB). Dass, worauf das Erstgericht abstellt, die Leistung selbst vom Gesetz nicht missbilligt wird, ändert nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 817 BGB, da ohne dessen Sanktionswirkung der Schutzzweck des betreffenden gesetzlichen Verbotes nicht erreicht werden kann (vgl. auch BGH NJW 1985, 438).

b) Die Voraussetzung, dass der Empfänger positive Kenntnis vom Gesetzesverstoß haben muss (*Palandt* Rdnr. 11 zu § 817 BGB), liegt vor; bereits wer leichtfertig vor dem Verbot seines Handelns die Augen verschließt, ist wie ein bewusst Handelnder zu behandeln (*Palandt* a.a.O.). Davon, dass dies vorliegend der Fall war, ist im Hinblick darauf, dass es sich um Vorgänge handelt, die im Kernbereich der Tätigkeit der Beklagten als Bauträgerin liegen, auszugehen. Sie kann sich mit dem Vortrag, die Kläger seien die einzigen Käufer gewesen, die mit einer die Bestimmung des § 3 MaBV ausschließenden Bürgschaftsgestellung nicht einverstanden gewesen seien, nicht entlasten. Abgesehen davon, dass eine wirksame Bürgschaft nicht vorliegt (vgl. hierzu unten), hat sich die Beklagte das Wissen ihres Abschlussvertreters W. zurechnen zu lassen (§ 166 BGB).

c) Vorliegend besteht zwar im Hinblick auf die nachgeholte Eintragung der Vormerkung keine Verpflichtung mehr zur Rückerstattung der Kaufpreistraten; der Bereicherungsanspruch, den § 817 BGB begründet, erstreckt sich nunmehr aber auf die Herausgabe der Vorteile, die sich für die Beklagte dadurch ergeben haben, dass sie vorzeitig nicht nur die Leistung angefordert bzw. entgegengenommen, sondern diese entgegen ihrer Verpflichtung nicht sofort zurückerstattet hat. Die Bestimmungen der §§ 818 Abs. 1 und Abs. 4 sowie 819 Abs. 2 BGB über die Herausgabe der gezogenen Nutzungen sind auch hier anzuwenden, da § 817 BGB einen selbständigen Bereicherungsanspruch enthält, der ebenso wie die Bestimmung des § 812 BGB zu sehen ist (vgl. MünchKomm/Lieb BGB, 3. Aufl. Rdnr. 4 und RGR Komm BGB, 12. Aufl. Rdnr. 1, jeweils zu § 817). Auch insoweit ist der vom Landgericht herangezogene Gesichtspunkt, § 3 MaBV bezwecke nicht eine Einflusseinnahme auf die schuldrechtliche Gestaltung, sondern solle den Bauherrn vor einer Vermögensgefährdung schützen, nicht entscheidend; ausschlaggebend ist, dass durch die Gesetzesverletzung die Beklagte auf Kosten der Kläger bereichert ist. Anders als bei einem Schadensersatzanspruch ist im Bereicherungsrecht nicht auf den Schutzzweck der verletzten Norm, also darauf abzustellen, ob sich ein Schaden verwirklicht hat, der durch sie vermieden werden sollte, sondern allein auf die durch die Gesetzesverletzung bedingte Vermögensveränderung.

d) § 813 Abs. 2 BGB, wonach die Rückforderung bei vorzeitiger Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit ausgeschlossen ist und damit auch die Erstattung von hierdurch entstandenen Vorteilen (Zwischenzinsen), entfällt, greift nicht ein. Die Kaufpreisschuld ist bei Vereinbarung der Geltung des § 3 MaBV nicht betagt, weil diese Vorschrift nicht die Fälligkeit der Kaufpreistraten bestimmt, sondern dem Auftragnehmer die Entgegennahme von Vermögenswerten des Auftraggebers verbietet, solange nicht die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (vgl. BGH NJW 1985, 438). Auch ist der Gedanke des § 813 Abs. 2 und § 272 BGB auf den Bereicherungsanspruch des § 817 Satz 1 BGB nicht anwendbar, weil es sich um Vorschriften handelt, die auf eine Leistung ohne Grund abstellen (vgl. *Palandt* Rdnr. 1, 5 zu § 813 BGB). Beide

Bestimmungen betreffen auch Fälle, in welchen gegen vertragliche Vereinbarungen, irrtümlich oder aus freiem Entschluss, verstoßen worden ist und sind nicht denjenigen gleichzusetzen, in welchen das Gesetz zwingend die Einhaltung der betreffenden Regelung vorschreibt.

e) Eine Befreiung vom Annahmeverbot des § 3 MaBV durch Bürgschaftsstellung (§ 7 MaBV) liegt nicht vor. Mit einer solchen waren, wie von beiden Seiten übereinstimmend vorgebracht ist, die Kläger nicht einverstanden. Zudem ist der Darstellung der Kläger beizupflichten, wonach eine Bürgschaft im Sinne von § 7 MaBV nicht vorliegt. Bei der Erklärung der B.-Bank vom 20.12.1993 handelt es sich um eine Globalbürgschaft zugunsten mehrerer Auftraggeber und nicht um die erforderliche Einzelbürgschaft (*Drasdo/Hofbauer* MaBV, 3. Aufl. Rdnr. 18 a zu § 7). Auch hatte die Beklagte die Bürgschaftsurkunde den Klägern nicht vor Entgegennahme ihrer Zahlungen ausgehändigt, sondern nur beim beurkundenden Notar hinterlegt; dies ist nicht ausreichend (BGH NJW-RR 1987, 601).

2. Die von der Beklagten (hilfsweise) geltend gemachten Abzüge von der grundsätzlich als richtig anerkannten Berechnung der Kläger zu den Zinsersparnissen sind soweit sie die Avalprovision und die AFA betreffen, nicht gerechtfertigt. (...)

---

4. FGG §§ 55, 62, BGB § 1829 Abs. 1 S. 2 (*Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung*)

- 1. Die Vorschrift des § 62 FGG ist auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 18.1.2000 (u.a. NJW 2000, 1709 [= MittBayNot 2000, 311]) weiterhin geltendes Recht. Die Entscheidung hat keinen Beschwerderechtszug gegen die Erteilung einer gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB wirksam gewordenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eröffnet.**
- 2. Hat das Landgericht die erste Beschwerde der Betroffenen gegen die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ungeachtet ihrer bereits eingetretenen Wirksamkeit sachlich zurückgewiesen, so ist ihr Anspruch auf Gewährleistung einer richterlichen Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers (Art. 19 Abs. 4 GG) gewahrt. Die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts bleibt ausgeschlossen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.2000 – 15 W 59/00 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Betroffene war seit 1982 verheiratet mit Herrn Friedhelm O.; aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Die Eheleuten erwarben aufgrund notariellen Kaufvertrages vom 29.4.1983 zu je 1/2 Miteigentumsanteil die Grundstücke Gemarkung G Flur 3, Flurstück 92 (Grundbuch von G Blatt 761, bebaut mit einem 1937 errichteten Siedlungshaus) sowie das benachbarte Grundstück Flurstück 93 (Grundbuch von G Blatt 4069 A, unbebaut) zum Kaufpreis von 230.000,00 DM. Zur Finanzierung gewährte die B.-Versicherung a.G. den Eheleuten zwei Darlehen über jeweils 110.000,00 DM, die durch eine Gesamthypothek über 110.000,00 DM an den beiden oben genannten Grundstücken sowie eine weitere Hypothek über 110.000,00 DM an dem Grundstück der Schwiegereltern der Betroffenen gesichert wurden. Die Ehe der Betroffenen wurde im Jahre 1991 geschieden. Im Jahr 1992 schlossen die Ehegatten vor dem Oberlandesgericht einen Vergleich, in dem die Betroffene u.a. die Bedienung der Zinslast aus dem Hypothekendarlehen in Höhe von (da-

mals) 1.260,00 DM monatlich, Herr O. die Zahlung der Lebensversicherungsprämien übernahm.

In den folgenden Jahren wurde bei der Betroffenen eine paranoid-halluzinatorische Psychose mit teilweise depressiver Symptomatik festgestellt. Nachdem die Betroffene im Jahre 1995 zweimal auf der Grundlage des PsychKG in der H. Klinik in H. geschlossen untergebracht worden war, bestellte das Amtsgericht durch Beschluss vom 22.1.1996 Frau P. aus E. als Betreuerin für die Betroffene mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Aufenthaltsbestimmung einschließlich der Entscheidung über eine Unterbringung sowie Vermögenssorge. Durch weiteren Beschluss vom 13.5.1996 ordnete das Amtsgericht für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge abschließend einen Einwilligungsvorbehalt an.

In der Folgezeit musste die Betroffene wiederholt wegen akuter Dekompensationen ihrer psychischen Erkrankung stationär unter den Bedingungen einer geschlossenen Unterbringung behandelt werden; die dafür erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen wurden erteilt. Die gesundheitliche Situation der Betroffenen hat sich in den letzten Jahren deutlich stabilisiert, nachdem sie sich im Abstand von jeweils zwei Wochen im St. M.-Hospital in H. ein Depotneuroleptikum verabreichen lässt. Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 14.9.1999 die bestehende Betreuung einschließlich des Einwilligungsvorbehalts verlängert und anstelle von Frau P. Frau S. aus G. zur Betreuerin bestellt. Zwischenzeitlich überprüft das Amtsgericht H., das die Betreuungssache nach einem Wohnsitzwechsel der Betroffenen übernommen hat, die weitere Fortdauer der Betreuung.

Im Bereich der Vermögenssorge hat die Betreuerin P. dem Vormundschaftsgericht erstmals am 18.1.1996 darüber berichtet, das Einkommen der Betroffenen reiche nicht aus, um ihre laufenden Verbindlichkeiten (darunter die Zinsen für die Hypothekendarlehen) sowie ihren notwendigen Lebensunterhalt zu decken. Die bisherigen Einnahmen der Betroffenen aus Honorartätigkeiten in ihrem erlernten Beruf als Gymnastiklehrerin und Motopädin seien infolge ihrer Erkrankung weitgehend entfallen. Sie beabsichtige deshalb, das Haus der Betroffenen zu verkaufen. Die Betroffene sei damit indessen nicht einverstanden, weil sie unter allen Umständen das Haus behalten wolle. Mit weiterem Schreiben vom 16.5.1996 hat die Betreuerin beantragt, den Verkauf des Hauses der Betroffenen vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen, um Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu vermeiden, nachdem zwischenzeitlich die Sparkasse einen Vollstreckungsbescheid wegen einer Forderung über 18.333,68 DM gegen die Betroffene erwirkt habe.

Das Amtsgericht hat daraufhin ein Gutachten des Sachverständigen G. vom 20.6.1996 eingeholt, in dem der Verkehrswert der beiden genannten Grundstücke mit 290.000,00 DM ermittelt worden ist. In der Folgezeit hat die Betreuerin P. dem Vormundschaftsgericht wiederholt über die sich verschlechternden finanziellen Verhältnisse der Betroffenen berichtet. U.a. wurden im Laufe des Jahres 1996 sowie Anfang 1997 im Wege der Zwangsvollstreckung mehrere Sicherungshypotheken auf dem Miteigentumsanteil der Betroffenen eingetragen. Durch notariellen Vertrag vom 16.12.1996 verkaufte die Betreuerin P. namens der Betroffenen deren 1/2 Miteigentumsanteil an den beiden genannten Grundstücken an die Eheleute G. und O. O., die Schwiegereltern der Betroffenen. Als Kaufpreis wurde ein Betrag von 145.000,00 DM vereinbart, der in Höhe von 110.000,00 DM durch befreiende Schuldübernahme der persönlichen und dinglichen Verbindlichkeit der Betroffenen gegenüber der B. Lebensversicherung a.G. sowie in Höhe von 35.000,00 DM durch Zahlung auf ein Notaranderkonto zur Ablösung der weiteren Verbindlichkeiten erbracht werden sollte. Die Rechtspflegerin des Vormundschaftsgerichts hat die Betroffene zur Frage der Genehmigung dieses Vertrages am 23.1.1997 in der H.-Klinik in H. persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Vermerk vom selben Tage Bezug genommen. Durch Beschluss vom 5.2.1997 hat die Rechtspflegerin die Erklärungen der Betreuerin P. in der notariellen Urkunde vom 16.12.1996 vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Nach Erhalt einer Ausfertigung des Beschlusses hat die Betreuerin P. mit Schreiben vom 9.2.1997 diesen den Eheleuten O. mitgeteilt. Dieses Schreiben nebst einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses vom 5.2.1997 ist den Eheleuten am 11.2.1997 förmlich zugestellt worden. Die Umschreibung des Eigentums an dem Miteigentumsanteil in den beiden Grundbüchern ist am 7.4.1997 erfolgt.

Gegen den Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 5.2.1997 hat die Betroffene mit einem bei dem Amtsgericht am 21.2.1997 einge-

gangenen Schreiben „Einspruch“ eingelegt. Das Amtsgericht hat diese Eingabe zunächst als Erinnerung im Sinne des § 11 Abs. 2 RPfG a.F. behandelt, der die Rechtspflegerin und der Richter des Amtsgerichts mit Verfügungen vom 24. bzw. 25.2.1997 nicht abgeholfen haben. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 14.5.1997 das nunmehr als Beschwerde geltende Rechtsmittel zurückgewiesen. In den Gründen der Entscheidung hat die Kammer ausgeführt, die Beschwerde der Betroffenen sei zulässig, bleibe jedoch sachlich ohne Erfolg, weil das Amtsgericht auch unter Berücksichtigung der von ihr erhobenen Einwendungen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu Recht erteilt habe. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Beschluss des Landgerichts Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Betroffenen, die sie mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 7.2.2000 bei dem Oberlandesgericht eingelegt hat. Diese wurde als unzulässig verworfen.

#### *Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG an sich statthaft sowie formgerecht eingelegt. Gleichwohl ist das Rechtsmittel unzulässig, weil es nach den Sonderbestimmungen der §§ 55 Abs. 1, 62 FGG ausgeschlossen ist. Nach § 55 Abs. 1 FGG, der bei einer Betreuung entsprechend anzuwenden ist (§ 69 e S. 1 EGG), kann eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt wird, vom Vormundschaftsgericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Ist die Genehmigung für das Vormundschaftsgericht nicht mehr abänderbar, kann auch das Beschwerdegericht sie nicht mehr ändern (§ 62 FGG). Eine gegen die Genehmigung gleichwohl eingelegte Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen (vgl. *Keidel/Engelhardt*, FG, 14. Aufl., § 62 Rdnr. 2 m.w.N.). Die Unabänderlichkeit der durch den angefochtenen Beschluss der Rechtspflegerin vom 5.2.1997 erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist hier am 11.2.1997 eingetreten. Nach den §§ 1908 i Abs. 1 S. 1, 1829 Abs. 1 S. 2 BGB wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Geschäftspartner gegenüber wirksam, wenn sie ihm durch den Betreuer mitgeteilt wird. Ausweislich des zu den Grundakten geführten Nachweises hat die Betreuerin P. den Eheleuten O. jeweils eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts am 11.2.1997 förmlich zustellen lassen.

Nach gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben die Verfahrensvorschriften der §§ 55, 62 FGG nur in den folgenden Ausnahmefällen außer Anwendung zu bleiben (vgl. grundlegend BayObLGZ 1989, 242 ff. = FamRZ 1989, 1113 ff.; FamRZ 1997, 1426; OLG Celle FamRZ 1997, 899; *Keidel/Engelhardt*, a.a.O., § 55, Rdnr. 14, 17):

1. Das der Erteilung der Genehmigung vorausgehende Verfahren erfüllt nicht die Mindestanforderungen, die an ein rechtsstaatliches Verfahren gestellt werden müssen. Dies kann gegeben sein, wenn das rechtliche Gehör des Betroffenen verletzt worden ist und das Genehmigungsverfahren darüber hinaus an schweren Fehlern leidet.
2. Der Betreuer macht von der erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch Mitteilung an den Geschäftspartner arglistig Gebrauch, um dem Betroffenen das Beschwerderecht abzuschneiden.

Beide Voraussetzungen liegen hier ersichtlich nicht vor.

Das Vormundschaftsgericht hat über den Antrag der Betreuerin auf Genehmigung ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen

in dem notariellen Vertrag vom 16.12.1996 mit der gebotenen Sorgfalt im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Betroffenen entschieden. Es hat, um die Angemessenheit der Gegenleistung zu überprüfen, zunächst das Gutachten eines Sachverständigen zum Verkehrswert des Objekts eingeholt, dessen Ergebnis (290.000,00 DM) die Betroffene im Rahmen ihrer Anhörung nie bezweifelt hat. Auch die weitere Beschwerde, die nunmehr die Richtigkeit der Verkehrswertmittlung in Zweifel zieht, trägt nicht vor, in welchen Punkten das erstattete Gutachten unrichtig sein soll. Die Betreuerin hat in mehreren Berichten, zuletzt am 14.1.1997, dargelegt, dass das gegenwärtige Einkommen der Betroffenen nicht ausreicht, um ihre Verbindlichkeiten zu bedienen. Das Vormundschaftsgericht hat nicht nur die schriftlichen Eingaben der Betroffenen in dem Genehmigungsverfahren berücksichtigt. Vielmehr hat, wie der darüber aufgenommene Vermerk vom 23.1.1997 ergibt, die Rechtspflegerin die Betroffene in der H.-Klinik in H. in der sie sich damals zur Behandlung befand, ausführlich persönlich zu dem Genehmigungsantrag angehört. Den sich aus den Berichten der Betreuerin ergebenden Fakten ist die Betroffene weder damals noch heute im Rahmen der Begründung ihrer weiteren Beschwerde entgegengetreten. In dem hier vorliegenden Zusammenhang hat der Senat nicht darüber zu entscheiden, ob der Vorwurf der weiteren Beschwerde zutrifft, das Vormundschaftsgericht habe seine Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) verletzt im Hinblick darauf, ob und wie lange eine zu befürchtende Zwangsversteigerung des Objekts durch Kontaktaufnahme mit den Gläubigern, einer Schuldnerberatungsstelle oder anderen Personen bei unveränderter Einkommensunterdeckung noch hätte hinausgeschoben werden können. Jedenfalls wird die Beurteilung, dass es sich hier um ein rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes Verfahren gehandelt hat, nicht von der Frage berührt, ob eine weitergehende Amtsermittlungspflicht bestanden hat. Diese ist ohnehin auf dem Boden der sachlichen Kriterien bei der Ermessensausübung durch das Vormundschaftsgericht zu beurteilen, die jedoch im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht der Nachprüfung durch den Senat unterliegt.

Eine arglistige Herbeiführung der Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch die Betreuerin mit dem Ziel, der Betroffenen die Möglichkeit der Beschwerde abzuschneiden, wird von der weiteren Beschwerde nicht geltend gemacht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Die Betreuerin hat zwar unmittelbar nach Erhalt der Ausfertigung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts diese in der geschilderten Weise den Eheleuten O. im Sinne des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB mitgeteilt. Allen Berichten der Betreuerin ist indessen ihre Überzeugung zu entnehmen, dass sie im Hinblick auf die Einkommensunterdeckung den Verkauf der Immobilie als im Interesse der Betroffenen dringend für geboten hielt. Wenn die Betreuerin aus dieser Überzeugung, die inhaltlich mit der sachlichen Interessenabwägung des Vormundschaftsgerichts und später des Landgerichts übereinstimmt, nach Erhalt der Genehmigung konsequent gehandelt hat, kann darin allein ein ausreichender Anhaltspunkt für ein arglistiges, die Interessen der Betroffenen gezielt verletzendes Verhalten nicht gesehen werden (BayObLG FamRZ 1997, 1426, 1427).

Die weitere Beschwerde ist auch nicht im Hinblick auf den Beschluss des ersten Senats des BVerfG vom 18.1.2000 (1 BvR 321/96, u.a. veröffentlicht in NJW 2000, 1709 ff. [= MittBayNot 2000, 311]) als zulässig anzusehen. Dabei berücksichtigt der Senat die Bindungswirkung, die von dieser

Entscheidung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG ausgeht. In diesem Zusammenhang geht der Senat von der Rechtsprechung des BVerfG aus, dass die Bindungswirkung seiner Entscheidungen sich auch auf die tragenden Entscheidungsgründe erstreckt (BVerfGE 40, 88, 93; *Umbach/Clemens*, BVerfGG, § 31, Rdnr. 71 ff.). Auf Einzelheiten der Reichweite dieser Bindungswirkung kommt es hier aus den nachstehenden Gründen nicht an. Das BVerfG hat in seiner genannten Entscheidung § 62 FGG nicht für nichtig erklärt (§ 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG). Die Vorschrift ist daher vorbehaltlich einer gesetzlichen Neuregelung weiterhin geltendes Recht. Das BVerfG hat sich vielmehr in Ziff. 1 des Beschlusstextes darauf beschränkt, diese gesetzliche Bestimmung insoweit als mit Art. 19 Abs. 4 GG für unvereinbar zu erklären, als sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehrt, die Entscheidung des Rechtspflegers, durch die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts erteilt wird, der Prüfung durch den Richter zu unterziehen. Die Gründe der Entscheidung ergeben, dass nach Auffassung des BVerfG der durch § 62 FGG im Falle der Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bewirkte faktische Rechtswegausschluss gegen die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG verstößt. Von einer Nichtigerklärung der Vorschrift hat das BVerfG abgesehen, weil dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit offen stünden. Beispielhaft hat das BVerfG die Möglichkeit erwähnt, gegen die vom Rechtspfleger erteilte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung den Beschwerderechtszug zu eröffnen. Als Alternative hat das BVerfG die Möglichkeit erörtert, dass der Rechtspfleger in Anlehnung an die im Erbscheinsverfahren anerkannte Verfahrensweise einen Vorbescheid erlässt, der dem Betroffenen eine Überprüfung der angekündigten Genehmigung „durch den Richter“ vor ihrem Wirksamwerden ermöglicht. Insgesamt wird deutlich, dass das BVerfG von Verfassungs wegen nur die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers, nicht aber einen bestimmten Beschwerderechtszug gewährleistet sehen will.

Für die hier zu treffende Entscheidung kann der Senat offenlassen, welche Konsequenzen aus der Entscheidung des BVerfG für die Behandlung von Altfällen zu ziehen sind, in denen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wirksam geworden ist, ohne dass dem Betroffenen durch den Erlass eines Vorbescheides die Möglichkeit gegeben worden ist, die Entscheidung des Rechtspflegers zur Nachprüfung durch den Richter zu stellen. Das BVerfG hat dazu nicht ausdrücklich Stellung genommen. Der Umstand, dass das BVerfG die von ihm entschiedene Sache unter Aufhebung der Beschwerdeentscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts an das *Amtsgericht* zurückverwiesen hat, deutet allerdings darauf hin, dass das BVerfG als Konsequenz des mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbarenden faktischen Rechtswegausschlusses lediglich eine sachliche Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers durch den Richter des Amtsgerichts für geboten gehalten hat, also ein Verfahren, das sachlich der Rechtspflegererinnerung gem. § 11 Abs. 2 RPfG n.F. entspricht.

Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, dass die Betroffene nach dem tatsächlichen Verfahrensablauf in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG *nicht* verletzt worden ist. Es ist ihr eine richterliche Überprüfung der Entscheidung der Rechtspflegerin nicht verwehrt worden. Vielmehr hat das Landgericht die Beschwerde der Betroffenen ausdrücklich für zulässig erachtet, ist sodann in eine sachliche Beurteilung der

Voraussetzungen für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingetreten und hat sich in diesem Zusammenhang mit den von der Betroffenen erhobenen Einwendungen ausführlich auseinandergesetzt. Der Betroffene ist deshalb tatsächlich eine sachliche Überprüfung der Entscheidung der Rechtspflegerin zuteil geworden, und zwar nicht lediglich durch den Richter des Amtsgerichts, sondern durch die Beschwerdekammer des Landgerichts als Kollegialgericht. Das BVerfG hat in seiner genannten Entscheidung nur eine Verfahrensweise verfassungsrechtlich beanstandet, die den Betroffenen faktisch von jeder Rechtsschutzmöglichkeit ausschließt. Für die Feststellung, ob die Betroffene hier in ihrem Verfahrensgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt worden ist, kommt es deshalb ausschließlich darauf an, wie die verfahrensrechtlichen Vorschriften ihr gegenüber tatsächlich gehandhabt worden sind. Unerheblich muss deshalb bleiben, dass das Landgericht bei korrekter Anwendung des § 62 FGG im Rahmen der bisherigen Entwicklung der dazu ergangenen Rechtsprechung bereits die erste Beschwerde der Betroffenen als unzulässig hätte verwerfen müssen. Da das BVerfG – wie bereits ausgeführt – einen bestimmten Beschwerderechtzug nicht als verfassungsrechtliche Mindestanforderung an das Verfahren vorgegeben hat, bleibt es nach durchgeführter richterlichen Überprüfung der Entscheidung der Rechtspflegerin bei der Anwendung des § 62 FGG: Das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde bleibt der Betroffenen verschlossen.

5. BGB § 313 S. 2 (*Heilung bei teilweiser Formnichtigkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäftes*)

1. **Wird ein Teil eines einheitlichen Grundstücksgeschäftes nicht beurkundet, wird die Formnichtigkeit nicht in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB durch Erfüllung dieses Vertragsteiles geheilt.**
2. **Die Erfüllung des formnichtigen Vertragsteiles hindert auch nicht gemäß § 242 BGB die Berufung einer Vertragspartei auf die Nichtigkeit des gesamten Vertragswerkes, es sei denn, diese Partei hat Vorteile aus der Erfüllung gezogen, die nicht mehr sachgemäß rückabgewickelt werden können oder sogar dieser Partei unwiederbringlich verbleiben.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.2000 – 9 U 115/99 –, mitgeteilt von *Johannes Gode*, Richter am OLG

6. WEG §§ 10 Abs. 1, 15 Abs. 1, 23 Abs. 1 und Abs. 4 (*Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung I*)

- a) **Ein Sondernutzungsrecht kann nur durch Vereinbarung, nicht auch durch bestandskräftig gewordenen Mehrheitsbeschluss begründet werden. Der Wohnungseigentümerversammlung fehlt hierzu die absolute Beschlusskompetenz (teilweise Aufgabe von BGHZ 54, 65 sowie Abgrenzung zu BGHZ 127, 99 und 129, 329).**
- b) **Durch Beschlussfassung können nur solche Angelegenheiten geordnet werden, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden dürfen, anderenfalls bedarf es einer Vereinbarung.**

- c) **§ 23 Abs. 4 WEG, wonach ein Beschluss nur ungültig ist, wenn er für ungültig erklärt wurde, setzt voraus, dass die Wohnungseigentümer überhaupt durch Beschluss entscheiden durften.**
- d) **Ein trotz absoluter Beschlussunzuständigkeit gefasseter Beschluss ist nichtig.**
- e) **Der Beschluss in einer Angelegenheit, welche die Regelung des Gebrauchs (§ 15 WEG), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) betrifft, aber nicht mehr eine „ordnungsmäßige“ Maßnahme zum Inhalt hat, ist nur anfechtbar.**

BGH, Beschluss vom 20.9.2000 – V ZB 58/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten sind Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, und zwar der Antragsteller zu 2 seit Dezember 1990, der Antragsteller zu 3 seit Oktober 1998 und die Antragsgegnerin seit August 1993. Die Antragsgegnerin hat die in ihrem Sondereigentum stehenden Räume an einen Gaststättenbetreiber verpachtet, der den zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Vorgarten als Freischankfläche nutzt.

Am 18.4.1989 beschloss die Wohnungseigentümerversammlung mit den Stimmen der Anwesenden mehrheitlich, der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin die Nutzung des Vorgartens im Rahmen des Lokalbetriebs zu genehmigen unter der „Voraussetzung“ einer Einigung mit dem Verwaltungsbeirat und zwei weiteren, nicht anwesenden Wohnungseigentümern. Diese beiden Wohnungseigentümer und der Verwaltungsbeirat erklärten in der Folgezeit ihre Zustimmung unter bestimmten Auflagen, z. B. Errichtung einer schallschluckenden Markise. Ab 1992 beschwerte sich u.a. die Antragstellerin zu 1 über Lärmbelästigungen durch den Gaststättenbetrieb. In der Wohnungseigentümerversammlung vom 28.4.1998 wurde die Regelung erneut zur Abstimmung gestellt. Für den Antrag auf Aufhebung der Genehmigung zur Nutzung des Vorgartens ergab sich keine Stimmenmehrheit, wohl aber für einen Auftrag an den Verwaltungsbeirat, mit der Antragsgegnerin Vereinbarungen vorzubereiten, um die aufgetretenen Mängel abzustellen.

Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin antragsgemäß verpflichtet, es zu unterlassen, den vor ihrem Sondereigentum gelegenen Vorgarten zum Betrieb einer Gaststätte zu nutzen. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde möchte das Kammergericht zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7.10.1998 (NZM 1999, 378) gehindert und hat deshalb die Sache mit Beschluss vom 15.12.1999 (NZM 2000, 137 = FGPrax 2000, 16) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

(...)

III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGG zulässig. Sie ist aber nicht begründet. Der Senat tritt der Auffassung des vorlegenden Kammergerichts in Berlin bei.

Die Antragsteller können gemäß § 15 Abs. 3 WEG in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB von der Antragsgegnerin Unterlassung der alleinigen Nutzung des zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Vorgartens durch den Gaststättenbetrieb verlangen. Dieser Gebrauch ist unzulässig, weil der durch den Eigentümerbeschluss erfolgte Ausschluss des Mitgebrauchs (1) unwirksam ist. An der in BGHZ 54, 65 veröffentlichten Entscheidung wird insoweit nicht mehr festgehalten und der

Anwendungsbereich der darauf beruhenden Rechtsprechung des Senats zur Gültigkeit von bestandskräftigen Mehrheitsbeschlüssen mit Vereinbarungsinhalt eingegrenzt (2). Der Eigentümerversammlung fehlte die Beschlusskompetenz (3). Dies macht den Beschluss nichtig (4), und zwar mit Wirkung ex tunc (5).

1. In Übereinstimmung mit dem vorlegenden Gericht legt der Senat den Eigentümerbeschluss vom 18.4.1989 in eigener Kompetenz (Senat, BGHZ 139, 288, 292) als Einräumung eines Sondernutzungsrechts an den Vorgartenbereichen zugunsten des Eigentümers der Teileigentumseinheit Nr. 3 aus. Die in dem Beschluss genannte „Voraussetzung“ einer Einigung zwischen der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin, dem Verwaltungsbeirat sowie zwei Wohnungseigentümern und einer Bekanntgabe des Verhandlungsergebnisses durch Rundschreiben ist eingetreten. Dass die in der Zustimmung genannten Auflagen teilweise nicht erfüllt worden sind, hat auf die Begründung des Sondernutzungsrechts keinen Einfluss, sondern hätte allenfalls zu einem Widerruf der Zustimmung berechtigt, der jedoch nicht erklärt worden ist. Unter diesen Umständen bedarf es keiner Entscheidung mehr, ob, wie das vorlegende Gericht durchaus zutreffend in Erwägung zieht, in der in der Eigentümerversammlung vom 28.4.1998 erfolgten mehrheitlichen Ablehnung einer Aufhebung des Eigentümerbeschlusses vom 18.4.1989 nicht dessen positive Bestätigung zu sehen ist, weil die Eigentümerversammlung zugleich einen Beschluss gefasst hat, der die Aufrechterhaltung des Beschlusses vom 18.4.1989 gerade zur Voraussetzung hat (zur Beschlussqualität eines Negativbeschlusses vgl. *Wenzel*, Festschrift für Merle [2000] 353, 355, 361).

2. Zu Recht nimmt das vorlegende Gericht weiterhin an, dass ein Sondernutzungsrecht durch einen bestandskräftigen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümerversammlung nicht begründet werden kann.

a) Allerdings hat der früher für Entscheidungen über Vorlagen in Wohnungseigentumssachen zuständige VII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 21.5.1970 (BGHZ 54, 65) ausgeführt, dass ein Eigentümerbeschluss über die Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einem Kellerraum unter gleichzeitiger baulicher Veränderung nur ungültig ist, wenn er auf entsprechenden Anfechtungsantrag hin für ungültig erklärt wird. Die nicht auf die zugrunde liegende Fallgestaltung beschränkte Begründung sowie der Leitsatz der Entscheidung sind in der Folgezeit von der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur als ein allgemeiner Rechtssatz verstanden und auf die Abänderung des Gesetzes oder der Teilerklärung bzw. Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss übernommen worden (vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 81, 83; 1993, 85, 86; NJW 1995, 202, 203; *Demharter*, MittBayNot 1996, 417; *Sauren*, NJW 1995, 178 m.w.N.). Dies hat der erkennende Senat bisher nicht getan. Er hat zwar auch an dem Rechtssatz festgehalten, dies aber jeweils bei anderen Fallgestaltungen ausgesprochen. So ging es in dem Beschluss vom 16.9.1994 (BGHZ 127, 99 [= MittBayNot 1995, 32]) um die Gültigkeit eines bestandskräftigen Mehrheitsbeschlusses, durch den einer Zahnärztin die praxisbedingten Bewirtschaftungsmehrkosten in Anwendung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Klausel, wonach sie diese Kosten allein zu tragen hatte, nicht konkret, sondern pauschal auferlegt wurden. Da der Senat diese Handhabung als nicht mehr von der Klausel gedeckt ansah, andererseits die praxisbedingten Bewirtschaftungsmehrkosten sich bei der Erfassung einer Pauschalierung nicht generell entziehen, handelte es sich um einen Fall, in dem die Eigentümer die Tei-

lungserklärung (Vereinbarung) nicht abgeändert, sondern nur fehlerhaft angewendet haben (vereinbarungswidriger Beschluss). Gegenstand der Entscheidung vom 4.5.1995 (BGHZ 129, 329 [= MittBayNot 1995, 297]) war ein Beschluss über ein absolutes Verbot der Hundehaltung, also eine Gebrauchsregelung, die sich nicht mehr in dem Rahmen der „Ordnungsmäßigkeit“ im Sinne des § 15 Abs. 2 WEG hielt und deswegen einer Vereinbarung bedürft hätte, diese mithin substituierte (vereinbarungsersetzender Beschluss). Lediglich die Entscheidung vom 11.7.1991 (BGHZ 115, 151 [= MittBayNot 1992, 129]) über die Zulässigkeit der Erhebung von pauschalen Verzugszinsen in Höhe von 10% betraf einen Mehrheitsbeschluss, durch den gesetzliche Bestimmungen abbedungen wurden (gesetzes-, bzw. vereinbarungsändernder Beschluss; zur Terminologie vgl. *Wenzel*, Festschrift für Hagen [1999], 231, 235; *ders.* ZWE 2000, 2 f.). Die Frage, ob ein solcher Beschluss nichtig ist, hat der Senat jedoch ausdrücklich offen gelassen. Sie ist nunmehr bejahend zu beantworten. Der Senat hält insoweit an der in BGHZ 54, 65 veröffentlichten Ausgangsentscheidung des VII. Zivilsenats nicht mehr fest, die der Sache nach auch die Einräumung eines Sondernutzungsrechts betraf. Daraus folgt zugleich, dass der in der Entscheidung aufgestellte und vom Senat übernommene Rechtssatz, dass ein unangefochtener Mehrheitsbeschluss auch dann gültig ist, wenn die Angelegenheit einem Mehrheitsbeschluss nicht zugänglich war, sondern eine Vereinbarung bzw. Einstimmigkeit erfordert hätte, nur für vereinbarungsersetzende und vereinbarungswidrige Beschlüsse, nicht dagegen für vereinbarungsändernde oder Beschlüsse gilt, die gesetzliche Bestimmungen abbedingen.

b) Diese teilweise Aufgabe und Abgrenzung der bisherigen Rechtsprechung ist geboten, weil die Praxis von der durch die Rechtsprechung eröffneten Möglichkeit, bestehende Vereinbarungen durch Mehrheitsbeschluss abzuändern, vielfach ausufernden Gebrauch gemacht hat (*Demharter*, WuM 2000, 291, 292) mit zum Teil fatalen Folgen (vgl. *Bassenge*, NZM 2000, 649). Dies geschieht entweder in der Erwartung, dass eine Anfechtung des – in jedem Fall rechtswidrigen – Beschlusses aus Kostengründen unterbleibt, oder in der Annahme, dass alles, was vereinbart werden könne, auch beschlossen werden dürfe (vgl. *Müller*, NZM 2000, 648; anders *ders.* Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, S. 505, 510), bzw. dass die gesetzlichen Kompetenzzuweisungen nicht zwingend seien und „weitergehende Beschlussfassungen“ erlaubten (*Deckert*, NZM 2000, 361, 362; *Rapp*, DNotZ 2000, 185, 192). Diese Praxis stellt jedoch den gesetzlichen Regelungszusammenhang von Vertrags- und Mehrheitsprinzip (siehe unter 3.) geradezu auf den Kopf (vgl. *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl. § 23 Rdnr. 160 a) und widerspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 16 III, 3 b dd [S. 481]), wonach unter der Geltung des Vertragsprinzips eine im Gesetz nicht vorgesehene Mehrheitskompetenz einer eindeutigen Ermächtigung bedarf. Außerdem wird § 10 Abs. 2 WEG umgangen und die Publizität des Grundbuchs entwertet (*Häublein*, ZMR 2000, 423, 426; *Rapp*, DNotZ 2000, 185, 189 ff; *Röll*, ZWE 2000, 13, 15). Da vereinbarungsändernde Beschlüsse zu ihrer Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nicht der Eintragung in das Grundbuch bedürfen, ergibt sich der Inhalt des Wohnungseigentums nach dieser Praxis nicht mehr aus dem Grundbuch, sondern aus den – oft laienhaft verfassten und auslegungsbedürftigen – Protokollen der Eigentümerversammlungen. Die im Streitfall erfolgte Einräumung eines Sondernutzungsrechts durch Mehrheitsbeschluss ist ein anschauliches Beispiel dafür. Dies zu legitimie-

ren, läuft dem Gesetz zuwider. Es hat die Mehrheitsmacht bewusst auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt und auf diese Weise dafür Sorge getragen, dass jeder Wohnungseigentümer darauf vertrauen kann, dass sein Eigentum mehrheitsfest ist (*Häublein*, ZMR 2000, 423, 426; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 7). Selbst wenn man im Hinblick auf die gerade bei großen Gemeinschaften bestehenden Schwierigkeiten, die Zustimmung aller Eigentümer zu einer im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung liegenden Abänderung bestehender Vereinbarungen – notfalls klageweise – zu erlangen, das Fehlen einer erleichternden Möglichkeit für einen Mangel des Gesetzes halten wollte, käme man an der Tatsache nicht vorbei, dass hierin eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers liegt und entsprechende Änderungen des Gesetzes bisher keine Mehrheit gefunden haben (vgl. *Häublein*, ZMR 2000, 423, 426; *Röll* WE 1992, 244, 245). Hieran ist die Rechtsprechung gebunden und kann sie nicht aus Praktikabilitäts Erwägungen (vgl. *Deckert*, NZM 2000, 361, 363; *Würfel*, DWE 2000, 14 ff.) korrigieren.

c) Hinzu kommt, dass die Frage, ob für die Begründung eines Sondernutzungsrechts durch bestandskräftigen Mehrheitsbeschluss an der Entscheidung vom 21.5.1970 festzuhalten ist, in der obergerichtlichen Judikatur und in der Literatur nach wie vor heftig umstritten ist (bejahend BayObLGZ, 1973, 267, 269; NJW-RR 1990, 1104, 1105; 1992, 81, 83; 1993, 85, 86; OLG Düsseldorf NZM 1999, 378; OLG Frankfurt OLGZ 1986, 38, 39; OLG Hamm, WE 1997, 384, 385; OLG Köln, NZM 1998, 979, 980; *Deckert*, WE 1999, 2, 5; *Demharter*, MittBayNot 1996, 417; *Hauger*, WE 1993, 231, 233; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 167, 180; *Münstermann-Schlichtmann*, DWE 1991, 55, 56; *Schuschke*, NZM 1999, 241, 243; *Palandt/Bassenge*, BGB, 59. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 19; verneinend KG NJW-RR 1987, 653, 654; OLG Karlsruhe, ZMR 1991, 33, 34; OLG Köln, NJW-RR 1992, 598; WE 1998, 193, 194 m. Anm. *Ott* S. 200; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 10 c; *Staudinger/Kreuzer*, BGB, 12. Aufl., WEG § 10 Rdnr. 59; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 23 ff.; *Belz*, DWE 1991, 130, 136; DWE 1996, 140, 143; WE 1997, 293, 296; *ders.* Handbuch des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 84; *Bielefeld*, DWE 1993, 92, 98; *Fisch*, MittRhNotK 1999, 213, 224; *Kreuzer*, MittBayNot 1996, 339, 341; WE 1997, 362, 364; *ders.* Festschrift Merle (2000), 203, 209; *Lüke*, DNotZ 1997, 960, 962; *Röll*, ZWE 2000, 13, 14; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 5; differenzierend nach Inhalt und Ausmaß *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 113 a). Auch dies erfordert eine Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung. Dabei kann offen bleiben, ob der Beschluss vom 21.5.1970 nicht schon durch die von dem erkennenden Senat vertretene Kernbereichstheorie (BGHZ 127, 99, 105; 129, 329, 333; *Demharter*, MittBayNot 1996, 417) überholt ist, weil der mit der Begründung eines Sondernutzungsrechts einhergehende Entzug des Mitgebrauchs der übrigen Wohnungseigentümer der Einräumung eines Nießbrauchs, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, einer Grunddienstbarkeit oder auch einer Regelung nach § 1010 BGB vergleichbar ist (*Belz*, DWE 1996, 140, 143; *ders.* WE 1997, 293, 296; *ders.*, Handbuch des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdz. 84), die zugleich den Haftungsgegenstand eines beschränkten Liegenschaftsrechts im Sinne der §§ 877, 876 BGB nachteilig verändert (hierzu vgl. BGHZ 91, 343, 345 = NJW 1984, 2409; OLG Frankfurt, WE 1998, 232, 233; *Staudinger/Gursky* [1995] § 877 Rdnr. 48). Jedenfalls fehlt der Wohnungseigentümerversammlung die Beschlusskompetenz. Sie betrifft die formelle Legitimation des Beschlusses und nicht wie die Kernbe-

reichstheorie die materiell-rechtliche Frage, inwieweit das Wohnungseigentum mehrheitsfest ist. Der Gegenstand beider Rechtsfiguren ist verschieden, so dass die erste Rechtsfigur nicht wegen der zweiten entbehrlich ist (a.A. *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl., WEG § 23 Rdnr. 115).

3. Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Angelegenheiten, die die Wohnungseigentümer durch (Mehrheits-)Beschluss, und solchen, die sie durch Vereinbarung regeln können. Gemäß § 23 Abs. 1 WEG können durch Beschlussfassung solche Angelegenheiten geordnet werden, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden können. Anderenfalls bedarf es einer Vereinbarung, § 10 Abs. 1 WEG. Die Mehrheitsherrschaft bedarf damit der Legitimation durch Kompetenzzuweisung. Sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Sie wird vom Gesetz nur dort zugelassen, wo es um das der Gemeinschaftsgrundordnung nachrangige Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, namentlich um die Ausgestaltung des ordnungsgemäßen Gebrauchs und um die ordnungsmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und 3 WEG) geht (Senat, BGHZ 115, 151, 154). Hierdurch unterscheidet sich das Wohnungseigentumsgesetz bewusst von den gesetzlichen Vorschriften, die für die körperschaftlich organisierten Verbände des Gesellschaftsrechts grundsätzlich das Mehrheitsprinzip anordnen, und orientiert sich an der für Personengesellschaften geltenden Rechtslage. Wenn aber das Gesetz die Mehrheitsmacht auf bestimmte Bereiche beschränkt, kann jeder Eigentümer darauf vertrauen, dass sein Wohnungseigentumsrecht im Übrigen mehrheitsfest ist (*Häublein*, ZMR 2000, 423, 426; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 7). Ist eine Angelegenheit weder durch das Wohnungseigentumsgesetz noch durch Vereinbarung dem Mehrheitsprinzip unterworfen, kann eine Regelung durch Mehrheitsbeschluss nicht erfolgen: Der Mehrheit fehlt von vornherein jede Beschlusskompetenz, die Wohnungseigentümerversammlung ist für eine Beschlussfassung absolut unzuständig (vgl. Senat, BGHZ 115, 151, 152; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 160 a; *Buck*, WE 1998, 90, 92; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 4). Dass die Vorschriften des Gesetzes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG abdingbar sind, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass dies nur im Wege der Vereinbarung möglich ist (*Weitnauer*, WE 1995, 163, 164). Was zu vereinbaren ist, kann nicht beschlossen werden, solange nicht vereinbart ist, dass dies auch beschlossen werden darf (*Müller*, Festschrift für Bärmann und Weitnauer [1990] S. 505, 510; anders *ders.* NZM 2000, 648 und NZM 2000, 854). Die Beschlusskompetenz wächst der Mehrheit auch nicht dadurch zu, dass ein in angemessener Kompetenz gefasster Beschluss bestandskräftig wird und der Beschlussgegenstand damit zukünftig dem Mehrheitsprinzip unterfällt (vgl. OLG Düsseldorf NZM 2000, 875, 876). Aus § 23 Abs. 4 WEG ergibt sich nichts anderes (a.A. *Demharter*, WuM 2000, 291, 293; *Müller*, NZM 2000, 854). Die Bestimmung erlaubt keine Durchbrechung des Vertragsprinzips, sondern ist systematisch und teleologisch dem Geltungsbereich des Mehrheitsprinzips verhaftet.

Die hier erfolgte Zuweisung der ausschließlichen Nutzung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Vorgartens an die Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin ist als Begründung eines Sondernutzungsrechts einer Beschlussfassung von vornherein entzogen (*Ott*, ZWE 2000, 333, 336; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 5 f.; a.A. *Buck*, NZM 2000, 645, 649). Sie unterfällt nicht der Bestimmung des § 15 WEG, weil sie nicht eine Kon-

kretisierung des Gebrauchs, sondern neben der Zuweisung an den begünstigten Wohnungseigentümer für die übrigen Wohnungseigentümer den vollständigen Ausschluss vom Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums samt der damit verbundenen Gebrauchsvorteile zum Gegenstand hat. Ein solcher Gebrauchsentszug ist aber keine Regelung des Gebrauchs nach § 15 WEG, weil diese den Mitgebrauch voraussetzt. Er ändert vielmehr § 13 Abs. 2 WEG ab und hat deswegen nicht (auch) vereinbarungsersetzenden Charakter (a.A. Häublein, ZMR 2000, 423, 429), sondern gesetzesändernden Inhalt. Eine solche Regelung ist dem Mehrheitsprinzip von vorneherein ebenso wenig zugänglich wie die Änderung einer Vereinbarung.

4. Die absolute Beschlussunzuständigkeit macht einen Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (vgl. BayObLGZ 1984, 198, 203; 1985, 345, 346; 1990, 312, 314; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 123; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 25; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 397; krit. *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl., WEG § 23 Rdnr. 113 ff.). Dies folgt allerdings nicht schon aus § 23 Abs. 4 WEG i.V.m. der Überlegung, dass auf die Legitimation durch Kompetenzzuweisung nicht verzichtet werden kann (a.A. *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 5). Denn die Vorschrift setzt eine Beschlusskompetenz voraus (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 160 a; *Häublein*, ZMR 2000, 423, 428; *Kümmel*, ZWE 2000, 387, 391; *Ott*, ZWE 2000, 333, 336). Die Nichtigkeit ergibt sich jedoch aus der Tatsache, dass die Wohnungseigentümer von der gesetzlichen Kompetenzzuweisung – ohne dahingehende Öffnungsklausel in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung – nicht durch Mehrheitsbeschluss, sondern nach § 10 Abs. 1 WEG nur durch Vereinbarung abweichen können. Diese Vorschrift ist unter dem beschriebenen Regelungszusammenhang, der das Vertragsprinzip zur Regel und das Mehrheitsprinzip zur Ausnahme macht, zwingend. Im Ergebnis gilt insoweit nichts anderes als bei Satzungsdurchbrechungen im Gesellschaftsrecht ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften (vgl. hierzu BGHZ 123, 15, 19; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 7).

Anders verhält es sich dagegen in den Angelegenheiten, welche die Regelung des Gebrauchs (§ 15 WEG), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) betreffen. Hier räumt das Gesetz den Wohnungseigentümern ausdrücklich die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung ein, sofern es um eine „ordnungsmäßige“ Maßnahme geht. Die Wohnungseigentümerversammlung ist also nicht von vorneherein für eine Beschlussfassung absolut unzuständig (*Buck*, WE 1998, 90, 92 f; *Wenzel*, ZWE 2000, 2, 4 ff.). Sie darf nur keine Beschlüsse fassen, die über die „Ordnungsmäßigkeit“ des Gebrauchs, der Verwaltung und der Instandhaltung hinausgehen. Da dies aber von den Umständen des Einzelfalles abhängt und die Frage der Abgrenzung vielfach nicht leicht zu entscheiden ist, kann die Beschlusszuständigkeit nicht davon abhängen, ob eine Maßnahme ordnungsmäßig ist. Die „Ordnungsmäßigkeit“ ist aus Gründen der Rechtssicherheit nicht kompetenzbegründend (a.A. *Häublein*, ZMR 2000, 423, 429), so dass für Gebrauchs-, Verwaltungs- und Instandhaltungsregelungen an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten ist, dass in diesen Angelegenheiten bestandskräftige Mehrheitsbeschlüsse gültig sind, auch wenn der Regelungsgegenstand den Abschluss einer Vereinbarung oder Einstimmigkeit erfordert hätte (vereinbarungsersetzende Beschlüsse).

Die Nichtigkeit des Eigentümerbeschlusses vom 18.4.1989 kann von den Antragstellern auch ohne gerichtliche Feststellung und ohne zeitliche Befristung geltend gemacht werden (BGHZ 107, 268, 270 f.; *Bärmann/Pick/Merle* aaO § 23 Rdnr. 107; a.A. *Häublein*, ZMR 2000, 423, 430 ff.). Sie rechtfertigt das Unterlassungsbegehren.

5. Der Senat ist sich bewusst, dass die Entscheidung über den zugrunde liegenden Einzelfall hinaus auch für andere Problemfelder, wie z. B. die Änderung des einer Mehrheitsentscheidung entzogenen gesetzlichen bzw. vereinbarten Kostenverteilungsschlüssels (vgl. *Würfel* DWE 2000, 14) oder die Aufhebung der Zustimmungspflichtung des Verwalters oder der Wohnungseigentümergeinschaft zur Vermietung/Veräußerung nach § 12 WEG durch Mehrheitsbeschluss (vgl. *Röll*, ZWE 2000, 13, 16), Bedeutung hat. Soweit es dabei um die Frage ihrer sog. unechten Rückwirkung geht, betrifft dies nur in der Vergangenheit liegende, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte, wie z. B. Beschlüsse über den generellen Kostenverteilungsschlüssel, nicht dagegen Beschlüsse über konkrete Abrechnungen (*Kümmel*, ZWE 2000, 387, 388). Ist der durch Beschluss geregelte Sachverhalt – wie hier – noch nicht abgeschlossen, wird es jeweils darauf ankommen, ob und inwieweit im Vertrauen auf den von dem Bundesgerichtshof bisher uneingeschränkt aufgestellten Rechtssatz, dass bestandskräftige Mehrheitsbeschlüsse mit Vereinbarungsinhalt gültig sind, rechtlich schützenswerte Positionen entstanden sind, deren Beseitigung zu unzumutbaren Härten führen würde, so dass die Folgen der Entscheidung im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ausnahmsweise nur für die Zukunft gelten können (vgl. BGHZ 132, 6, 11; 132, 119, 131). Ein solcher Vertrauenstatbestand ist hier jedoch nicht begründet worden, weil die Frage der Einräumung eines Sondernutzungsrechts durch bestandskräftigen Mehrheitsbeschluss nach der in BGHZ 54, 65 veröffentlichten Entscheidung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur weiter heftig umstritten war und eine ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung sich hierzu nicht entwickelt hat.

7. WEG § 15 Abs. 2 (*Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung II*)

**Über die Vermietbarkeit von in Gemeinschaftseigentum stehenden Räumen einer Wohnungseigentumsanlage kann im Wege der Gebrauchsregelung durch Mehrheitsbeschluss entschieden werden, soweit nicht eine Vereinbarung entgegensteht und den Wohnungseigentümern kein Nachteil erwächst.**

BGH, Beschluss vom 29.6.2000 – V ZB 46/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Der Antragsteller und die Antragsgegner sind Wohnungseigentümer einer Wohnungsanlage. Die Wohnungseigentümer beschlossen am 31.7.1998 mit Stimmenmehrheit, dass „die vermieteten Kellerräume wie gehabt weiterhin von den Eigentümern bzw. Mietern gemietet werden können“. Der Antragsteller hat beantragt, den Eigentümerbeschluss für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen, das Landgericht die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag weiter.

Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLGZ 1999, 337 = WuM 2000, 147) möchte die sofortige weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 5.6.1986 (NJW-RR 1986, 1338) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

(...)

Das vorliegende Gericht ist der Auffassung, die Wohnungseigentümer könnten, soweit keine Vereinbarung entgegenstehe, durch Stimmenmehrheit einen der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechenden ordnungsmäßigen Gebrauch beschließen (§ 15 Abs. 2 WEG). Dieser könne auch in der Vermietung von in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Kellerräumen bestehen, wenn keiner der Wohnungseigentümer einen Nachteil im Sinn des § 14 Nr. 1 WEG erleide.

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Zweibrücken in einer auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom 5.6.1986 (NJW-RR 1986, 1338) die Ansicht vertreten, ein auf die Vermietung einer im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer stehenden Teilfläche gerichteter Beschluss könne nur einstimmig gefasst werden, denn er schränke das Recht jedes einzelnen Wohnungseigentümers auf Mitgebrauch des Wohnungseigentums ein. Beide Gerichte sind damit in einer das Wohnungseigentumsrecht betreffenden Rechtsfrage unterschiedlicher Auffassung. Das trägt die Vorlage.

## III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zwar zulässig (§§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1, 4 WEG, §§ 27, 29 FGG), hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Der Senat teilt die Auffassung des vorlegenden Gerichts und des Beschwerdegerichts, dass über die Vermietbarkeit von in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Kellerräumen durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft entschieden werden kann (BayObLGZ 1999, 377 unter ausdrücklicher Aufgabe früherer Rechtsprechung vgl. BayObLGZ 72, 109, 112 und BayObLGZ 73, 267 ff.; BayObLGZ 92, 1, 2 ff.; KG Berlin WE 1991, 327; Hans. OLG Hamburg, WE 1993, 167, 168; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 24; *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl., Rdnr. B 92; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 172; *Niedenführ/Schulze*, WEG, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 7; *RGRK-Augustin*, BGB, 12. Aufl., § 21 WEG Rdnr. 38; *Sauren*, WEG, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 10; *Staudinger/Kreuzer*, BGB, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 126; *Weitnauer/Liike*, WEG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 24; *Weitnauer*, WE 1989, 42; *Zipperer*, WE 1991, 142, 143; a.A. OLG Zweibrücken, OLGZ 1985, 418, 420 f.; NJW-RR 1986, 1338; *Korff*, DWE 1986, 84; *Merle*, WE 1989, 20; *Zimmermann*, Rpfleger 1982, 401, 406).

1. Zutreffend hat das Beschwerdegericht den angegriffenen Beschluss, dass die vermieteten Kellerräume weiterhin von den Eigentümern bzw. Mietern gemietet werden können, als eine Regelung des Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums im Sinne von § 15 Abs. 2 WEG angesehen. Soweit demgegenüber die Literatur darin eine Maßnahme der Verwaltung erblickt (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 132; *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl., WEG § 21 Rdnr. 300; *Weitnauer*, WE 1989, 42; *Zipperer*, WE 1991, 142,

143), wird dem Umstand nicht genügend Rechnung getragen, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach §§ 20 ff. WEG grundsätzlich nicht den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums, der in den §§ 13 ff. WEG geregelt ist, betrifft. § 21 WEG weicht insoweit von § 745 Abs. 1 und 2 BGB ab, der auch die Nutzung erfasst (*Staudinger/Bub*, aaO, § 21 Rdnr. 31). Wenngleich das Gesetz diese Unterscheidung nicht immer konsequent durchführt, so ergibt sich aus dem Nebeneinander von §§ 13 ff. und §§ 20 ff. WEG doch, dass für Gebrauchregelungen § 15 WEG die speziellere Vorschrift ist (BayObLGZ 1992, 1, 2).

Der angefochtene Beschluss enthält eine Regelung des Gebrauchs. Er schafft die gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung dafür, dass die bisher vermieteten Kellerräume wie gehabt weiter vermietet werden können. Er entzieht damit nicht den Wohnungseigentümern das Recht zum Mitgebrauch (a.A. *Merle*, WE 1989, 20), sondern setzt es weiterhin voraus (*Weitnauer*, WE 1989, 42) und regelt nur die Art und Weise der Ausübung, indem er die Möglichkeit des unmittelbaren (Eigen-)Gebrauchs durch die des mittelbaren (Fremd-)Gebrauchs ersetzt und an die Stelle des unmittelbaren Gebrauchs den Anteil an den Mieteinnahmen treten lässt, § 13 Abs. 2 Satz 2, § 16 Abs. 1 WEG (BayObLGZ 1992, 1, 3).

2. Dem Beschwerdegericht und dem vorlegenden Gericht ist auch darin zu folgen, dass die angegriffene Regelung einen ordnungsmäßigen Gebrauch zum Inhalt hat. Sie konnte daher durch Mehrheitsentscheidung in der Wohnungseigentümersammlung beschlossen werden und bedurfte nicht der Einstimmigkeit. Ob ein Gebrauch ordnungsmäßig ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung und bietet einen gewissen Ermessensspielraum (*Weitnauer/Liike*, WEG, 7. Aufl., § 21 Rdnr. 12). Ordnungsgemäß ist der Gebrauch, den § 14 WEG gestattet (*Staudinger/Kreuzer*, § 15 Rdnr. 111; *Zimmermann*, Rpfleger 1982, 401, 405) und der nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstößt. Die Einzelheiten sind anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Beschaffenheit und Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Eigentums bei Beachtung des Gebots der allgemeinen Rücksichtnahme in Abwägung der allseitigen Interessen (vgl. Senat, BGHZ 139, 288, 296) zu ermitteln. Die Tatsache, dass die Kellerräume weiterhin wie bisher vermietet werden können und dadurch dem Antragsteller zur Eigennutzung nicht zur Verfügung stehen, begründet keinen Nachteil im Sinne des § 14 Nr. 1 WEG und erfordert keine Einstimmigkeit (a.A. OLG Zweibrücken, OLGZ 1985, 418; NJW-RR 1986, 1338; *Korff*, DWE 1986, 84; *RGRK-Augustin*, BGB, 12. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 25, 28; *Zimmermann*, Rpfleger 1982, 401, 406). Denn § 13 Abs. 2 WEG gewährt kein Recht zum Eigengebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums, sondern bestimmt nur das Maß der Mitbenutzung bei geregelter Benutzungsart (*Zipperer*, WE 1991, 142, 143). Es müssen also besondere Umstände vorliegen, um die Vermietung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Räume als nachteilig im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG erscheinen zu lassen (vgl. z.B. BayObLGZ 1992, 1 ff.; KG WE 1990, 208). Derartige Umstände liegen nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts nicht vor. Die tatrichterliche Würdigung, dass die Vermietung weder der Beschaffenheit oder Zweckbestimmung der fraglichen Kellerräume widerspricht noch in Abwägung der allseitigen Interessen das Gebot der allgemeinen Rücksichtnahme verletzt, sondern eine sinnvolle Entscheidung darstellt, lässt im Rahmen der dem Rechtsbeschwerdegericht nur eingeschränkt möglichen Prüfung keinen Rechtsfehler erkennen.

Handelt es sich somit um eine Regelung des ordnungsmäßigen Gebrauchs, konnten die Wohnungseigentümer hierüber, da eine Vereinbarung nach § 15 Abs. 1 WEG nicht entgegensteht, durch Stimmenmehrheit beschließen.

8. WEG §§ 4 Abs. 1, 15 (*Aufteilung eines im Sondernutzungsrecht errichteten Gebäudes*)

**Die Aufteilung eines Gebäudes, welches in Ausübung eines eingeräumten Sondernutzungsrechtes errichtet worden ist, bedarf einer entsprechenden Einigung und Bewilligung aller Wohnungseigentümer.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluss vom 5.10.2000 – 2 Z BR 42/00 – mitgeteilt von Notar *Dr. Rainer Roellenbleg*, München

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümer des aus einem  $\frac{8}{1000}$  Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an den Räumen des Hauses Nr. 56 bestehenden Wohnungseigentums eingetragen. Das Haus Nr. 56 ist einer von insgesamt acht selbständigen Baukörpern, aus denen die Wohnanlage besteht.

Gemäß der im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Gemeinschaftsordnung (GO) vom 28.7.1971, die in der Folgezeit wiederholt geändert wurde, ist mit dem Wohnungseigentum Nr. 56 das Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Gartenanteil verbunden.

§ 2 Abs. 10 GO lautet auszugsweise wie folgt:

Diese Sondernutzung schließt insbesondere auch das Recht ein, unter Einhaltung des öffentlichen Baurechts die betroffenen Flächen in beliebiger Weise baulich auszunutzen, Gebäude zu errichten und abzureißen, einschließlich des bestehenden Villengebäudes selbst, Bäume zu fällen, Aufgrabungen vorzunehmen und überhaupt in jeder Weise diese Fläche wie ein Alleineigentümer zu nutzen. Dies gilt überhaupt für das gesamte auf dieser Fläche befindliche Gemeinschaftseigentum einschließlich des Grund und Bodens.

Der Beteiligte zu 1 verkaufte am 21.4.1999 sein Wohnungseigentum an die Beteiligte zu 2. Zu notarieller Urkunde vom 28.4.1999 wurde das Wohnungseigentum Nr. 56 in insgesamt vier Wohnungseigentumsrechte unterteilt. Mit einem Miteigentumsanteil wurde das Sondereigentum an den Räumen in dem Haus Nr. 56 verbunden; mit weiteren drei Miteigentumsanteilen wurde das neu gebildete Sondereigentum an Räumen in erst noch auf der Sondernutzungsfläche zu errichtenden weiteren drei Gebäuden verbunden.

Den Antrag der Beteiligten, die Unterteilung im Grundbuch zu vollziehen, hat das Grundbuchamt am 16.9.1999 abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die für die nachträgliche Begründung von Sondereigentum erforderliche Mitwirkung aller Wohnungseigentümer sei auch bei einem bestehenden Sondernutzungsrecht erforderlich. Die notwendige Einigung aller Wohnungseigentümer sei nicht in der erforderlichen Auflassungsform nachgewiesen. Es fehlten jegliche Anhaltspunkte dafür, dass der Sondernutzungsberechtigte gemäß § 2 Abs. 10 GO Sondereigentümer der Räume in neu zu errichtenden Gebäuden habe werden sollen. Diese Bestimmung der Gemeinschaftsordnung enthalte auch keine wirksame Ermächtigung, Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum

überzuführen. Sie begründe lediglich ein uneingeschränktes Nutzungsrecht. Schließlich fehle es auch an der Mitwirkung dinglich Berechtigter.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Jeder Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum grundsätzlich in mehrere Wohnungseigentumsrechte unterteilen, ohne dass er hierzu der Mitwirkung anderer Wohnungseigentümer oder Dritter bedarf (BGHZ 49, 250/251; BayObLG Rpfleger 1991, 455). Da Wohnungseigentum nur dergestalt entstehen kann, dass mit einem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum Sondereigentum an bestimmten, zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden wird (§ 1 Abs. 2, 3 WEG), werden bei einer Unterteilung im Regelfall mit einem von dem ursprünglichen Miteigentumsanteil abgespaltenen Anteil einzelne bisher im Sondereigentum stehende Räume verbunden. Dabei muss jeder der neu entstehenden Miteigentumsanteile mit Sondereigentum verbunden sein. Die Schaffung eines isolierten Miteigentumsanteils, also eines Miteigentumsanteils ohne Sondereigentum, ist ebenso wenig zulässig, wie die eines isolierten Sondereigentums ohne damit verbundenen Miteigentumsanteil (BGHZ 109, 179; 130, 159; BayObLGZ 1995, 399/403). Bei einer Unterteilung müssen daher sämtliche bisher im Sondereigentum stehende Räume mit dem Miteigentumsanteil eines der neu entstandenen Wohnungseigentumsrechte verbunden werden; andererseits dürfen auch nur solche Räume als Sondereigentum mit einem Miteigentumsanteilsanteil verbunden werden (BayObLGZ 1998, 70).

b) Hier soll mit einem von dem Miteigentumsanteil von  $\frac{8}{1000}$  abgespaltenen Miteigentumsanteil das gesamte, bisher vorhandene Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr. 56 verbunden werden. Mit drei weiteren, aus dem bisherigen Miteigentumsanteil gebildeten Miteigentumsanteilen soll dagegen Sondereigentum verbunden werden, das derzeit noch nicht vorhanden ist und daher erst begründet werden soll. Zu der damit notwendigen nachträglichen Einräumung von Sondereigentum ist die Einigung aller Wohnungseigentümer in der für die Auflassung vorgeschriebenen Form erforderlich sowie die Eintragung im Grundbuch (§ 4 Abs. 1, 2 WEG; BayObLGZ 1998, 70/74). Daran ändert auch das Bestehen eines Sondernutzungsrechts eines Wohnungseigentümers an den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumen, die zum Sondereigentum werden sollen, nichts (BayObLG Rpfleger 1993, 488). Ob für die Eintragung in das Grundbuch der Nachweis der Auflassung erforderlich ist oder bloße Eintragungsbewilligungen genügen (vgl. dazu *Demharter* GBO 23. Aufl. Anhang zu 3 Rdnr. 28 m.w.N.), braucht nicht entschieden zu werden. Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler sowohl das Vorliegen von Auflassungserklärungen als auch von Eintragungsbewilligungen verneint.

(1) Solche Erklärungen können § 2 Abs. 10 GO nicht entnommen werden. In dieser Bestimmung ist dem Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Wohnungseigentums Nr. 56 lediglich ein – allerdings umfassendes – Nutzungsrecht an einem Teil der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche eingeräumt, das auch die Errichtung eines Gebäudes einschließt. Dieses Nutzungsrecht verschafft dem Beteiligten zu 1 aber nicht das Sondereigentum an den Räumen eines solchen Gebäudes. Diese sind vielmehr gemeinschaftliches Eigentum und können nur nach Maßgabe des § 4 WEG unter Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in Sondereigentum umgewandelt werden.

(2) § 2 Abs. 10 GO kann nicht einmal eine Ermächtigung entnommen werden, die im gemeinschaftlichen Eigentum ste-

henden Räume in einem zu errichtenden Gebäude in Sondereigentum umzuwandeln. Dafür gibt die Einräumung eines, auch umfassenden, Sondernutzungsrechts nichts her. Eine Vereinbarung (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG) mit einem solchen Inhalt wäre im Übrigen unwirksam. Der Senat hat dies wiederholt entschieden (BayObLGZ 1997, 233; 2000, 1; s. dazu auch *Häublein* DNotZ 2000, 442). Diese Ansicht wird vom Kammergericht und Teilen des Schrifttums geteilt (s. dazu die Nachweise in BayObLGZ 2000, 1/2). In seiner Entscheidung vom 5.1.2000 (BayObLGZ 2000, 1/3- [= MittBayNot 2000, 228]) hat sich der Senat mit den Einwendungen gegen seine Rechtsprechung auseinander gesetzt und an ihr festgehalten. Er sieht auch jetzt keine Veranlassung, von ihr abzuweichen.

c) Entgegen der Auffassung der Beteiligten besteht keine Pflicht zur Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof gemäß § 79 Abs. 2 GBO. In den von den Beteiligten genannten Entscheidungen (BGHZ 73, 145 = NJW 1979, 548; OLG Hamm Rpfleger 1995, 246 = DWW 1995, 85) sind die hier maßgeblichen Rechtsfragen nicht entschieden. Eine Heranziehung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm scheidet schon deshalb aus, weil es an einer im Voraus erteilten Zustimmung zur Bildung von Sondereigentum fehlt. Eine solche kann § 2 Abs. 10 GO nicht entnommen werden. Was die Entscheidung des Bundesgerichtshofs angeht, verkennen die Beteiligten den entscheidenden rechtlichen Unterschied zwischen einem Nutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum. Die nachträgliche Einräumung von Sondereigentum durch Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum kann nicht nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden, wie die Übertragung eines Sondernutzungsrechts.

## Anmerkung:

### I. Sachverhalt

Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte innerhalb der letzten zehn Monate dreimal Gelegenheit zur Frage der Schaffung weiteren Sondereigentums bei Errichtung von Mehrhausanlagen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und zu dem „überdimensionalen Miteigentumsanteil“ Stellung zu nehmen. Die erste Entscheidung ist die vom 5.1.2000 – 2 Z BR 163/99 –<sup>1</sup>, zu der *Röll*<sup>2</sup> kritisch Stellung genommen und auf das erhebliche praktische Bedürfnis einer durch die Teilungserklärung verdinglichten Zustimmung aller Eigentümer der früheren Bauabschnitte zur Aufteilung hinsichtlich der späteren Bauabschnitte hingewiesen hat.

Kurz darauf hatte der Verfasser dieser Anmerkung die Möglichkeit, die gleiche Frage in zwei Fällen einer anderen Eigentumswohnanlage nochmals dem zweiten Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts (diesmal in teilweise neuer Besetzung) vorzulegen. Es handelte sich um eine Mehrhausanlage auf einem Grundstück von ca. 25.000 m<sup>2</sup> in einer Gemeinde mit geringer baulicher Verdichtung, deren erster Geschosswohnungsbaukörper 1970/71, deren zweiter Geschosswohnungsbaukörper 1973/74 und in deren dritter Stufe von 1976 bis 1980 fünf freistehende Einfamilienhäuser errichtet wurden; zusätzlich existiert auf dem Grundstück eine Altbau-

villa aus der Zeit um die Jahrhundertwende. Die für jedes Haus bestimmten Flächen waren als Sondernutzung jeweils dem betreffenden Haus zugeordnet.

Die im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Gemeinschaftsordnung enthält unter anderem folgende Bestimmung:

„Diese Sondernutzung schließt insbesondere auch das Recht ein, unter Einhaltung des öffentlichen Baurechts die betroffenen Flächen in beliebiger Weise baulich auszunutzen, Gebäude zu errichten und abzureißen, einschließlich des bestehenden Villengebäudes selbst, Bäume zu fällen, Aufgrabungen vorzunehmen und überhaupt in jeder Weise diese Fläche wie ein Alleineigentümer zu nutzen. Dies gilt überhaupt für das gesamte auf dieser Fläche befindliche Gemeinschaftseigentum einschließlich des Grund und Bodens.“

In der ersten Entscheidung vom 10.8.2000 (2 Z BR 41/00) hat das Bayerische Oberste Landesgericht die erste weitere Beschwerde zurückgewiesen. Der zweite Vorgang hatte die Besonderheit, dass der entscheidende Senat nach Erlass der ersten Entscheidung um Mitteilung gebeten hatte, ob die weitere Beschwerde in der zweiten Sache im Hinblick auf die Entscheidung des Senats vom 10.8.2000 (in der ersten Sache) aufrechterhalten wird. Dies gab dem Verfasser die Möglichkeit, sich in der zweiten Sache mit der Entscheidungsbegründung in der ersten Sache auseinanderzusetzen. Diese weiteren Argumente konnten aber den Senat ebenfalls nicht zu einer abweichenden Entscheidung veranlassen.

### II. Bedenken gegen die Entscheidungsbegründung

Wenig überzeugend scheint indessen – abgesehen von der künstlich wirkenden Differenzierung zwischen „Grundverhältnis der Mitglieder der Gemeinschaft“ und „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ in der ersten Entscheidung wie auch in denen vom 5.1.2000<sup>1</sup> und 24.7.1997<sup>3</sup> – die Begründung der zweiten Entscheidung, soweit sie die vom Verfasser angenommene Vorlagepflicht nach § 79 II GBO an den BGH verneint. Die Auseinandersetzung mit der in beiden weiteren Beschwerden vertretenen Rechtsauffassung, dass der Senat – wollte er die angefochtenen landgerichtlichen Entscheidungen bestätigen – von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>4</sup> und eines anderen Oberlandesgerichts<sup>5</sup> abweichen würde und daher nach § 79 II GBO an den Bundesgerichtshof vorlegen müsste, ist relativ kurz ausgefallen und erschöpft die von der weiteren Beschwerde gegebene Begründung m. E. nicht.

1. Der Bundesgerichtshof hat schon im Beschluss vom 24.11.1978 – V ZB 11/77 (ergangen auf Vorlagebeschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts)<sup>6</sup> zur Übertragung des Sondernutzungsrechts an einem oberirdischen Kfz-Abstellplatz ausgeführt:

„Mit der Eintragung des Sondernutzungsrechts ins Grundbuch handelt es sich nicht mehr um einen lediglich schuldrechtlichen Anspruch. Der Inhalt der Gebrauchsre-

<sup>1</sup> MittBayNot 2000, 228 = BayObLGZ 2000, 1 = NJW-RR 2000, 824.

<sup>2</sup> ZWE 2000, 446 ff.

<sup>3</sup> BayObLGZ 1997, 23 = MittBayNot 1998, 99; hierzu mit Recht kritisch bereits *Röll* DNotZ 1998, 345/346 und *Rapp* MittBayNot 1998, 77/79 f., mit deren Ausführungen schon die Entscheidung vom 5.1.2000 sich wenig überzeugend auseinandergesetzt hat.

<sup>4</sup> BGH NJW 1979, 548.

<sup>5</sup> OLG Hamm DWW 1995, 85.

<sup>6</sup> NJW 1979, 548 (549).

gelung – hier also Anspruch des begünstigten Wohnungseigentümers auf Überlassung des Abstellplatzes zum alleinigen Gebrauch und Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer von der Nutzung dieser Grundstücksfläche – ist nach §§ 15 I, 5 IV, 10 II WEG durch die Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums geworden und hat damit – ohne ein selbständiges dingliches Recht zu sein – dingliche Wirkung erlangt (BGHZ 37, 203 (206) = NJW 1962, 1613; BayObLGZ 1974, 217; auch OLG Hamburg, Rechtspfleger 1975, 366) .... Ein solcher Übergang ist als eine Inhaltsänderung des Sondereigentums und damit des Wohnungseigentums der beiden Beteiligten anzusehen; § 877 BGB setzt aber die grundsätzliche Zulässigkeit der Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück voraus. Dass für das Wohnungseigentum etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich ... Wenn allerdings eine Übertragung des Sondernutzungsrechts den Inhalt des Sondereigentums und des Wohnungseigentums auch aller anderen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft ändern würde, wäre nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 877, 873 BGB) auch deren Mitwirkung, zumindest in Form der Zustimmung, erforderlich.“

Sodann fährt der BGH fort:

„Der erkennende Senat hält jedoch die Betrachtungsweise für gerechtfertigt, dass zum *Inhalt des Sondereigentums* derjenigen Wohnungseigentümer, denen durch Gebrauchsregelung hinsichtlich eines bestimmten Abstellplatzes<sup>7</sup> das Recht zum Mitgebrauch entzogen wird, *nur dieser Ausschluss der eigenen Berechtigung* wird, nicht aber auch die Zuordnung des Nutzungsrechts an dem Abstellplatz<sup>8</sup> zu einem bestimmten Wohnungseigentum. Denn in dem Ausschluss der eigenen Berechtigung liegt der das dingliche Recht der Betroffenen berührende Gehalt der Gebrauchsregelung, während die Zuordnung der Nutzungsbefugnis zu einem bestimmten Wohnungseigentum ohne unmittelbare Auswirkung auf die rechtliche Stellung der übrigen Wohnungseigentümer ist. Vom Boden dieser Rechtsauffassung aus werden durch eine Übertragung des Sondernutzungsrechtes von seiten des begünstigten Wohnungseigentümers auf einen anderen Wohnungseigentümer die Rechte der übrigen Wohnungseigentümer nicht berührt; gemäß §§ 877, 873 BGB ist deren Beteiligung daher nicht erforderlich. Ebenso wenig ist eine solche Beteiligung (durch Zustimmung oder in sonstiger Form) unter dem Gesichtspunkt des im Wohnungseigentum neben dem gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum enthaltenen mitgliedschaftsrechtlichen Elements geboten.“

Diese Überlegungen lassen sich uneingeschränkt auch auf die Neubegründung von Sondereigentum in einem zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Sondernutzungsbereich ausdehnen und hier in gleicher Weise anwenden. Ob die neu entstehenden, in sich abgeschlossenen Räume dem Sondernutzungsrecht oder dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers unterliegen, macht keinen Unterschied: In beiden Fällen sind die nichtsondernutzungsberechtigten Wohnungseigentümer von jeglicher Nutzung in dem Sondernutzungsbe-

reich ausgeschlossen, gleich viel, ob dieser Bereich zu einem Sondernutzungsrecht oder zu einem Sondereigentum gehört.

Das maßgebliche Kriterium ist nach der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs eben nicht die Zuordnung des Nutzungsrechtes am Gemeinschaftseigentum zu einem bestimmten Wohnungseigentum, sondern der Umstand, dass zum Inhalt des Sondereigentums derjenigen Wohnungseigentümer, denen durch Gebrauchsregelung hinsichtlich von Teilen des Gemeinschaftseigentums das Recht zum Mitgebrauch entzogen wird, nur dieser Ausschluss der eigenen Berechtigung zum Inhalt des Sondereigentums dieser Wohnungseigentümer gehört.

Der Bundesgerichtshof führt a.a.O. weiter aus:

„Mit der durch die Benutzungsregelung bewirkten, ohne Mitwirkung des begünstigten Wohnungseigentümers nicht wieder rückgängig zu machenden Ausschließung aller anderen Wohnungseigentümer von der Benutzung des betreffenden Grundstücksteiles ist diese Nutzungsbefugnis bereits so nachhaltig aus der Gesamtberechtigung (zwar nicht hinsichtlich des nach wie vor bestehenden Miteigentums, aber hinsichtlich des Rechts zum Mitgebrauch) herausgelöst worden, dass es auch unter Berücksichtigung der mitgliedschaftsrechtlichen Bindung nicht maßgebend darauf ankommen kann, *welchem* Wohnungseigentümer die Nutzungsberechtigung zugeordnet ist. Ein schutzwürdiges Interesse daran, dass nur ein der Person nach bestimmter Wohnungseigentümer die Nutzungsbefugnis innehat, kann schon deshalb nicht anerkannt werden, weil durch eine Veräußerung des Wohnungseigentums im Ganzen ohnehin ein Wechsel in der Person auch des Nutzungsberechtigten eintreten kann, ohne dass die übrigen Wohnungseigentümer dies verhindern könnten.“

Durch die Schaffung zusätzlichen Sondereigentums in einem Sondernutzungsbereich werden daher – wie der Verfasser dieser Anmerkung meint – die dort von der Sondernutzung ausgeschlossenen Wohnungseigentümer nicht berührt. Ihre Mitwirkung als Beteiligte ist nicht erforderlich.

Dies lässt sich unmittelbar der vorzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs entnehmen. Mit der Bestätigung der landgerichtlichen Entscheidung dürfte der Senat von den dort angeestellten Überlegungen des Bundesgerichtshofs abgewichen sein.

2. Das OLG Hamm hat im Beschluss vom 22.9.1994 – 15 W 262/94 –<sup>9</sup> zur dinglichen Wirkung einer Zustimmung zur Inhaltsänderung von Wohnungseigentum nach den §§ 877, 876 Satz 1 BGB ausgeführt:

„Diese Zustimmung ist entsprechend § 876 Satz 2 BGB nur entbehrlich, wenn die dingliche Rechtsstellung des Dritten durch die Änderung nicht berührt wird ... Zu der Änderung der Teilungserklärung hat die Volksbank B durch notariell beglaubigte Erklärung am 23.10.1992 die Zustimmung erteilt ... Die rechtliche Wirkung der Abgabe dieser Zustimmung beurteilt sich nach der Sondervorschrift des § 876 Satz 3 BGB. Danach ist die Zustimmung entweder dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Da der Urkundsnotar die Zustimmungserklärung der Volksbank B dem Grundbuchamt eingereicht hat, kann davon ausgegangen werden, dass er die Zustimmungserklärung der Volksbank für die begünstigten Wohnungseigentümer entgegengenommen hat und die Erklärung somit wirksam

<sup>7</sup> Oder – wie der Verfasser meint – anderer Teile des Gemeinschaftseigentums.

<sup>8</sup> Oder – wie der Verfasser meint – sonstigen Teiles des Gemeinschaftseigentums.

<sup>9</sup> DWW 1995, 85.

geworden ist. Nach § 876 Satz 3 2. Halbsatz BGB ist die Zustimmungserklärung unwiderruflich. Diese Unwiderruflichkeit stellt eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften der §§ 183, 873 Absatz 2, 875 Absatz 2 BGB dar. Sie bewirkt, dass die gegenüber dem Zustimmungadressaten abgegebene Erklärung sofort bindend wird. Deshalb kommt es für die Wirksamkeit der Erklärung nur auf die Verfügungsbefugnis des Drittberechtigten *zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens seiner Erklärung* an. Der Rechtsnachfolger des Drittberechtigten muss die Zustimmung als Verfügung über das Recht nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 404, 413 BGB gegen sich gelten lassen. Unberührt bleibt davon nur der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Die Bindungswirkung für den Rechtsnachfolger tritt deshalb nicht ein, sofern § 892 BGB seinen guten Glauben an den Fortbestand des erworbenen Rechtes schützt.“

Im vorliegenden Falle war das Sondernutzungsrecht der begünstigten Wohnungseigentümer seit 1976 im Grundbuch eingetragen. Im Jahre 1976 ist die im Voraus erteilte Zustimmung zur Bildung von Sondereigentum bereits beim Grundbuchamt eingereicht worden und bindend und unwiderruflich geworden. Auf die Zustimmung der nach diesem Zeitpunkt in die Wohnungseigentümergeinschaft eingetretenen neuen Eigentümer konnte es daher nicht ankommen. Die Rechtsnachfolger mussten die Zustimmung als Verfügung über das erworbene Wohnungseigentum gegen sich gelten lassen. In Anbetracht der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes konnte auch ein gutgläubig lastenfreier Erwerb ohne die im Sondernutzungsrecht der begünstigten Wohnungseigentümer liegende Aufteilungsbefugnis nicht in Betracht kommen.

Die Überlegungen des OLG Hamm sind allgemeiner und grundsätzlicher Art und gelten daher nicht nur für die Zustimmung eines Drittberechtigten zur Inhaltsänderung des Wohnungseigentums, sondern auch für die Zustimmung anderer Wohnungseigentümer, die nach Meinung des Landgerichts an der Begründung zusätzlichen Sondereigentums zu beteiligen gewesen wären. Sie sind, wenn die Begründung zusätzlichen Sondereigentums in einem ihnen entzogenen Sondernutzungsbereich erfolgt, ebenfalls nicht betroffene Drittberechtigte.

Auch die Abweichung von dieser Entscheidung des OLG Hamm hätte nach Auffassung des Verfassers dieser Anmerkung die Vorlage an den BGH nach § 79 II GBO erforderlich gemacht.

3. Die Voraussetzungen des § 79 II GBO waren – wie der Verfasser meint – gegeben. Es handelt sich um die Auslegung einer bundesrechtlichen Vorschrift, die das Grundbuchrecht betrifft. Sie muss nicht notwendig ihren Standort in der GBO haben; in Betracht kommen vielmehr alle sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften, die das Grundbuchamt angewendet oder zu Unrecht nicht angewendet hat, gleichgültig, in welchem Bundesgesetz sie stehen<sup>10</sup>.

Die Voraussetzungen einer Vorlegung werden auch dann angenommen, wenn es um die Auslegung einer als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung von Wohnungseigentümern geht; der Grund hierfür ist der normähnliche Charakter der Gemeinschaftsordnung<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Demharter § 79 GBO Rdnr. 8 und 9.

<sup>11</sup> BGH 88, 304; 92, 20; Demharter a.a.O. Rdnr. 10.

Gleichheit der Rechtsfrage war gegeben, weil die Auslegung der in Betracht kommenden Vorschriften die Grundlage der Entscheidung bildete und es sich nicht nur um gelegentliche Bemerkungen in den Entscheidungsgründen handelte. Die Entscheidung beruht auf der anderen Beurteilung der Rechtsfrage, weil die Entscheidung anderes ausgefallen wäre, wenn der BGH und das OLG Hamm in den beiden angeführten Entscheidungen die Rechtsfrage ebenso beurteilt hätten, wie der jetzt mit der Sache befasste Senat des Bayerischen Obersten Landesgerichts. Sachlich gerechtfertigte Gründe, bei den Inhaltsänderungen im Bereich von Sondernutzungsrechten, der einem Teil der Wohnungseigentümer entzogen ist und daher die Betroffenheit dieser Wohnungseigentümer ausschließt, zwischen Sondernutzung und Sondereigentum zu differenzieren, sind nicht erkennbar.

Die Abweichung des Senats von den vorzitierten Entscheidungen des BGH und des OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 10.8.2000 (2 Z BR 41/00) und vom 5.10.2000 (2 Z BR 42/00) beruht auch nicht auf einer allgemeinen Änderung der Rechtsauffassung<sup>12</sup>.

Die vorzitierte Entscheidung des OLG Hamm ist, soweit ersichtlich, auf eine weitere Beschwerde hin ergangen. Dass das OLG Hamm auf Anfrage erklärt hätte, an seiner früheren Entscheidung nicht mehr festzuhalten, ist nicht erkennbar.

4. Die Entscheidung vom 10.8.2000 lässt auch eine Auseinandersetzung mit dem Umstand vermissen, dass bei sogenannten antizipierten Ermächtigungen zur späteren Begründung zusätzlichen Sondereigentums diese Ermächtigung aus dem Grundbuch ersichtlich ist, weil sie als Inhalt des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen ist. Hatte die Entscheidung vom 5.1.2000 an den Ausführungen von Röhl<sup>13</sup> noch bemängelt, dass den künftigen Erwerbern von Wohnungseigentum zugemutet werde, Eigentum zu erwerben, das in wesentlichen Bereichen nachträglich ohne ihre Mitwirkung durch einen Dritten verändert werden könne, so hatte der Verfasser in der Begründung der ersten weiteren Beschwerde zur Entscheidung vom 10.8.2000 darauf hingewiesen, dass jeder künftige Erwerber von Wohnungseigentum dieses so erwirbt, wie es im Grundbuchblatt beschrieben ist, und dazu gehört in Fällen dieser Art unzweifelhaft auch die als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Ermächtigung zur Begründung weiteren Sondereigentums in bestimmten Sondernutzungsbereichen.

Der Wert der einzelnen Eigentumswohnung wird auch tatsächlich nur durch den gesamten (wirklichen) Inhalt des Grundbuchs bestimmt, nicht danach, was sich ein Dritter anhand der eingetragenen nominellen Miteigentumsanteile vorstellt. Maßgeblich hierfür ist ausschließlich das Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes; dort wird – wie auch hier – vollumfänglich auf die gesamte Teilungserklärung als Eintragungsbewilligung Bezug genommen; die Eintragung von Sondernutzungsrechten hat im Bestandsverzeichnis der betreffenden Eigentumswohnungen zu erfolgen<sup>14</sup>.

Da die Sondernutzungsrechte im vorliegenden Fall im Grundbuch eingetragen sind und die Teilungserklärungen als Eintragungsbewilligungen ordnungsgemäß nach § 874 BGB in Bezug genommen sind, ist damit die dinglich wirkende Ermäch-

<sup>12</sup> Vgl. zum gesamten Fragenkreis Demharter § 79 GBO Rdnr. 11, 12.

<sup>13</sup> DNotZ 1998, 345/346.

<sup>14</sup> BayObLG Rechtspfleger 1986, 257.

tigung aufgrund des Sondernutzungsrechtes ebenfalls im Grundbuch eingetragen; jeder Rechtsnachfolger muss daher diese Ermächtigung gegen sich gelten lassen. Ein gutgläubiger Erwerb ohne Bindung an diese Ermächtigung wäre nur möglich, wenn das Sondernutzungsrecht im Grundbuch nicht eingetragen wäre<sup>15</sup>. Im vorliegenden Fall ist das Sondernutzungsrecht (mit der die Begründung von Sondereigentum enthaltenden Ermächtigung) im Grundbuch eingetragen.

Die Ermächtigung ist an genau der Stelle des Grundbuches eingetragen, an der der Gegenstand des Sondereigentums und dessen Abgrenzung vom Gemeinschaftseigentum und wo Änderungen im Umfang des Gegenstandes von Sonder- und Gemeinschaftseigentum eingetragen werden, nämlich im Bestandsverzeichnis. Tatsächlich wird sowohl das „Grundverhältnis der Mitglieder der Gemeinschaft“ wie auch das „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ an der gleichen Stelle des Grundbuches eingetragen.

Es spricht daher sehr viel dafür, dass es die vom BayObLG postulierte, systematische Unterscheidung nicht gibt.

Der Umfang dessen, was an dinglichen Rechtsänderungen in der betroffenen Anlage und bei den in ihr bestehenden Eigentumswohnungen vorkommen kann, ist daher aus dem Grundbuch ersichtlich und bindet jeden Wohnungseigentümer und seine Drittberechtigten. Das aus dem Grundbuch ersichtliche Recht der mit dem Sondernutzungsrecht begünstigten Sondereigentümer ist von diesen nachträglich im Rahmen des entschiedenen Sachverhalts ausgeübt worden. Die von ihnen vorgenommene Verfügung ist nach § 185 I BGB wirksam, weil mit Einwilligung aller Betroffenen vorgenommen.

### III. Zusammenfassung

Die praktischen Bedürfnisse für die Schaffung weiteren Sondereigentums in mehreren Bauabschnitten bei Mehrhausanlagen und überdimensionalem Miteigentumsanteil bleiben daher weiterhin unbefriedigend gelöst, sieht man von der Sicherung des Anspruchs auf Begründung künftigen Sondereigentums durch Vormerkung an dem Wohnungseigentum der früheren Baukörper ab, die allerdings die spätere Zustimmung der betroffenen Wohnungseigentümer nicht entbehrlich macht. Hierzu bedürfte es dann einer weiteren Vollmacht, die aber wiederum den Einzelrechtsnachfolger nicht bindet. Eine Mitwirkungspflicht des Einzelrechtsnachfolgers lässt sich nur durch Eintritt in die Verpflichtungen der Voreigentümer begründen.

Es ist zu bedauern, dass der 2. Senat des BayObLG nicht die Gelegenheit genutzt hat, die frühere Rechtsprechung des Senats aufzugeben, und die Chance der Rechtsfortbildung (§ 132 Abs. 4 GVG) wahrzunehmen, ggfs. auch durch Vorlage an den BGH.

Notar *Dr. Rainer Roellenbleg*, München

<sup>15</sup> *Bärman/Pick/Merle* § 15 WEG Rdnr. 18.

9. BGB § 242; WEG § 4, § 21 Abs. 4 (*Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan*)

**Ist das mit den Miteigentumsanteilen von zwei Speichern verbundene Sondereigentum wegen eines Widerspruchs zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan nicht entstanden, besteht ein gegen die übrigen Wohnungs-**

**Teileigentümer gerichteter Anspruch auf Begründung von Sondereigentum, das mit den isolierten Miteigentumsanteilen verbunden werden kann. Welche Sondereigentumsflächen den einzelnen Miteigentumsanteilen zuzuweisen sind, bemisst sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Interesses der Gesamtheit der Miteigentümer nach billigem Ermessen.**

BayObLG, Beschluss vom 31.8.2000 – 2Z BR 21/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

10. BayNatSchG Art. 34 (*Eintragungsfähigkeit des Vorkaufsrechtes nach Art. 34 BayNatSchG*)

1. **Das Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG hat bereits ab dem Zeitpunkt der Entstehung die gleiche Wirkung wie eine Auflassungsvormerkung.**
2. **Mangels Erforderlichkeit ist eine Eintragung des ausgeübten Vorkaufsrechtes im Grundbuch nicht zulässig.**

BayObLG, Beschluss vom 1.8.2000 – 2Z BR 57/00 – mitgeteilt von Notar *Dr. Hans-Hermann Wörner*; Kennath

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 2 sind im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 6.8.1999 verkauften sie das Grundstück; für den Erwerber wurde am 7.9.1999 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Das zuständige Landratsamt machte mit Bescheid vom 7.10.1999 gegenüber den Beteiligten zu 2 das Vorkaufsrecht gemäß Art. 34 Bayerisches Naturschutzgesetz (BayNatSchG) zugunsten der Beteiligten zu 1, einer Gemeinde, geltend.

Am 2.5.2000 hat die Beteiligte zu 1 beantragt, im Grundbuch folgenden Vermerk einzutragen:

Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG zugunsten der Gemeinde ... wurde gemäß unanfechtbaren Bescheid des Landratsamtes ... am 7.10.1999 ausgeübt.

Das Grundbuchamt hat am 17.5.2000 den Antrag abgewiesen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 5.6.2000 die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde, jedoch ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Eine Bewilligung der Eigentümer zur Eintragung des Vorkaufsrechtes liege nicht vor. Da das gesetzliche Vorkaufsrecht auch ohne Eintragung dingliche Wirkung entfalte, sei eine Eintragung nicht erforderlich. Dies sei im Übrigen in Art. 34 Abs. 4 Satz 2 BayNatSchG auch ausdrücklich so bestimmt.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Grundbuchamt hat dem Antrag, im Grundbuch den Vermerk einzutragen, das Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG sei vom zuständigen Landratsamt zugunsten der Beteiligten zu 1 ausgeübt worden, zu Recht nicht stattgegeben.

a) Im Grundbuch dürfen grundsätzlich nur solche Eintragungen vorgenommen werden, die durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben oder zugelassen sind; die Zulassung kann auch eine stillschweigende sein, sich insbesondere daraus ergeben, dass das materielle Recht an die Eintragung eine rechtliche Wirkung knüpft (*Demharter* GBO 23. Aufl. Anhang zu § 13

Rdnr. 14). Für öffentliche Lasten ist dies in § 54 GBO vom Grundsatz her verankert. Er gilt aber in gleicher Weise für andere insbesondere öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums, die am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teilnehmen. Denn es ist anerkannt, dass unnötige Eintragungen vom Grundbuch fern gehalten werden sollen, weil sie dessen Übersichtlichkeit erschweren und verwirrend wirken können (BayOBLGZ 1953, 246/251; OLG Hamm FGPrax 1997, 59).

b) Nach diesen Grundsätzen liegen die Voraussetzungen für die Eintragung des gewünschten Vermerks nicht vor. Die Eintragung der Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß Art. 34 BayNatSchG ist durch Rechtsnorm weder vorgeschrieben noch zugelassen.

aa) Art. 34 Abs. 4 Satz 2 BayNatSchG bestimmt, dass das Vorkaufsrecht gemäß Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG der Eintragung im Grundbuch nicht bedarf. Dadurch wird klargestellt, dass das Vorkaufsrecht außerhalb des Grundbuchs entsteht und erlischt. Der Grund liegt darin, dass das Vorkaufsrecht als öffentlichrechtliche Belastung auf den von ihm nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen erfassten Grundstücken ruht (LT-Drs. 7/3007 S. 33). Sein Bestand ist von einer Eintragung im Grundbuch unabhängig. Deshalb wird das Vorkaufsrecht auch nicht vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasst. Weder ist ein gutgläubiger Erwerb des Vorkaufsrechts möglich, noch kann ein Grundstück deshalb gutgläubig frei von dem Vorkaufsrecht erworben werden, weil das Recht nicht eingetragen ist (*Friedlein/Weidinger/Groß* BayNatSchG 2. A. Art. 34 Rdnr. 13; *KEHE/Munzig* GBR 5. Aufl. Einl. J 4; vgl. LT-Drs. 7/3007 S. 33).

Nach diesen Grundsätzen kann das Vorkaufsrecht selbst nicht als eintragungsfähig angesehen werden (h.M., z.B. *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 27; a.Ä. unter Hinweis auf die Warnfunktion des Grundbuchs *Ertl* Rpfleger 1980, 1/6; *KEHE/Munzig* Einl. Rdnr. K 31, K 36 und für das dem Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG vergleichbare Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BBauG 1960 KG DNotZ 1962, 555/559). Es würde nicht zur Sicherheit des Rechtsverkehrs beitragen, wenn auf Antrag im Einzelfall das Bestehen eines Vorkaufsrechts nach Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG in das Grundbuch eingetragen würde. Denn eine solche Eintragung hätte keine verbindliche Aussagekraft. Sie könnte darüber hinaus zu dem unzutreffenden Schluss verleiten, in Fällen, in denen das Vorkaufsrecht nicht eingetragen ist, bestehe es nicht.

bb) Auch für die beantragte Eintragung eines Ausübungsvermerks besteht keine Grundlage und kein Bedürfnis.

Das Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG hat, obwohl es nicht eingetragen ist, die gleiche Wirkung wie eine Auflassungsvormerkung (Art. 34 Abs. 7 BayNatSchG i.V.m. § 1098 Abs. 2 BGB). Dieser dingliche Schutz wirkt schon ab dem Zeitpunkt, ab dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, und nicht erst ab seiner Ausübung (BGHZ 60, 275/294); er geht daher der vor Ausübung des Vorkaufsrechts eingetragenen Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers vor. Das Vorkaufsrecht sichert damit zunächst den (künftigen) Anspruch auf Auflassung des Grundstücks, der im Verkaufsfall bei Ausübung des Rechts zugunsten des Vorkaufsberechtigten entsteht, nach der Ausübung des Vorkaufsrechts den dann entstandenen Anspruch. Das bedeutet, dass im Fall der Ausübung die Eintragung des Käufers wie eines Dritten als Eigentümer im Grundbuch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist (vgl. § 883 Abs. 2 BGB; *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle* Naturschutzrecht in Bayern Art. 34 Rdnr. 29). Dieser

kann gegebenenfalls die Zustimmung zu solchen Eintragungen und Löschungen verlangen, die zur Verwirklichung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs erforderlich sind (vgl. § 888 Abs. 1 BGB). Ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks frei von diesen Beschränkungen ist nicht mehr möglich.

Diese Beschränkungen gelten auch, wenn der Eigentümer des Grundstücks nach Ausübung des Vorkaufsrechts einen Tauschvertrag abschließen sollte. Denn dadurch erlischt der durch die Ausübung begründete, gemäß § 1098 Abs. 2, §§ 883 ff. BGB gesicherte Auflassungsanspruch nicht. Die Befürchtungen der Antragstellerin, ihr einmal entstandenes Recht könne durch weitere Verfügungen über das Grundstück beeinträchtigt werden, sind daher unbegründet. Demgemäß besteht auch kein Bedürfnis für die Eintragung des gewünschten Vermerks.

### Anmerkung:

Der Grundbuchverkehr ist durch zahlreiche öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschränkungen und Vorkaufsrechte beschränkt. Sie spielen eine immer gewichtigere Rolle, je mehr das öffentliche Recht in das private Grundstücksrecht eingreift (*Ertl*, Rechtspfleger 1980, 1 [6]; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 3800). Im Gegensatz zu privaten Grundstücksbelastungen werden sie i.d.R. nicht im Grundbuch vermerkt und sind dann nur bei Kenntnis der Rechtslage erkennbar. Aus diesem Grund soll der Notar nach § 18 und § 20 BeurkG bei Beurkundungen auf behördliche Genehmigungserfordernisse und gesetzliche Vorkaufsrechte hinweisen.

Mit dem vorstehenden Beschluss des BayObLG war die Frage zu entscheiden, ob das landesgesetzliche Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG oder dessen Ausübung im Grundbuch eingetragen werden kann. Gesetzliche Vorkaufsrechte bedürfen zu ihrer Entstehung regelmäßig keiner Grundbucheintragung (Ausnahme z. B. Vorkaufsrecht von Mietern und Nutzern oder des Berechtigten nach § 20 Abs. 6 S. 1 und § 20 a VermG). Die Wirkung der gesetzlichen Vorkaufsrechte kann unterschiedlich ausgestaltet sein: Sie können lediglich zu einer Grundbuchsperrung führen (so nach der „Entdinglichung“ des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinden nach § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB) oder nur schuldrechtlichen Charakter haben (z. B. das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 570 b BGB, § 2 b WoBindG). Daneben kann ein gesetzliches Vorkaufsrecht aber auch in seiner Wirkung einem dinglichen Vorkaufsrecht gleichgestellt sein, was durch die entsprechende Anwendung der Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB erreicht wird. Dies ist v.a. bei einigen landesrechtlichen Vorkaufsrechten der Fall (vgl. die Zusammenstellungen bei *Grauel*, MittRhNotK 1993, 243, 1994, 190, 1995, 363 und 1997, 367 sowie DNotI-Report 1996, 216), so auch nach Art. 34 Abs. 7 S. 2 BayNatSchG. Dagegen ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nichts einzuwenden (BayVGH MittBayNot 1995, 334; *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle*, Art. 34 BayNatSchG Rdnr. 2).

Das BayObLG folgt in seiner Entscheidung der h. M. (z. B. *Haegele/Schöner/Stöber*, Einl. Rdnr. 27; *Meikel/Morvilius*, GBO, 8. Aufl., Einl. C 6) und verneint im Ergebnis zu Recht die Eintragungsfähigkeit des landesrechtlichen Vorkaufsrechts.

Dies gilt bereits für die Eintragungsfähigkeit des Bestehens eines Vorkaufsrechts als solchem, folgt aber – entgegen der Begründung des BayObLG – nicht schon aus einem Vergleich

mit der Bestimmung des § 54 GBO, wonach die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten von der Grundbucheintragung ausgeschlossen sind. Denn während diese mit öffentlich-rechtlichen Mitteln (Beitrags- und Steuerpflichten) durchgesetzt werden, haben gesetzliche Vorkaufsrechte trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Wurzel (BGHZ 60, 275, 283 ff.) privatrechtlichen Charakter und werden mit Mitteln und in den Formen des Privatrechts verwirklicht (*Staudinger/Mader* 13. Bearb. 1995 Vorbem. §§ 504 ff. Rdnr. 22; KG DNotZ 1962, 555, 559). Die Eintragungsfähigkeit kann auch nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil die Eintragung des gesetzlichen Vorkaufsrechts nicht ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. hierzu aus jüngster Zeit etwa zur Eintragungsfähigkeit eines sog. Wirksamkeitsvermerks, BGH DNotZ 1999, 1000). Umgekehrt kann sie auch nicht, wie die Vertreter der Gegenmeinung argumentieren, damit begründet werden, dass sie gesetzlich nicht ausgeschlossen ist. Entscheidend für die Grundbucheintragungsfähigkeit ist, ob das Gesetz an die Eintragung oder die Nichteintragung Rechtsfolgen knüpft, insbesondere der Gutgläubensschutz nach § 892 BGB davon abhängt (*Meikel/Morvilius*, Einl. C 4; *Demharter*, GBO, 23. Aufl. Anh. zu § 13 Rdnr. 14). Gerade das ist beim Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG aber nicht der Fall: Es besteht nach dem Gesetz ohne Rücksicht auf die Grundbucheintragung. Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb frei vom Vorkaufsrecht ist daher ausgeschlossen (so zum vergleichbaren Vorkaufsrecht nach dem BBauG a. F.: MünchKomm/Wacke, 3. Aufl. § 892 Rdnr. 17; *Staudinger/Gursky*, 13. Bearb. 1996 § 892 Rdnr. 42), selbst wenn man die Eintragungsfähigkeit bejahen würde (*Jauernig*, BGB, 9. Aufl. § 892 Rdnr. 7). Eine Grundbucheintragung ist daher zum Schutz des Bestandes des Vorkaufsrechts weder notwendig noch sinnvoll. Die Eintragung würde im Gegenteil das Grundbuch nur verwirren und beim Erwerber in den Fällen einer Nicht-Eintragung einen gerade nicht vorhandenen Gutgläubensschutz erwecken. Bei überflüssigen Eintragungen fehlt zudem bereits das Rechtsschutzbedürfnis für einen entsprechenden Antrag (*Bauer/v.Oevele*, GBO, AT I 130).

Die v.a. von *Ertl* (Rpfleger 1980, 1, 6), *Munzig* (KEHE, 5. Aufl. Einl. K 36 f.) und dem KG (DNotZ 1962, 555, 559 zu dem früher mit den Wirkungen des § 1098 Abs. 2 BGB ausgestalteten gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinden) vertretene Gegenmeinung vermag dagegen nicht zu überzeugen: Die Verfechter der Eintragungsfähigkeit berufen sich zum einen auf die mit der Eintragung verminderten Gefahren für den Erwerber und die Vermeidung unnötiger Vorkaufsrechtsanfragen (*Munzig*). *Ertl* verbindet darüber hinaus im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip die unterlassene oder verzögerte Eintragung mit dem Verdikt der Staatshaftung oder gar dem Verlust des Rechts. Ein effektiver Erwerberschutz lässt sich jedoch nur bei einer durchgehenden oder konstitutiven Grundbucheintragung erreichen, die aber gesetzlich gerade nicht vorgesehen ist. Die Eintragungsfähigkeit würde nur zu „Halbwahrheiten“ im Grundbuch führen und letztlich einem Erwerber nichts nützen. Selbst der – gesetzlich geregelte – rein deklaratorische Umlegungs- oder Sanierungsvermerk bringt wegen des fehlenden öffentlichen Glaubens erhebliche Gefahren für den Rechtsverkehr (*Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 63).

Die gleichen Überlegungen führen auch zur Unzulässigkeit der Eintragung des ausgeübten Vorkaufsrechts, die nach Art. 34 Abs. 7 S. 2 BayNatSchG i. V. m. § 1098 Abs. 2 BGB die Wirkung einer Vormerkung hat. Auch diese Rechtsfolge besteht unabhängig von der Eintragung im Grundbuch und dem Öffentlichen Glauben. Es besteht hier noch weniger ein

Bedürfnis für eine Eintragung, da der Vorkaufsberechtigte nach der Vorkaufsrechtsausübung die Auflassung an sich verlangen kann. Würde für den Drittkäufer eine Vormerkung eingetragen, kann die Kreisverwaltungsbehörde ebenfalls die Eintragung verlangen (allgemein hierzu beim Vorkaufsrecht: *Grziwotz* MittBayNot 1992, 173, 175) und aufgrund der Vormerkungswirkung die Löschung der Vormerkung für den Drittkäufer betreiben.

Für die Praxis bleibt damit als Resümee anzumerken: Sicherheit bringt dem Erwerber von Flächen, die hinsichtlich des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts „verdächtig“ sind, nicht die Einsicht in das Grundbuch, sondern nur eine rechtsverbindliche Bestätigung der zuständigen Behörde. Eine Anfrage kann auch bei Erwerben angezeigt sein, die zwar (wie beim Tausch) kein Vorkaufsrecht auslösen (dazu aber BayVGH MittBayNot 1996, 324), jedoch Grundstücke betreffen, die schon früher verkauft wurden und bei denen daher bereits die Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB eingetreten sein könnte.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

11. Bayerisches Fischereigesetz Art. 9, 13, 14; Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten § 6 Abs. 1 (*Eintragung eines selbstständigen Fischereirechts*)

1. **Zu den Voraussetzungen, unter denen ein selbstständiges Fischereirecht als Grundstücksbelastung in das Grundbuch eingetragen werden kann.**
2. **Offen bleibt, ob der Eigentümer eines Gewässers ein selbstständiges Fischereirecht daran auch für sich selbst als Eigentümerrecht begründen kann.**

BayObLG, Beschluss vom 15.6.2000 – ZZ BR 186/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1 war als Eigentümer zweier Grundstücke im Grundbuch eingetragen; eines der Grundstücke besteht teilweise aus einem Gewässer. Nachdem der Beteiligte zu 1 die Grundstücke verkauft hatte, übte das zuständige Landratsamt zugunsten des Beteiligten zu 2, des Landkreises E., und der Beteiligten zu 3, der Gemeinde H., das Vorkaufsrecht nach Art. 34 des Bayerischen Naturschutzgesetzes aus. Aufgrund der bestandskräftigen Ausübungserklärung trat das Grundbuchamt am 28.11.1997 den Beteiligten zu 2 als Miteigentümer der Grundstücke zu  $\frac{7}{10}$ , die Beteiligte zu 3 als Miteigentümerin zu  $\frac{3}{10}$  in das Grundbuch ein.

Der Beteiligte zu 1 wandte sich gegen die Eintragung mit der Anregung, einen Widerspruch dagegen zu seinen Gunsten zu buchen. Die Anregung blieb ebenso wie die Beschwerde erfolglos; auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 wies der Senat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 26.8.1999 an, gegen das Eigentum der Beteiligten zu 2 und 3 einen Widerspruch zugunsten des Beteiligten zu 1 einzutragen. Dies geschah am 22.9.1999. Wegen der Einzelheiten des vorangegangenen Verfahrens wird auf den genannten Senatsbeschluss (BayObLGZ 1999, 245 = NJW-RR 2000, 28 = BayVBl. 2000, 92) Bezug genommen.

Der Beteiligte zu 1 hat am 20.9.1999 beim Grundbuchamt „Antrag auf Erhalt eines Grundbuchblatts zur Eintragung eines selbstständigen Fischereirechts“ an den beiden Grundstücken gestellt. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 29.10.1999 zurückgewiesen. Selbständige Fischereirechte seien nur solche, die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustünden; der Beteiligte zu 1 könne daher nicht Berechtigter eines selbstständigen Fischereirechts

an den Grundstücken sein. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluss vom 10.12.1999 zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 1 hat weitere Beschwerde eingelegt.

Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 21.1.2000 bestellte der Beteiligte zu 1 an einem der beiden Grundstücke ein selbständiges, veräußerliches und vererbliches Fischereirecht. Er bewilligte und beantragte die Eintragung des Rechts auf dem Blatt des Grundstücks. Weiter beantragte er, für das Fischereirecht ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Landgerichts vom 10.12.1999 ist nicht begründet.

1. (...)

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

a) Die ursprünglichen Anträge des Beteiligten zu 1, die der Senat als Verfahrenshandlungen selbständig auslegen kann, sind auf die Bestellung eines selbständigen Fischereirechts (Art. 9, 13 FiG) an den beiden Grundstücken und auf dessen Eintragung auf dem Grundbuchblatt der Grundstücke sowie auf die Anlegung eines eigenen Grundbuchblatts für das Fischereirecht (Art. 14 Abs. 2, Abs. 6 FiG, § 6 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten vom 7.10.1982, BayRS 315-1-J) gerichtet. Die Vorinstanzen haben den Anträgen zu Recht den Erfolg versagt, da die Eintragungsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben.

b) Nach Art. 13 FiG muss die zur Bestellung eines Fischereirechts erforderliche Einigung des Gewässereigentümers und des Erwerbers des Fischereirechts bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem bayerischen Notar erklärt werden. Weiter bedarf es zur Entstehung des Rechts der Eintragung in das Grundbuch des Gewässergrundstücke (BayObLGZ 1995, 13/15; *Braun/Keiz* Fischereirecht in Bayern Art. 13 FiG Rdnr. 5 m.w.N.; a. A. noch von *Malsen-Waldkirch/Hofer* Fischereirecht in Bayern [1910] Art. 13 Anm. c).

c) Das Gesetz sieht in Art. 13 nur die Bestellung eines Fischereirechts für eine dritte, vom Gewässereigentümer verschiedene Person vor. Nach heute ganz überwiegend vertretener Meinung kann der Eigentümer ein selbständiges Fischereirecht aber auch für sich selbst, als Eigentümerrecht, bestellen (BayVGH RdL 1994, 294 f.; *Braun/Keiz* Art. 13 Rdnr. 2; *Mayer* MittBayNot 1999, 242/245 f.; a. A. noch *Bleyer* Das Fischereigesetz 2. Aufl. [1912] Vorbemerkung BS vor Art. 9). Ob dieser Ansicht zu folgen ist, braucht hier nicht endgültig entschieden zu werden. Zur Begründung des Fischereirechts am eigenen Grundstück ist jedenfalls die Erklärung des Gewässereigentümers vor einem bayerischen Notar und die Eintragung des Rechts auf dem Blatt des Grundstücks aufgrund dieser Erklärung (§ 29 Abs. 1 GBO) erforderlich (*Braun/Keiz* Art. 13 Rdnr. 4; *Mayer* a.a.O. S. 246).

d) Diese Voraussetzungen haben im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts nicht vorgelegen. Der Beteiligte zu 1 hatte weder die materiell-rechtlichen noch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung und die Eintragung eines selbständigen Fischereirechts erfüllt. Die notariell beurkundete Erklärung vom 21.2.2000 kann nicht mehr berücksichtigt werden. Nach § 78 Satz 2 GBO i.V.m. § 561 Abs. 1 ZPO unterliegt der rechtlichen Beurteilung durch das Rechtsbeschwerdegericht nur dasjenige Vorbringen der Beteiligten, das aus den Gründen der Beschwerdeentscheidung ersichtlich ist. Daraus folgt, dass neue, nach Erlass der Be-

schwerdeentscheidung entstandene Tatsachen oder Beweismittel im Verfahren der weiteren Beschwerde grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden können. Eine der Ausnahmen zu diesem Grundsatz (vgl. *Demharter* GBO 23. Aufl. Rdnr. 11, *Meikel/Streck* GBR 8. Aufl. Rdnr. 32, jeweils zu § 78) greift hier nicht ein. Eine weitere Ausnahme gilt dann, wenn das Beschwerdegericht bei der Tatsachenfeststellung das Gesetz verletzt hat und das Gericht der weiteren Beschwerde deshalb an seine Stelle tritt (*Demharter* Rdnr. 19, *Meikel/Streck* Rdnr. 33, jeweils zu § 78). Davon kann hier aber keine Rede sein; das Beschwerdegericht hat den ganzen, bis zu seiner Entscheidung vorgetragenen Tatsachenstoff gewürdigt.

e) Ob weitere Eintragungsvoraussetzungen für die Eintragung als Grundstücksbelastung fehlen, etwa der Nachweis des Fischereirechts durch öffentliche Urkunden (beglaubigte Auszüge aus dem Liegenschaftskataster oder Fischwasser-Steuerkataster, vgl. *Braun/Keiz* Art. 14 Rdnr. 21), kann auf sich beruhen. Für den Antrag, für das Fischereirecht ein selbständiges Grundbuchblatt anzulegen, gelten ohnehin die §§ 116 ff. GBO (vgl. *Demharter* § 3 Rdnr. 7 und 9 m.w.N.).

f) Die Vorinstanzen haben das Gesetz auch nicht dadurch verletzt, dass sie nicht statt der Antragszurückweisung eine Zwischenverfügung gewählt und damit dem Beteiligten zu 1 Gelegenheit zur Beseitigung von Eintragungshindernissen gegeben haben (§ 18 Abs. 1 GBO). Denn die Nachholung des für die Eintragung erforderlichen materiellen Rechtsgeschäfts oder der Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen kann nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht werden; sonst könnten dem Antragsteller durch die Zwischenverfügung unverdiente Vorteile, vor allem in Bezug auf den Rang des Rechts, verschafft werden (vgl. *Demharter* § 18 Rdnr. 8 und 12 m.w.N.). Die Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung hätte hier allenfalls in Bezug auf die gleichfalls fehlende Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO) vorgelegen.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. auch LG Coburg, MittBayNot 2000, S. 559 (in diesem Heft) und *J. Mayer*, MittBayNot 1999, 242.

---

12. WEG § 5 Abs. 2 (*Sondereigentumsfähigkeit einer Zentralheizung*)

**Eine zentrale Heizungsanlage, die sich in einem im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehenden Raum befindet und von der die Räume dieses Wohnungseigentümers und die Räume eines anderen Wohnungs- oder Teileigentümers mit Wärmeenergie versorgt werden, dient nicht dem „gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer“. Sie kann daher Sondereigentum sein mit der Folge, dass der Eigentümer die Nutzung der Heizungsanlage durch das andere Mitglied der Gemeinschaft nicht zu dulden braucht.**

BayObLG, Beschluss vom 24.2.2000 – 2Z BR 155/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller, die Antragsgegnerin und die weiteren Beteiligten sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Anlage, die aus einer Gaststätte und acht Wohnungen besteht. Der Antragsgegnerin gehört

die im Erdgeschoss gelegene Gaststätte mit Nebenräumen samt Keller Nr. 1. Dem Antragsteller gehören schon längere Zeit zwei Wohnungen der Anlage; mit notariellem Vertrag vom 26.6.1998 kaufte er eine weitere Wohnung, die im ersten Stock gelegene Wohnung Nr. 3 samt Keller- und Dachbodenraum. Diese Wohnung hatte früher der Antragsgegnerin gehört; der Rechtsvorgänger des Antragstellers (Verkäufer) hatte sie in der Zwangsversteigerung durch Zuschlagsbeschluss vom 25.5.1993 erworben. Seit Anfang Februar 2000 ist der Antragsteller als Eigentümer der Wohnung Nr. 3 im Grundbuch eingetragen.

In dem im Aufteilungsplan mit Nr. 3 bezeichneten Kellerraum befindet sich eine Gastherme, von der sowohl die Wohnung Nr. 3 als auch die Räume der Einheit Nr. 1 mit Wärmeenergie versorgt werden.

Zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin gibt es über die Nutzung der Therme Meinungsverschiedenheiten auch finanzieller Art. Der Antragsteller hat beantragt, der Antragsgegnerin die Nutzung der im Keller Nr. 3 befindlichen Gastherme zu untersagen und sie zu verpflichten, die Abtrennung der Gaststättenheizung (von dieser Therme) zu dulden. Das Amtsgericht hat dem Antrag am 5.3.1999 stattgegeben, das Landgericht die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 10.9.1999 zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt, jedoch ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

(...)

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

a) (...)

b) Zu Recht hält das Landgericht die vom Antragsteller geltend gemachten Ansprüche nach § 13 Abs. 1 WEG für begründet. Die Gastherme steht im Eigentum des Antragstellers; er kann somit die Antragsgegnerin von jeder „Einwirkung“ darauf, das heißt auch von der Nutzung ausschließen. Daraus folgt, dass die Antragsgegnerin die zur Beheizung ihrer Räume dienenden Leitungen von der Gastherme abzutrennen bzw., wie es hier beantragt ist, die Abtrennung zu dulden hat. Ein Recht zur Mitbenutzung der Gastherme (§ 13 Abs. 1 WEG, § 1004 Abs. 2 BGB) steht ihr nicht zu.

(1) Nach dem Inhalt des Grundbuchs, Eintragungsvermerk und in Bezug genommener Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 WEG), ist der Kellerraum Nr. 3, in dem sich die Gastherme befindet, Sondereigentum des Antragstellers. Sondereigentum sind damit gemäß § 5 Abs. 1 WEG grundsätzlich auch die zu diesem Raum gehörenden Bestandteile des Gebäudes. Das trifft auch auf die in dem Raum befindliche Gastherme zu, wenn sie gemäß § 94 Abs. 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und damit über § 94 Abs. 1 BGB des Grundstücks ist. Denn Sondereigentum kann nur an wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes begründet werden (§ 3 Abs. 1 WEG; BGHZ 73, 302/309; BGH NJW 1975, 688 f.). Davon, dass die Gastherme wesentlicher Bestandteil ist, ist auf Grund der rechtsfehlerfrei getroffenen, nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts auszugehen.

(2) Die Gastherme ist weder nach § 5 Abs. 1 noch 9 5 Abs. 2 WEG zwingend gemeinschaftliches Eigentum. Für § 5 Abs. 1 WEG bedarf dies keiner weiteren Begründung; § 5 Abs. 2 WEG greift gleichfalls nicht ein, da die Gastherme nicht dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer zu dienen bestimmt ist. Darunter fallen nur Anlagen und Einrichtungen, die dem Gebrauch aller Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit zu dienen bestimmt sind (vgl. *Bärmann/Pick* WEG 8. Aufl. Rdnr. 33, *Staudinger/Rapp* WEG Rdnr. 40, jeweils zu § 5). Dies ist hier nicht der Fall. Die Antragsgegnerin

hat die Feststellung des Landgerichts nicht angegriffen, da mit der Gastherme nur die Räume des Wohnungseigentums Nr. 3 und des Teileigentums Nr. 1, nicht aber die Räume der übrigen Wohnungen Nr. 2, 4 bis 9 beheizt (und gegebenenfalls mit Warmwasser versorgt) werden. „Untergemeinschaften“ im Rahmen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder besondere Formen des gemeinschaftlichen Eigentums oder Miteigentums etwa als „Mitsondereigentum“ einzelner Wohnungseigentümer lässt das Gesetz nicht zu (BGHZ 130, 159/168 f. m.w.N.; BayObLGZ 1987, 390/396 m.w.N.; *Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 19).

Auf die umstrittene Frage, ob die in einem zum Sondereigentum gehörenden Raum befindliche Heizungsanlage auch dann Sondereigentum sein kann, wenn durch sie alle Räume einer Wohnanlage versorgt werden, oder wenn die Heizungsanlage auch noch für andere, nicht zur Wohnanlage gehörende Häuser bestimmt ist, kommt es hier nicht an (vgl. BGHZ 73, 302 ff.; BGH NJW 1975, 688 f.; BayObLG ZMR 1980, 185/186).

c) Der Antragsteller ist nicht verpflichtet, die Nutzung der Gastherme durch die Antragsgegnerin für die Beheizung von deren Räumen zu dulden. Die Antragsgegnerin hat es sich selbst zuzuschreiben, dass die Räume des Teileigentums Nr. 1 nunmehr ohne eigene Heizungsanlage sind. Sie hätte sich, als sie noch Eigentümerin der Wohnung Nr. 3 war, die Beheizung der Gaststättenräume mittels der Gastherme etwa durch eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Wohnungseigentums Nr. 3 und zugunsten des Teileigentums Nr. 1 sichern können (vgl. *Demharter* Anhang zu § 3 Rdnr. 47 m.w.N.). Da sie dies versäumt hat, wird sie nunmehr die Beheizung und Warmwasserversorgung der Gaststättenräume auf andere Weise sicherzustellen haben. Um sie, nach Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der amtsgerichtlichen Entscheidung (§ 45 Abs. 3 WEG), nicht sogleich vor vollendete Tatsachen zu stellen, hält es der Senat für angemessen und dem Antragsteller zumutbar anzuordnen, dass die Entscheidung erst ab dem 1.6.2000, also etwa drei Monate nach Rechtskraft, vollstreckt werden und die Antragsgegnerin die Gastherme so lange noch nutzen darf. Dies entspricht der vom Senat geübten Praxis, wenn eine nicht für Zweckbestimmung entsprechende Nutzung eines Wohnungsoder Teileigentums untersagt wird.

13. BayFischG Art. 9, 13 14 Abs. 2 (*Bestellung eines Eigentümerfischereirechts*)

#### **Der Eigentümer kann ein selbstständiges Fischereirecht auch für sich selber bestellen.**

LG Coburg, Beschluss vom 23.6.2000 – 41 T 35/00 – mitgeteilt von Notar *Erwin Richter*, Staffelstein

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Notar beantragte im September 1999 gemäß § 15 GBO den Vollzug der in seiner Urkunde enthaltenen Anträge. Danach bewilligt und beantragt der Freistaat Bayern die Anlegung je eines Fischereigrundbuchs gemäß Art. 14 Abs. 2 Fischereigesetz für Bayern i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 a) der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten, und zwar für jedes der beiden vom Freistaat Bayern zuvor für sich selbst gemäß Art. 9 des Fischereigesetzes für Bayern neubestellen selbständigen Fischereirechte an den Fl.-Nrn. 533 der Gemarkung U., 566 der Gemarkung E. und 112 der Gemarkung W. gesondert. Darüber hinaus wird die Eintragung der jeweiligen selbständigen Fischereirechte als Belastung der Grundstücke Fl.-Nrn. 533 der Gemarkung U., 566 der

Gemarkung E. und 112 der Gemarkung W. in Abteilung II des Grundbuchs gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 b) der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten bewilligt und beantragt. Auf den Grundstücken befinden sich Wasserflächen, die jeweils zu einem Baggersee gehören. Nach Erörterung der Rechtsfragen mit dem Notar erließ der Rechtspfleger die Zwischenverfügung vom 30.3.2000, wonach die Eintragung eines selbstständigen Fischereirechts für den Eigentümer nicht zulässig sei. Die gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde war erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

(...)

Das erörterte Eintragungshindernis besteht nicht. Es ist durchaus richtig, dass der Gewässereigentümer das Fischereirecht regelmäßig für einen anderen bestellt. Er kann aber auch ein selbständiges Fischereirecht für sich selbst bestellen, auch wenn der Wortlaut des Art. 13 Fischereigesetz ebenso wie § 873 Abs. 1 BGB auf die Notwendigkeit von zwei verschiedenen Personen hindeutet. Das Reichsgericht (Beschluss vom 14.11.1933, RGZ 142, 231/234 ff.) hat die Bestellung eines subjektiv-dinglichen Rechts (Grunddienstbarkeit) durch einseitige Erklärung einer Person, die Eigentümer sowohl des herrschenden als auch des belasteten Grundstücks war, gebilligt. Darüber hinaus ist für das dem selbständigen Fischereirecht rechtsähnliche Erbbaurecht anerkannt, dass es der Grundstückseigentümer für sich selbst bestellen kann (*Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand: Januar 2000, Rdnr. 2 zu Artikel 13, vgl. insbesondere auch BayObLG MittBayNot 1995, 127–128, II 2.c: „... bei einem selbstständigen Fischereirecht im Sinn des Art. 9 FiG handelt es sich um ein dem Erbbaurecht vergleichbares dingliches Nutzungsrecht ...“). Dasselbe gilt für das selbstständige Fischereirecht (vgl. auch BayVGH vom 3.3.1994, RdL 1994, 294/295). Dieser Auffassung, die mit ausführlicher Begründung ebenso in der Literatur vertreten wird (vgl. insbesondere *Mayer*, MittBayNot 1999, 242–247), ist auch die Kammer.

14. BGB §§ 883, 886 (*Nacherbenzustimmung bei Grundstücksveräußerung durch Vorerben*)

**Hat der nicht befreite Vorerbe bei dem Verkauf des zur Erbschaft gehörenden Grundstücks zu seinem Schutz die Fälligkeit der Kaufpreisforderung von der Erteilung der Zustimmung des Nacherben in öffentlich beglaubigter Form abhängig gemacht, so liegt darin zugleich eine Erfüllungsbefreiung, deren endgültigen Ausfall die bereits eingetragene Auflassungsvormerkung erlöschen lässt.**

BGH, Urteil vom 14.7.2000 – V ZR 384/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger machen gegen die Beklagte einen Anspruch auf Löschungsbewilligung geltend.

Die Mutter der Beklagten erbe das Grundstück als nicht befreite Vorerbin; Nacherbin ist ihre Tochter, die Beklagte. Der Nacherbenvermerk war in das Grundbuch eingetragen worden.

Mit notariellem Vertrag vom 29.1.1996 verkaufte die Vorerbin das Anwesen an die Kläger. Die Nacherbfolge ist eingangs des Kaufvertrags aufgeführt. Unter II. „Verkauf, Bedingungen“ heißt es u.a.:

„Allgemeine Fälligkeitsvoraussetzung für den Kaufpreis ist die Mitteilung des Notars, dass (...) die Nacherbin zum gegenwärtigen Kaufvertrag ihre Zustimmung erteilt hat. ...“

Weiterhin heißt es:

„Alle zu diesem Vertrag erforderlichen Genehmigungen sollen mit Eingang beim Notar als mitgeteilt gelten und wirksam sein.“

Der Vertragstext schließt mit folgendem Satz:

„Zur Wirksamkeit des heutigen Kaufvertrags ist die Zustimmung der Nacherbin D. P. erforderlich, welche für das Grundbuchamt in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden muss. Der Notar wird ermächtigt, diese Zustimmungserklärung einzuholen.“

Für die Kläger wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Die Beklagte weigerte sich, die Zustimmung zu dem Vertrag vor einem Notar in grundbuchmäßiger Form zu erklären. Sie schloss am 2.7.1997 mit ihrer Mutter einen „Überlassungsvertrag“, aufgrund dessen sie als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die Kläger sind der Ansicht, dass die Eintragung der Beklagten ihrem vorgemerkten Anspruch entgegenstehe. Die im Kaufvertrag erwähnte notarielle Zustimmung der Beklagten habe sich lediglich auf die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen, nicht auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages bezogen; zudem habe die Beklagte schon vor Abschluss dem Verkauf gegen Zahlung eines Anteils aus dem Kaufpreis zugestimmt. Sie habe auch nach Vertragsschluss ihrer Mutter gegenüber erklärt, an dieser Zustimmung festzuhalten. Die Beklagte habe deshalb die Löschung ihrer vormerkungswidrigen Eigentums-eintragung zu erteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt, „die Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch ... zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassung zu erteilen“. Die von der Beklagten eingelegte Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

II.

(...)

Das Berufungsgericht geht davon aus, § 888 BGB gewähre dem Vormerkungsberechtigten einen Anspruch gegen den eingetragenen Dritterwerber auf Löschung der Auflassung. Das ist in mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft.

1. Gelöscht werden kann im Grundbuch nur eine Eintragung, nicht die zugrunde liegende Auflassung. Schon aus diesem Grund hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Es kann aber auch nicht als Verurteilung zur Zustimmung zur Löschung der aufgrund der Auflassung erfolgten Eintragung aufrecht erhalten bleiben. Die Eintragung eines Dritten als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts macht das Grundbuch nicht unrichtig, sondern gibt dem Vormerkungsberechtigten gegen den Dritterwerber nur einen Anspruch auf Zustimmung. Welche Zustimmung der Dritte erklären muss, hängt von dem Inhalt des vormerkungsgesicherten Anspruchs ab. Geht er – wie hier – auf Eigentumsverschaffung, kann der Vormerkungsberechtigte nicht Löschung der Eintragung des Erwerbers, sondern nur Zustimmung dazu verlangen, dass er selbst als Eigentümer eingetragen wird. Ein dahingehender Anspruch ist jedoch erloschen. Dies kann die Beklagte den Klägern entgegenhalten.

2. Die Klage nach § 888 BGB hängt nicht davon ab, dass der Schuldner seine Verpflichtung bereits erfüllt hat oder rechtskräftig dazu verurteilt worden ist (Senatsurteil vom 24.6.1988, V ZR 51/87, WM 1988, 1422 m.w.N. auch zur Gegenmeinung). Dafür stehen dem Dritterwerber alle Einreden und Einwendungen des Schuldners gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu (Senatsurteil vom 10.7.1966, V ZR 177/64, WM 1966, 893, 894; *Staudinger/Gursky* [1996] § 888 Rdnr. 37 m.z.N.), namentlich auch der Einwand, dass der gesicherte Anspruch untergegangen ist. Dies ist hier der Fall. Die Parteien haben die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung

von der Mitteilung der Zustimmung der Beklagten in öffentlich beglaubigter Form abhängig gemacht. Dies sollte sicherstellen, dass die Kläger das Eigentum nicht nur bis zum Eintritt der Nacherbfolge, sondern auf Dauer erwerben und die Vorerbin (Verkäuferin) einer Rechtsmängelhaftung nicht ausgesetzt ist. Die Fälligkeitsbedingung enthält damit zugleich eine Erfüllbarkeitsvoraussetzung, die verhindern soll, dass die Kläger den Kaufpreis ohne das Vorliegen der Zustimmung der Beklagten zahlen und die Verkäuferin wegen des Nacherbenvermerks in Anspruch nehmen (vgl. BGHZ 123, 49, 53). Diese Bedingung ist endgültig ausgefallen, weil die Beklagte, wie ihre Rechtsverteidigung ergibt, die Erteilung der Zustimmung in der vereinbarten Form endgültig verweigert. Darauf, ob sie sie bereits formlos erteilt hat, wie die Kläger geltend machen, kommt es nicht an, weil die Vorerbin dadurch vor einer Rechtsmängelhaftung nicht gesichert ist. Ist die Kaufpreisforderung aber nicht mehr erfüllbar, ist den Klägern ihre Leistung aus einem Grunde, den weder sie noch die Vorerbin zu vertreten haben, unmöglich geworden, so dass sie auch den Anspruch auf die Verschaffung des Eigentums verloren haben (§ 323 Abs. 1 BGB).

15. BGB § 1944 Abs. 2 Sätze 1 und 3 (*Beweislast bei Erbausschlagung*)

- a) **Die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB beginnt erst, wenn der Erbe zuverlässige Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Grund seiner Berufung hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 19.2.1968 – III ZR 196/65 – LM BGB § 2306 Nr. 4).**
- b) **Dass die Frist abgelaufen und damit das Ausschlagungsrecht des Erben weggefallen ist (§ 1943 BGB), hat der Gegner zu beweisen.**
- c) **Der ausschlagende Erbe trägt jedoch die Beweislast für seine Behauptung, er sei nicht geschäftsfähig und der Lauf der Frist deshalb gehemmt gewesen (§ 1944 Abs. 2 Satz 2 i.V. mit § 206 BGB).**

BGH, Urteil vom 5.7.2000 – IV ZR 180/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin macht im Wege der Stufenklage Pflichtteilsansprüche nach der am 18.8.1992 gestorbenen Erblasserin geltend. In einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament aus dem Jahre 1965 waren die Klägerin und ihre vier Geschwister, darunter die beiden Beklagten, als Schlusserben (ersatzweise für ihren vorverstorbenen Vater) zu je  $\frac{1}{5}$  eingesetzt worden. Der Erblasserin stand es als überlebender Ehefrau frei, das Testament abzuändern; insoweit besteht kein Streit mehr. Mit notariellem Testament aus dem Jahre 1989 setzte sie die beiden Beklagten zu je  $\frac{1}{3}$  und alle fünf Geschwister zu gleichen Teilen als Ersatzerben für das ihrem Vater zugeordnete weitere Drittel ein. Außerdem vermachte sie dem Beklagten zu 1) ihre Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft und der Beklagten zu 2) ihr Haus; den restlichen Nachlass vermachte sie (ersatzweise bei Wegfall des Vaters der Parteien) allen fünf Geschwistern zu gleichen Teilen. Im Jahre 1990 schloss die Erblasserin einen Erbvertrag mit dem Beklagten zu 1). Darin wiederholte sie das ihm zugeordnete Vermächtnis und widerrief das notarielle Testament aus dem Jahre 1989, soweit es zu einem anderen, das Vermächtnis zugunsten des Beklagten zu 1) beinträchtigenden Ergebnis führe.

Die letztwilligen Verfügungen der Erblasserin wurden am 6.10.1992 eröffnet. Dabei gab der für die Klägerin erschienene Rechtsanwalt keine Erklärung zur Annahme der Erbschaft ab. Mit Anwaltsschrei-

ben vom 3.6.1993 wurde für die Klägerin ein Erbschein als Miterbin zu  $\frac{1}{15}$  aufgrund des Testaments von 1989 beantragt. Mit Schreiben desselben Anwalts vom 8.6.1993 wurde ein Erbscheinsantrag für die Klägerin als Miterbin zu  $\frac{1}{5}$  aufgrund des damals noch für bindend gehaltenen Ehegattentestaments von 1965 gestellt. Am 30.6.1995 verurteilte das Berufungsgericht in einem anderen Verfahren die Klägerin und zwei weitere Geschwister, das Vermächtnis zugunsten des Beklagten zu 1) zu erfüllen. In diesem Urteil wird erwogen, dass § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Anspruch auf das Vermächtnis entgegenstehen könne. Denn nach dem Testament aus dem Jahre 1989 erhalte die Klägerin, deren Pflichtteil  $\frac{1}{10}$  betrage, nur einen Erbteil von  $\frac{1}{15}$ , der u.a. mit dem Vermächtnis zugunsten des Beklagten zu 1) beschwert sei. Der Beklagte zu 1) habe zwar vorgetragen, dass die Summe von Erbteil und Wert des der Klägerin zustehenden Vermächtnisses den Pflichtteil übersteige; dabei habe er den Wert der ihm zugeordneten Beteiligung an der Kommanditgesellschaft aber nach Ansicht des Berufungsgerichts unrealistisch zu gering eingeschätzt. Das bedürfe jedoch keiner Klärung, weil die Erblasserin mit dem Erbvertrag des Jahres 1990 Vorsorge gerade für den Fall getroffen habe, dass § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB eingreife. Dann nämlich sei die Erbeinsetzung im Testament von 1989 widerrufen, so dass gesetzliche Erbfolge zu je  $\frac{1}{5}$  eintrete und damit § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sei. Erst nach diesem Urteil hat die Klägerin mit Schreiben vom 8.8.1995 ihren Erbteil aus allen möglichen Berufungsgründen ausgeschlagen und von den Beklagten den Pflichtteil verlangt.

Das Landgericht hat der in der ersten Stufe erhobenen Klage auf Auskunft und Wertermittlung stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht teilweise zurückgewiesen, weil der Klägerin auch als Miterbin Ansprüche auf Auskunft zustünden. Wegen ihrer weitergehenden Ansprüche, insbesondere auf Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses, hat es die Klage jedoch abgewiesen. Dagegen wendet sich die Revision.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. (...)

2. a) Für den Beginn der Ausschlagungsfrist ist gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB Kenntnis von Anfall und Grund der Berufung erforderlich. Die Berufung kraft Testamentes, von der das Berufungsgericht ausgeht, ist ein anderer Grund als die Berufung kraft Gesetzes, wie § 1948 Abs. 1 BGB zeigt. Im vorliegenden Fall kommt nach dem Urteil des Berufungsgerichts vom 30.6.1995 statt einer testamentarischen Berufung in Betracht, dass die Klägerin wegen Widerrufs des Testaments von 1989 kraft Gesetzes Erbin geworden ist. Das hängt davon ab, ob auf der Grundlage des Testaments von 1989 ein Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben wäre und deshalb der Widerruf der testamentarischen Erbeinsetzung im Erbvertrag aus dem Jahre 1990 zum Zuge käme.

In anderem Zusammenhang, nämlich bei der Frage, ob die Klägerin über den Berufungsgrund im Irrtum gewesen sei (§ 1949 BGB), kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, es stehe nach wie vor nicht fest, ob die Klägerin aufgrund des Testaments von 1989 Erbin zu  $\frac{1}{15}$  oder kraft Gesetzes Erbin zu  $\frac{1}{5}$  geworden sei. Bei dieser Sachlage kann von einer die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB in Lauf setzenden Kenntnis aber nicht die Rede sein. Kenntnis setzt ein zuverlässiges Erfahren der maßgeblichen Umstände voraus, aufgrund dessen ein Handeln erwartet werden kann. Ein Irrtum im Bereich der Tatsachen kann Kenntnis in diesem Sinne ebenso verhindern wie eine irriige rechtliche Beurteilung, wenn deren Gründe nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind (BGH, Urteil vom 19.2.1968 – III ZR 196/65 – LM BGB § 2306 Nr. 4).

b) Das Berufungsgericht wird daher näher zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls wie lange der Klägerin die erforderliche Kenntnis des Berufungsgrundes gefehlt hat. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung sowie in der ersten Verhandlung vor dem Berufungsgericht behauptet hat, bis zu dem Urteil vom 30.6.1995 habe sie die Vermächnisse zugunsten der Beklagten im Testament von 1989 gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam gehalten. Konkrete Zahlen zu den einzelnen Nachlasswerten hat die Klägerin allerdings nicht beigebracht.

Es ist jedoch nicht Sache der Klägerin, das Fehlen ihrer Kenntnis des Berufungsgrundes zu beweisen. Sie stützt sich (für den Anspruch aus § 2314 BGB) zwar auf die Wirksamkeit ihrer Ausschlagung vom 8.8.1995. Dafür muss sie deren Existenz, Zeitpunkt und Formwirksamkeit beweisen. Dass das Ausschlagungsrecht aber bereits durch Fristablauf weggefallen sei, hat der Gegner zu beweisen, hier also die Beklagten (MünchKomm/Leipold, BGB 3. Aufl. § 1944 Rdnr. 26; *Staudinger/Otte*, BGB 13. Aufl. § 1944 Rdnr. 30; BGB-RGRK/*Johannsen*, 12. Aufl. § 1944 Rdnr. 27 f.; *Baumgärtel/Schmitz*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht 2. Aufl. § 1944 Rdnr. 2 f.; alle m.w.N.; a.A. *Soergel/Axel Stein*, BGB 12. Aufl. § 1944 Rdnr. 22). Die Vorschrift des § 1949 Abs. 1 BGB steht nicht entgegen, weil sie nur bei einer positiv erklärten Annahme zu einer anderen Verteilung der Beweislast führen kann (MünchKomm/Leipold, § 1949 Rdnr. 4; *Staudinger/Otte*, § 1949 Rdnr. 2).

c) Wenn feststeht, dass der Klägerin durch das Testament von 1989 trotz ihrer geringen Erbquote dem Werte nach mehr als ihr Pflichtteil hinterlassen worden ist, greift § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht und wird auch der Widerruf im Erbvertrag von 1990 nicht wirksam. Dann wäre die Klägerin über die von ihr angenommene Berufung als testamentarische Erbin nicht im Irrtum gewesen. In diesem Falle käme es jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für den Ablauf der Ausschlagungsfrist auf die Geschäftsfähigkeit der Klägerin an.

§ 1944 Abs. 2 Satz 3 i.V. mit § 206 BGB zeigt, dass die Frist nicht abläuft, solange der Erbe geschäftsunfähig ist. Er hat nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit sechs Wochen Zeit zur Ausschlagung. Auch Autoren, die § 1943 Halbs. 2 BGB als Fiktion verstehen, fordern für den Beginn der Ausschlagungsfrist Geschäftsfähigkeit des Erben (*Staudinger/Otte*, § 1943 Rdnr. 13; § 1944 Rdnr. 14; MünchKomm/Leipold, § 1943 Rdnr. 6; § 1944 Rdnr. 14 und 21; a.A. wohl *Soergel/Axel Stein*, § 1943 Rdnr. 8). Für die Hemmung des Fristablaufs ist der Erbe beweispflichtig.

d) Misslingt der Klägerin der Nachweis ihrer Geschäftsunfähigkeit, wäre – vorausgesetzt, die Beklagten haben bewiesen, dass die Klägerin über den Berufungsgrund nicht im Irrtum war, – von einer Annahme der Erbschaft wegen Ablaufs der Ausschlagungsfrist gemäß § 1943 Halbs. 2 BGB auszugehen. Trotzdem wäre noch eine Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich, wenn die Klägerin die Beschwerden durch Vermächnisse zugunsten der Beklagten irrig für unwirksam gehalten hätte (*Staudinger/Haas*, § 2306 Rdnr. 55). Auch unter diesem Gesichtspunkt bliebe also der Vortrag der Klägerin zu prüfen, sie habe die Vermächnisse zugunsten der Beklagten bis zum Urteil vom 30.6.1995 für unwirksam gehalten. Die Beweislast dafür, dass die Klägerin schon vor dem 30.6.1995 die Wirksamkeit der Beschwerden gekannt habe, tragen die Beklagten (BGH, Urteil vom 19.2.1968, a.a.O.).

16. BGB § 2232 S. 1 Fall 1; BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1 (*Blankounterschrift zur Vorbereitung eines notariellen Testaments*)

**Wird bei der Errichtung eines Testaments durch mündliche Erklärung zur Niederschrift eines Notars die Unterschriftsleistung auf einem gesonderten Blatt vorgenommen, muss sichergestellt sein, dass mit der Unterschrift die gesamte Urkunde gebilligt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn das Unterschriftenblatt nicht an die handschriftlichen Aufzeichnungen des Notars anschließt, sondern nach dem äußeren Erscheinungsbild dazu bestimmt ist, mit Hilfe der geleisteten Blankounterschrift in Verbindung mit der später gefertigten Reinschrift erstmals eine äußerlich formgerechte Urkunde zu errichten.**

OLG Hamm, Beschluss vom 13.7.2000 – 15 W 107/00 – mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Erblasserin war verheiratet. Aus der Ehe ist ein Sohn hervorgegangen, der im Jahre 1951 im Alter von 13 Jahren verstarb. Der Ehemann der Erblasserin verstarb im Jahre 1980. Das von den Eheleuten im Jahre 1976 errichtete gemeinschaftliche Testament berechnete den überlebenden Ehegatten, über sein eigenes und das ererbte Vermögen frei zu verfügen. Die Erblasserin traf unter dem 30.6.1991 privatschriftlich und unter dem 1.7.1991 in notarieller Form letztwillige Verfügungen zugunsten der Beteiligten zu 2), die nach ihrem Tode eröffnet worden sind. Eröffnet wurde des Weiteren eine notarielle letztwillige Verfügung vom 8.8.1992. In In ihr wird das notarielle Testament vom 1.7.1991 widerrufen und der Beteiligte zu 1) zum Erben eingesetzt. Die Beteiligten zu 2) bis 10) sind – soweit ersichtlich – die gesetzlichen Erben der Erblasserin.

Soweit dies im Verfahren dritter Instanz von Bedeutung ist, streiten die Beteiligten darüber, ob das notarielle Testament vom 8.8.1992 wirksam errichtet worden ist, von der Erblasserin unterschrieben worden ist und ob die Erblasserin bei der Errichtung dieses Testaments testierfähig war.

Das Amtsgericht hat durch Beschlüsse vom 22.6.1995 und vom 7.7.1998 jeweils durch Vorbescheid angekündigt, dem Beteiligten zu 1) den unter dem 1.6.1993 beantragten Erbschein zu erteilen. Das Landgericht hat die Beschlüsse auf die Beschwerden der Beteiligten zu 2) und 9) unter dem 17.11.1996 und 29.12.1999 aufgehoben und die Sache jeweils an das Amtsgericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Gegen den Beschluss des Landgerichts vom 29.12.1999 hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz seiner damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 2.3.2000 weitere Beschwerde eingelegt. Diese blieb ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die nicht fristgebundene weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist formgerecht eingelegt und auch sonst zulässig (§§ 27, 29 FGG). Die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 1) für die Einlegung der weiteren Beschwerde folgt daraus, dass das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts zu seinem Nachteil abgeändert hat.

Die weitere Beschwerde ist unbegründet, weil die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

1. Nach der Rechtsprechung des OLG Brandenburg (FamRZ 1999, 1619 ff.), der sich der Senat in der Vergangenheit bereits angeschlossen hat, prüft das Gericht der weiteren Beschwerde die Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins nur insoweit, als der Beschwerdeführer durch eine Unrichtigkeit beschwert sein kann. Dies hat das OLG Brandenburg in der genannten Entscheidung im Einzelnen ausgeführt; hierauf wird Bezug genommen. Die abweichende Rechtsauffassung des

Bayerischen Obersten Landesgerichts (FamRZ 1996, 1304) beruht auf der besonderen Rechtslage in Bayern und zwingt deshalb nicht zu einer Vorlage gemäß § 28 Abs. 2 FGG an den Bundesgerichtshof (vgl. Brandenburgisches OLG a.a.O. S. 1621). Entsprechendes gilt für das hier in Rede stehende Verfahren über den Erlass eines Vorbescheides.

2. In der Sache selbst hat das Landgericht zu der Errichtung des notariellen Testaments vom 8.8.1992, aus dem der Beteiligte zu 1) allein das von ihm beanspruchte Erbrecht herleiten könnte, festgestellt:

„Am 8.8.1992 begab sich Herr Notar X. auf fernmündliches Ersuchen der Erblasserin in deren Wohnung. Dort zeichnete er auf sieben einzelnen DIN-A-5-Stenoblockblättern handschriftlich Erklärungen der Erblasserin, die u. a. die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1) beinhalteten, auf. Die Erblasserin leistete auf einem (unbeschriebenen) Blatt Urkundspapier ihre Unterschrift. In seiner Kanzlei ließ der Notar auf Urkundspapier maschinenschriftlich eine Reinschrift seiner handschriftlichen Aufzeichnungen fertigen. Diese Reinschrift, die mit der Urkundenrollen-Nr. (...) versehen wurde, wurde am 26.11.1992 von dem Amtsgericht R. eröffnet.“

Diese Feststellungen werden von der weiteren Beschwerde nicht in Zweifel gezogen; sie sind für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend (vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 FGG, § 561 Abs. 2 ZPO).

Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die handschriftlichen Aufzeichnungen des Notars in Verbindung mit dem von der Erblasserin unterzeichneten unbeschriebenen Blatt Urkundspapier nicht die Voraussetzungen erfüllen, die für eine formgerechte Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung zur Niederschrift eines Notars (§ 2232 S. 1 Fall 1 BGB) gelten. Die hiergegen von der Rechtsbeschwerde gerichteten Angriffe sind unbegründet.

Mit dem Landgericht hat der Senat Bedenken, ob die handschriftliche Aufzeichnung den Anforderungen des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG genügt. Nach dieser Bestimmung muss die Niederschrift u.a. die Bezeichnung des Notars enthalten. Die gesetzliche Regelung bezweckt eine klare und zuverlässige Wiedergabe des von den Beteiligten erklärten Willens und hält zur Sicherstellung der Zuverlässigkeit des Beurkundeten eine Bezeichnung des Notars für unerlässlich (Senat OLGZ 1988, 227, 228). Im vorliegenden Fall ist der Urkundsnotar in der handschriftlichen Niederschrift (S. 1–7) an keiner Stelle namentlich bezeichnet. Diese Niederschrift ist auch von dem Notar nicht unterschrieben worden, so dass sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen es für die Bezeichnung des Notars ausreicht, dass die Niederschrift mit seinem Namenszug unterschrieben ist (vgl. Senat a.a.O. S. 229; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 9; *Eylmann/Limmer*, BeurkG, § 9 Rdnr. 3; *Mecke/Lerch*, BeurkG, § 9 Rdnr. 2) hier nicht stellt.

Letztlich kann dieser Punkt aber unentschieden bleiben, weil die Urkunde entgegen § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG von der Erblasserin nicht unterschrieben worden und deshalb nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist. Hierzu hat das Landgericht im Kern ausgeführt, dass die Unterschrift der Erblasserin auf dem Blankobogen nicht in einem räumlichen Verhältnis zu dem handschriftlichen Text (Stenoblock Blatt 1–7) stehe und deshalb nicht als dessen Abschluss und diesen deckend angesehen werden könne. Diese Begründung ist in jeder Hinsicht rechtsfehlerfrei.

Wie der Senat erst kürzlich erneut entschieden hat (Beschluss vom 27.6.2000 – 15 W 13/00 –), muss die Unterschrift unter

einer letztwilligen Verfügung in jedem Fall vom äußeren Erscheinungsbild her geeignet sein, die Verantwortung für den auf dem Schriftstück befindlichen Text zu übernehmen (vgl. BGHZ 113, 48, 51; NJW 1992, 829, 830; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 46). Die Unterschrift muss Fortsetzung und Abschluss der Testamentserrichtung sein; sie gehört grundsätzlich an den Schluss der Urkunde (BayObLG NJW-RR 1991, 1222). Befindet sich die Unterschrift auf einem anderen Schriftstück, ist maßgebend, dass sie nach dem erkennbaren Willen des Erblassers seine gesamten Erklärungen deckt (BayObLG MDR 1984, 1024; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 581, 582). Die Entscheidung der Frage, ob im Einzelfall eine Erklärung durch die Unterschrift gedeckt wird, liegt im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. Sie obliegt – wie die Testamentsauslegung – daher dem Gericht der Tatsacheninstanzen und kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler überprüft werden (Senat a.a.O.; BayObLG FamRZ 1988, 1211; NJW-RR 1991, 1222). Derartige Rechtsfehler sind dem Landgericht nicht unterlaufen, insbesondere hat die Kammer die Anforderungen an die Abschlussfunktion der Unterschrift nicht überspannt.

Es mag mit der Rechtsbeschwerde zutreffen, dass es bei der Errichtung notarieller letztwilliger Verfügungen der Praxis entspreche, die Unterschriftsleistung auf einem gesonderten Blatt vorzunehmen, wenn nur sichergestellt sei, dass damit die gesamte Urkunde gebilligt werde. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Vom Standpunkt der Rechtsbeschwerde hätte die Unterzeichnung der Niederschrift durch die Erblasserin sowie die abschließende Unterschrift des Notars auf einer weiteren Seite der handschriftlichen Niederschrift (also auf einer Seite 8) vorgenommen werden müssen, und nicht – wie geschehen – auf einem Blankobogen ohne Seitenzahl, der nicht an die Seiten 1 bis 7 des handschriftlich fixierten Testaments anschließt. Abgesehen davon hätte es sich entsprechend der maschinenschriftlichen Fassung der Urkunde angeboten, die neue Seite mit dem Schlussvermerk zu beginnen. Nach dem äußeren Erscheinungsbild der bei der Akte befindlichen Schriftstücke ist deshalb nicht ansatzweise erkennbar, für welche Erklärungen die Erblasserin durch die Unterschrift auf dem damals nicht nummerierten Blatt ohne Schlussvermerk die Verantwortung übernehmen wollte. Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde, der Notar habe letztendlich die von ihm erstellte einheitliche Urkunde anschließend in seinem Büro wieder dadurch zerstört, dass er den ersten Teil der Urkunde, also die handschriftlichen Erklärungen, von der Unterschrift getrennt habe, findet in dem vom Landgericht bindend festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Eine einheitliche Urkunde, bestehend u.a. aus dem Testamentstext und den Unterschriften, lag vielmehr zu keinem Zeitpunkt vor. In diesem Zusammenhang hätte das Landgericht zur Stützung seines Ergebnisses noch ausführen können, dass der Schlussvermerk sowohl auf der Seite 7 der handschriftlichen Aufzeichnungen des Notars als auch auf Seite 5 der Urkunde Nr. (...) enthalten ist. Auch dies spricht dafür, dass das Unterschriftenblatt nicht an die Seite 7 der handschriftlichen Aufzeichnungen anschließen, sondern dazu dienen sollte, mit Hilfe der geleisteten Blankounterschrift erstmals eine äußerlich formgerechte Urkunde zu errichten.

Bei dieser Sachlage hat das Landgericht mit Recht offen gelassen, ob die Niederschrift von dem Notar ordnungsgemäß verlesen worden ist.

Da die Urkunde vom 8.8.1992 sonach nichtig ist und der Beteiligte zu 1) weder zu dem Kreis der durch andere letztwillige Verfügungen begünstigten Personen noch zu den gesetzlichen Erben gehört, ist sein Rechtsmittel unbegründet.

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. ZPO § 50; EG-Vertrag Art. 43, Art. 48 (*Vorlagebeschluss an EuGH zur Sitztheorie*)

**Der Bundesgerichtshof legt dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:**

**a) Sind Art. 43 und Art. 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaates wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?**

**b) Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:**

**Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43 und Art. 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen?**

BGH, Beschluss vom 30.3.2000 – VII ZR 370/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

A. Dem Bundesgerichtshof liegt die Revision einer niederländischen BV (*Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*) vor. Die Klägerin, die die Revision führt, wurde in den Niederlanden wirksam gegründet. Sie schloss einen Bauvertrag mit der Beklagten und verlegte danach ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland. Vor den deutschen Gerichten macht sie aus dem Bauvertrag einen Anspruch auf Ersatz von Kosten für die Beseitigung von Mängeln und von Schäden geltend. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Klägerin nach deutschem Recht nicht rechtsfähig und damit auch nicht parteifähig sei. Der Bundesgerichtshof hält für sein Urteil eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Auslegung der Artt. 43 und 48 EG für erforderlich.

I. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist seit 1990 im Handelsregister für Amsterdam und Haarlem als "Besloten Vennootschap" (BV) eingetragen. Das Grundbuch weist sie als Eigentümerin eines Grundstücks in D. aus, auf dem ein größeres Garagengebäude und ein Motel stehen. Mit Generalübernehmervertrag vom 27.11.1992 verpflichtete sich die Beklagte, eine in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Gesellschaft, gegenüber der Klägerin zur Sanierung dieser beiden Gebäude. Die Leistungen sind erbracht. Die Klägerin behauptet Mängel der Malerarbeiten. Im Jahre 1995 forderte sie die Beklagte erfolglos zur Beseitigung dieser Mängel auf. Mit der Klage macht sie 1.163.657,77 DM nebst Zinsen als Kostenaufwand für die Beseitigung der Mängel und daraus entstandener Schäden geltend.

Zum Jahreswechsel 1994/95 erwarben F. und K. H. sämtliche Geschäftsanteile an der Klägerin. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Gesellschaft seit dem Erwerb durch F. und K. H. ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in D.

II. Das Landgericht hat die 1996 erhobene Klage als unzulässig abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung

zurückgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht parteifähig. Parteifähig sei nach § 50 ZPO, wer rechtsfähig sei. Über die Rechtsfähigkeit sei nach dem Personalstatut einer Gesellschaft zu befinden. Dieses ergebe sich aus dem Sitz der Hauptverwaltung. So sei auch anzuknüpfen, wenn eine Gesellschaft, die in den Niederlanden wirksam gegründet worden sei, ihren Sitz in die Bundesrepublik Deutschland verlege. Die Klägerin habe 1994/1995 ihre Hauptverwaltung in die Bundesrepublik Deutschland verlegt.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des Berufungsgerichts Revision eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf Zahlung von 1.163.657,77 DM nebst Zinsen weiter verfolgt.

B. Vor Entscheidung über die Revision ist das Verfahren auszusetzen. Gemäß Art. 234 Abs. 1 a, Abs. 3 EG ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu den im Beschlusstenor gestellten Fragen einzuholen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hängt von der Auslegung der Art. 43 und 48 EG ab.

1. Die Klage einer Partei, die nicht parteifähig ist, ist nach deutschem Zivilprozessrecht als unzulässig abzuweisen. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Haupt- oder Nebenpartei eines Prozesses zu sein, in Urteilsverfahren wie dem vorliegenden also Kläger, Beklagter oder Streithelfer. Nach § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Diese Regelung gilt auch für Gesellschaften. Die Parteifähigkeit der Klägerin hängt demgemäß nach deutschem Recht davon ab, ob sie rechtsfähig ist. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

2. a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beurteilt sich die Frage, ob eine Gesellschaft rechtsfähig ist, nach demjenigen Recht, das am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt (so genannte Sitztheorie). Das gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und sodann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. Die einmal erworbene Rechtsfähigkeit setzt sich nicht ohne weiteres in Deutschland fort. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates fortbesteht und ob sie auch nach deutschem Recht rechtsfähig ist (vgl. BGH, Urteile vom 30.1.1970 – V ZR 139/68, BGHZ 53, 181, 183 und vom 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 271 f.). Die herrschende Lehre in der Bundesrepublik Deutschland teilt diese Auffassung der Rechtsprechung (vgl. *Hausmann*, in: *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Rdnr. 1538 ff.; *MünchKomm/Kindler*, BGB, 3. Aufl., Band 11, Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 313 ff.; *Staudinger-Großfeld*, BGB, 13. Bearb. (Neubearbeitung 1998), Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 38 ff.).

Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz führt dazu, dass eine im Ausland wirksam gegründete, in der Bundesrepublik Deutschland zunächst als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren ständigen Verwaltungssitz in der Bundesrepublik nimmt. Sie kann, soweit sie der deutschen Rechtsordnung unterliegt, weder Träger von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein. Um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, muss sie sich in einer Weise neu gründen, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt (vgl. BGH, Urteil vom 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 272). Ungeklärt ist, ob auf eine Neugründung verzichtet werden kann und eine Umwandlung entsprechend den Vorschriften

der §§ 362 bis 393 AktG in Betracht kommt. Ob die Klägerin nach dieser Regelung eine Umwandlung hätte bewirken können, bedarf keiner Entscheidung. Denn sie hat keine Anstrengungen in diese Richtung unternommen.

b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist umstritten.

aa) Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung sind die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft, also auch deren Rechtsfähigkeit nach dem Recht des Staates zu bestimmen, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist (so genannte Gründungstheorie; vgl. *Gessler/Eckardt*, AktG, § 1 Rdnr. 58, 65 f.; *Knobbe/Keuk*, ZHR 154 (1990), 325, 345 f., 355; *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 105 ff., 136; *Meilicke*, RIW 1990, 449 ff.; *Neumayer*, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 139 ff.; im Grundansatz auch *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 232 ff., 414 f.). Als Begründung wird vor allem angeführt, es sei einfach und zuverlässig festzustellen, wo und demgemäß nach welchem Recht eine Gesellschaft gegründet worden ist; das trage zur Rechtssicherheit bei. Die Anerkennung des ausländischen Gründungsaktes fördere die Mobilität international tätiger Unternehmen und damit die internationalen Wirtschaftsbeziehungen. Innerhalb der Europäischen Union sei es mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinbaren, an den tatsächlichen Verwaltungssitz anzuknüpfen.

bb) Andere wollen die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nicht nach einer einzigen Rechtsordnung beurteilen, sondern nach verschiedenen Kriterien differenzieren. So soll einerseits etwa für die Fragen der Existenz und der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft sowie die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander („Innenverhältnis“) das Recht des Gründungsstaates maßgebend sein, für die Betätigung der Gesellschaft und den Schutz ihrer Gläubiger („Außenverhältnis“) das Recht des Sitzstaates (vgl. *Grasmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rdnr. 622 ff.; *Hachenburg/Behrens*, GmbHG, 8. Aufl., Einleitung Rdnr. 125 ff.; *Sandrock*, *RebelsZ* 42 (1978), 227, 246 f., 250 ff.).

c) Der Senat erwägt beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts und des Gesellschaftsrechts innerhalb der Europäischen Union, an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festzuhalten.

Die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft sollten einheitlich angeknüpft werden. Der differenzierende Lösungsansatz (vgl. vorstehend 2. b bb) führt zu Rechtsunsicherheit, weil sich die Regelungsbereiche, die verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt werden sollen, nicht eindeutig voneinander abgrenzen lassen. Er vernachlässigt den sachlichen Zusammenhang zwischen diesen Regelungsbereichen. Die Regeln zum „Innen“- und zum „Außenverhältnis“ ergeben erst im Zusammenspiel ein sinnvolles Ganzes; die Bedeutung etwa des Gesellschaftskapitals hängt unter anderem von den Anforderungen ab, die an einen Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter gestellt werden. Schließlich führt die Mischung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen zu unlösbaren Anpassungsproblemen. Beispielsweise ist nicht erkennbar, wie die unternehmerische Mitbestimmung des deutschen Rechts in einer ausländischen Gesellschaft verwirklicht werden soll, die keinen Aufsichtsrat hat.

Die einheitliche Anknüpfung an den Ort der Gründung kommt den Gründern der Gesellschaft entgegen, die mit dem Gründungsort gleichzeitig die ihnen genehme Rechtsordnung wählen können. Hierin liegt die entscheidende Schwäche der „Gründungstheorie“. Diese vernachlässigt den Umstand, dass die Gründung und Betätigung einer Gesellschaft auch die

Interessen dritter Personen und des Sitzstaates berühren. Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz gewährleistet demgegenüber, dass Bestimmungen zum Schutze dieser Interessen nicht durch eine Gründung im Ausland umgangen werden können. Wenn eine derart einfache Umgehungsmöglichkeit bestünde, liefen den Gründern unangenehme Schutzvorschriften im Ergebnis leer. Es ist zu befürchten, dass sich im dergestalt eröffneten „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ gerade die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen durchsetzen würde („race to the bottom“).

Schutzbedürftig sind insbesondere die Gläubiger der Gesellschaft. Das deutsche Gesellschaftsrecht gewährt diesen Schutz vor allem durch detaillierte Regelungen über das Gesellschaftskapital, das heißt darüber, wie die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse bereitzustellen und zu erhalten ist (z. B. §§ 5, 7, 9, 19 ff., 24, 30 ff., 42 GmbHG). Schutzbedürftig sind weiter bei Verbindungen von Unternehmen die abhängigen Gesellschaften und deren Minderheitsgesellschafter. Diesem Schutz dienen in Deutschland die konzernrechtlichen Regeln zu qualifizierten Zustimmungserfordernissen (§ 293 Abs. 1 und 2 AktG), zur Entschädigung (§ 304 Abs. 1 und 2 AktG) und zur Abfindung (§ 305 AktG) außenstehender Gesellschafter bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen. Dem Schutz der von der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer dienen die Vorschriften zur Mitbestimmung auf Unternehmensebene etwa nach dem MitbestG vom 4.5.1976 (BGBl. I S. 1153). Vergleichbare Regelungen bestehen nicht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union; der Gläubigerschutz wird teilweise auf administrativem Wege verwirklicht.

3. Es ist umstritten, insbesondere für den vorliegenden Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, ob die in Art. 43, 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften der Anknüpfung an deren tatsächlichen Verwaltungssitz entgegensteht. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kann die Entscheidung dieser Frage nicht eindeutig entnommen werden.

a) Im Urteil vom 27.9.1988 (Rs 81/87 – „Daily Mail“ –, EuGHE 1988, 5483 = NJW 1989, 2186) hat der Gerichtshof ausgeführt, Gesellschaften könnten von ihrer Niederlassungsfreiheit durch Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften sowie dadurch Gebrauch machen, dass sie ihr Kapital vollständig auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen. Sie hätten im Gegensatz zu natürlichen Personen jenseits ihrer jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität. Der Vertrag habe die kollisionsrechtlichen Unterschiede im Recht der Mitgliedsstaaten hingenommen und die Lösung der damit verbundenen Probleme zukünftiger Rechtssetzung vorbehalten.

b) Im Urteil vom 9.3.1999 (Rs. C-212/97 – „Centros“ –, NJW 1999, 2027 [= MittBayNot 1999, 298]) hat der Gerichtshof die Weigerung einer dänischen Behörde beanstandet, die Zweigniederlassung einer Gesellschaft im Handelsregister einzutragen, die im Vereinigten Königreich nach den dortigen Bestimmungen wirksam gegründet worden war. Die Gesellschaft hatte ihren Sitz nicht verlegt. Vielmehr befanden sich von der Gründung an der Satzungssitz im Vereinigten Königreich, der tatsächliche Verwaltungssitz in Dänemark. Es ist lebhaft umstritten, welche Folgerungen aus dieser Entscheidung für die Anknüpfung im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu ziehen sind.

c) Im deutschen Schrifttum herrscht die Ansicht vor, der Gerichtshof habe mit diesem Urteil eine Abkehr von den Grundsätzen der *“Daily Mail”*-Entscheidung vollzogen und die Sitzanknüpfung für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar erklärt. Es finden sich auch Stimmen, die dem Urteil jedenfalls für den Fall grenzüberschreitender Sitzverlegung keine Abkehr von den Grundsätzen der *“Daily Mail”*-Entscheidung entnehmen können.

4. Der Senat hält zum Erlass seines Urteils eine Entscheidung über die Vorlagefragen 1 und gegebenenfalls 2 für erforderlich.

a) Wenn der Gerichtshof die Vorlagefrage 1 hinsichtlich der Rechtsfähigkeit oder der Parteifähigkeit verneinte, wäre die Revision zurückzuweisen. In diesem Falle wäre der Senat nicht gehindert, mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit der Klägerin nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Klägerin ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat. Das ist nach den von der Revision erfolglos angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Bundesrepublik Deutschland. Nach deutschem Recht ist die Klägerin nicht rechtsfähig und deshalb auch nicht parteifähig. Das deutsche Recht kennt die „BV“ nicht. Die Voraussetzungen für eine wirksame Entstehung einer ihr vergleichbaren deutschen Gesellschaft, der GmbH, liegen nicht vor; insbesondere ist die Klägerin nicht im deutschen Handelsregister eingetragen (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Die Klage wäre zu Recht abgewiesen worden.

b) Wenn der Gerichtshof die Vorlagefrage 1 bejahte, könnte die Abweisung der Klage mit der bisherigen Begründung nicht bestehen bleiben. Es käme dann für die Entscheidung über die Revision darauf an, nach welchem anderen Kriterium das Recht zu bestimmen ist, das über die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit der niederländischen Klägerin entscheidet. Wenn der Gerichtshof die Vorlagefrage 2 bejahte, stünde jetzt schon fest, dass die Revision Erfolg hätte, weil die Klägerin nach dem niederländischen Gründungsrecht rechtsfähig und parteifähig ist.

#### Anmerkung:

1. Der Streit um die Bestimmung derjenigen Rechtsordnung, die auf eine Gesellschaft hinsichtlich ihrer Errichtung, ihres Bestandes sowie ihrer Rechtsfähigkeit Anwendung findet (Gesellschaftsstatut), dürfte bereits so lange andauern, wie es ein entwickeltes Gesellschaftsrecht sowie grenzüberschreitende Kontakte überhaupt gibt. Das Grundproblem liegt darin, dass Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen lediglich rechtliche Gebilde sind, die nicht von sich aus existieren, sondern erst durch die sie umgebende bzw. prägende Rechtsordnung ins (Rechts-)Leben gerufen werden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat dies in seiner Entscheidung vom 27.9.1988 in Sachen *„Daily Mail“* (NJW 1989, 2186) mit folgenden plastischen Worten beschrieben: *„Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung ... gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben sie keine Identität.“*

Bei einem solchen Befund verwundert es nicht, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten unter Beteiligung von Gesellschaften der Bestimmung dieser identitätsstiftenden Rechtsordnung von jeher eine zentrale Bedeutung zukommt.

a) Wie der BGH in seinem Vorlagebeschluss vom 10.3.2000 ausführte, haben sich hierzu im Wesentlichen zwei Meinungen herausgebildet (mit zahlreichen Varianten und Abweichungen im Detail). Während sich nach der sogenannten *Sitztheorie* die anwendbare Rechtsordnung nach dem tatsächlichen Sitz der Verwaltung bestimmt, knüpft die sogenannte *Gründungstheorie* an den (von den Gesellschaftsgründern frei wählbaren) Gründungs- bzw. Satzungssitz an (siehe nur die Nachweise in BGH a.a.O. Abschn. B. 2.). Der Gründungstheorie folgen vor allem der angloamerikanische Rechtskreis, die Niederlande sowie im Grundsatz auch die skandinavischen Länder. Die Sitztheorie wird hingegen traditionell in den meisten kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsordnungen vertreten.

b) Die Sitztheorie hat den entscheidenden Vorteil, dass sie an diejenige Rechtsordnung anknüpft, mit der die Gesellschaft die jeweils engste Verbindung aufweist. Somit ist sichergestellt, dass sich stets diejenige Rechtsordnung durchsetzen und ihre Schutzmechanismen entfalten kann, die von der Gesellschaft am meisten betroffen ist. Augenscheinlich wird dies bei dem Phänomen der sogenannten „Briefkastengesellschaften“. Hierbei wird eine Gesellschaft nach den Vorschriften einer frei gewählten (meist möglichst regelungsarmen) Rechtsordnung gegründet, die der Gründungstheorie folgt. Der Ort der tatsächlichen Verwaltung, also des tatsächlichen Sitzes, sowie der Ort der Geschäftstätigkeit liegen jedoch in einer anderen Rechtsordnung, die strengere oder zumindest andere Anforderungen an die Errichtung und den Bestand der Gesellschaft stellt. Nach der Gründungstheorie richtet sich das Gesellschaftsstatut auch in einer solchen Konstellation nach dem Recht des Gründungsortes. Schutzvorschriften wie etwa zur Kapitalaufbringung und -erhaltung des faktischen Sitzes könnten dadurch leicht umgangen werden.

Es würde, wie der BGH zu Recht betont, ein „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ mit dem Effekt eines „race to the bottom“ entstehen (Abschn. B. 2. c). Dass dabei tatsächlich kein ehrlicher Wettbewerb gesamter Rechtsordnungen als geschlossene Regelungssysteme entstehen würde, ist an anderer Stelle näher beschrieben worden (*Görk GmbH* 1999, 793). Es wäre den Gesellschaften vielmehr ermöglicht, sich die jeweils genehmsten Teile der Regelungssysteme herauszusuchen, gleichsam die „Rosinen“ aus den jeweiligen Rechtsordnungen herauszupicken. So wäre etwa die Gründung nach einer Rechtsordnung möglich, die wenig Voraussetzungen im Vorfeld aufstellt und dieses Schutzdefizit später im Wege einer verschärften Verwaltungskontrolle zu kompensieren sucht. Hat dann die Gesellschaft ihren faktischen Sitz in einer Rechtsordnung, die mehr auf präventive Schutzvorschriften bei der Errichtung setzt und im Gegenzug die spätere Aufsicht zurückhaltender regelt, so würde sie bei Anwendung der Sitztheorie von keinem der beiden Regelungssysteme ernsthaft erfasst. Während die Gründungsvorschriften des Verwaltungssitzes keine Anwendung fänden, würde auch die Verwaltungskontrolle des Satzungssitzes wegen ihrer territorialen Begrenzung ins Leere laufen.

Diesem Missstand versucht die Sitztheorie entgegenzuwirken. Nach ihr bestimmt sich eine Gesellschaft nur nach dem Recht des faktischen Verwaltungssitzes, unabhängig von der Gründungsrechtsordnung. Dabei geht es streng genommen nicht um die Frage der Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft sondern nur um das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht (siehe etwa *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rdnr. 177). Dieses Recht bestimmt dann, welche (inländische) Rechtsform die Gesellschaft hat, was wiederum die Einhal-

tung etwaiger (inländischer) Gründungsvorschriften voraussetzt. Eine Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland kann somit nur dann eine juristische Person in Form einer Kapitalgesellschaft sein, wenn die Vorschriften des GmbHG oder des AktG eingehalten sind, insbesondere eine Eintragung als (deutsche) Kapitalgesellschaft im (deutschen) Handelsregister vorliegt. Andernfalls ist die Gesellschaft aber nicht etwa überhaupt nicht existent. Sie ist nach den üblichen Kriterien korporativer Zusammenschlüsse einzuordnen, im Zweifel also als Personengesellschaft in Form einer OHG oder einer GbR (siehe *Staudinger/Großfeld*, a.a.O., Rdnr. 435). Besondere Gründungsformalien sind hierfür nicht erforderlich.

c) Probleme wirft die Sitztheorie jedoch insofern auf, als sie eine grenzüberschreitende Sitzverlegung erschwert und mangels besonderer Vorschriften eine solche Sitzverlegung unter Wahrung der Gesellschaftsidentität vollständig verhindert. So hätte etwa die Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen GmbH ins Ausland einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts zur Folge. Die deutsche Rechtsordnung sieht eine solche „Flucht“ in eine andere Rechtsordnung ohne förmliche Liquidation oder zumindest Befriedigung der inländischen Gläubiger nicht vor. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur bewertet eine solche Sitzverlegung als Auflösung der Gesellschaft mit der Folge der Liquidation nach den deutschen Bestimmungen bzw. hält einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss für nichtig (siehe nur BGHZ 53, 181; 97, 269; *Scholz*, GmbHG, Einl. Rdnr. 124). So widerspricht ein ausländischer Verwaltungssitz bei inländischem Satzungssitz bereits der Vorschrift des § 4a Abs. 2 GmbHG. Die Eintragung eines ausländischen Satzungssitzes einer inländischen Kapitalgesellschaft ist dem deutschen Gesellschaftsrecht aber ebenfalls fremd. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist somit (nicht zuletzt zum Schutz der inländischen Gläubiger) nur durch Auflösung, Liquidation und Neugründung möglich. Das Steuerrecht sieht dies in § 12 KStG genauso, indem es die grenzüberschreitende Sitzverlegung dem Ausscheiden aus der Steuerpflicht durch Auflösung und Abwicklung (§ 11 KStG) gleichstellt.

Die Vertreter der Gründungstheorie in der deutschen Literatur (siehe die Nachweise in BGH a.a.O. Abschn. B. 2. b) aa) setzen ihre Kritik in erster Linie an dieser nach ihrer Ansicht zu nationalstaatlichen Ausrichtung der Sitztheorie an. In Zeiten einer ständig wachsenden internationalen Verflechtung der Geschäftsbeziehung und wachsenden Freizügigkeit auch von Gesellschaften, müsse die Rechtsordnung grenzüberschreitende und identitätswahrende Sitzverlegungen ohne Liquidation zulassen, und zwar sowohl in Form eines Zuzugs als auch eines Wegzugs. Insbesondere könne ausländischen Gesellschaften nicht verwehrt werden, ihren Verwaltungs- und/oder Satzungssitz unter Wahrung ihrer Identität nach Deutschland zu verlegen. Im Geltungsbereich des EG-Vertrages ergebe sich dies schon aus dem auch für Gesellschaften geltenden Rechts auf Freizügigkeit. Die Sitztheorie sei bereits mit Art. 43 und 48 (früher 52 und 58) EG-Vertrag nicht vereinbar.

d) Der EuGH hatte sich erstmals in der bereits genannten „*Daily Mail*“-Entscheidung vom 27.9.1988 (NJW 1989, 2186) zu dem Problem Sitztheorie und Gründungstheorie und deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geäußert. Es ging dabei um die Sitzverlegung einer Gesellschaft aus dem Vereinigten Königreich in die Niederlande zu dem Zweck, die Besteuerung stiller Reserven bei der Veräußerung von Betriebsvermögen im Vereinigten Königreich zu verhindern. Dieser Sitzverlegung stand das Steuerrecht des Vereinigten

Königreichs entgegen, welches eine Genehmigung durch die Steuerbehörde vorsah, welche im konkreten Fall versagt wurde. Obwohl es streng genommen überhaupt nicht um den Streit zwischen Sitztheorie und Gründungstheorie ging (sowohl das Vereinigte Königreich als auch die Niederlande folgen der Gründungstheorie und hätten somit die Sitzverlegung gesellschaftsrechtlich akzeptiert) stellte der EuGH fest, dass der EG-Vertrag die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung aufwiesen, als Problem betrachte, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst seien, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürften (EuGH a.a.O. Rdnr. 23). Hieraus wurde in der Folgezeit geschlossen, dass der EuGH die Sitztheorie nicht für unvereinbar mit den Bestimmungen des EG-Vertrag über die Freizügigkeit von Gesellschaften hält.

e) Große Überraschung löste es daher aus, als der Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.3.1999 in Sachen „*Centros*“ (MittBayNot 1999, 298 mit Anmerkung *Görk*) es für einen Verstoß gegen Art. 43 und 48 (früher 52 und 58) EG-Vertrag hielt, einer nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründeten und in das Handelsregister von England und Wales eingetragenen Gesellschaft (*private limited company*) die Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark mit der Begründung zu verweigern, die Gesellschaft übe ihre gesamte Geschäftstätigkeit in Dänemark aus und sei nur deshalb nach britischem Recht gegründet worden, um die strengeren dänischen Gründungsvorschriften zu umgehen. Letzteres hatten die Gesellschaftsgründer (ein dänisches Ehepaar) im Verfahren auch offen zugegeben. Überraschend an der Entscheidung war vor allem, dass der EuGH mit keinem Wort auf den Streit zwischen Sitztheorie und Gründungstheorie sowie seine eigene Entscheidung in Sachen „*Daily Mail*“ einging.

Die *Centros*-Entscheidung löste vor allem in der deutschen Literatur ein erhebliches Echo aus, bei dem es um die Frage ging, ob der Gerichtshof mit dieser Entscheidung eine Absage auch über die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem EG-Vertrag getroffen hatte (vgl. etwa die Nachweise bei *Görk* MittBayNot 1999, 298, 300). Eine vor allem im direkten Anschluss an die Entscheidung vertretene Auffassung sah in der Entscheidung eine klare Absage an die Sitztheorie im Geltungsbereich des EG-Vertrages. Hingegen machten andere Stimmen geltend, dass die Entscheidung nur die Errichtung einer Zweigniederlassung und nicht die Sitzverlegung betreffe (so auch der BGH in dem vorliegenden Beschluss). Außerdem würde auch Dänemark im Grundsatz der Gründungstheorie folgen, so dass eine Auseinandersetzung mit dem Problem des Gesellschaftsstatuts überhaupt nicht erforderlich und damit eine Auseinandersetzung mit der „*Daily Mail*“-Entscheidung entbehrlich gewesen sei.

2. Der vorstehende Vorlagebeschluss des BGH könnte nun dem EuGH die Gelegenheit geben klarzustellen, ob mit der *Centros*-Entscheidung eine Absage an die Sitztheorie verbunden war oder nicht.

a) Problematisch an dem Vorlagebeschluss ist allerdings die Fallkonstellation, die ihm zugrunde liegt. Es geht hier um einen sogenannten Zuzugsfall, der die Schutzfunktion der Sitztheorie etwas in den Hintergrund treten lässt. So kann es bei der vom BGH vertretenen Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts anders als in Wegzugsfällen nicht um den Schutz bisheriger Gesellschaftsgläubiger gehen, da diese zuvor mit einer Gesellschaft niederländischen Rechts konfron-

tiert waren. Sie werden also kein besonderes Interesse an der Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung haben. Insofern kann die Sitztheorie allenfalls dem Schutz künftiger Gläubiger in Deutschland dienen, die andernfalls in Deutschland mit einer Gesellschaft ausländischen Rechts konfrontiert würden. Dies wäre aber auch nach der Sitztheorie der Fall, wenn die Gesellschaft ihren alten (Verwaltungs-) Sitz beibehalten hätte. Letztlich steht bei dieser Konstellation die Verhinderung einer Umgehung nationalen Rechts durch das Phänomen „Briefkastengesellschaften“ im Mittelpunkt. Ein solcher Umgehungsfall scheint hier indes nicht vorzuliegen.

b) Zudem fehlt es der vorgelegten Frage möglicherweise an der nötigen Entscheidungsrelevanz. Wie bereits dargestellt, betrifft die Frage nach dem Gesellschaftsstatut nicht die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft, sondern die Bestimmung der einschlägigen Rechtsordnung. Wenn im vorliegenden Fall aufgrund der Sitztheorie deutsches Recht zur Anwendung käme, würde die Gesellschaft nicht völlig negiert. Sie würde nur (vor allem mangels Eintragung im Handelsregister) keine GmbH darstellen. Sie wäre vielmehr als Personengesellschaft einzuordnen, wobei es zur Unterscheidung zwischen OHG und GbR auf die Art des Geschäftsbetriebs sowie ggf. dessen Umfang ankäme. Hierüber trifft der Vorlagebeschluss indes keine Aussage. Wäre die Gesellschaft als OHG anzusehen, so ergäbe sich aber die Partei- und Prozessfähigkeit aus § 124 Abs. 1 HGB.

c) Der EuGH könnte sich (wie der BGH) auch auf den Standpunkt stellen, dass die Centros-Entscheidung nur den Fall der Errichtung einer Zweigniederlassung betraf, während es vorliegend um eine grenzüberschreitende Sitzverlegung in Form eines Zuzugs geht. Er könnte somit nicht nur auf eine Klarstellung bzgl. „Daily-Mail“ (Wegzugsfall), sondern auch bzgl. „Centros“ verzichten. Ob er daran jedoch gut täte, ist angesichts der durch „Centros“ ausgelösten und dem EuGH wohlbekannten Unsicherheit eher zweifelhaft.

d) Letztlich wird der EuGH um eine grundsätzliche Stellungnahme zu dem gesamten Fragenkomplex nicht herumkommen, da bereits ein weiterer Vorlagebeschluss eines deutschen Gerichts zum dem Themenkomplex „Gesellschaftsstatut und Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag“ bekannt ist. So hat das AG Heidelberg in einer Handelsregisterangelegenheit mit Beschluss vom 3.3.2000 (Az. HRB 831 – SNH) dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es Art. 43 und 48 EG-Vertrag widerspricht, dass das deutsche Recht einer im deutschen Handelsregister eingetragenen inländischen GmbH die identitätswahrende Sitzverlegung ins Ausland verbietet. In dem zugrunde liegenden Fall geht es um die Sitzverlegung einer GmbH nach Spanien, da die alleinige Gesellschafterin eine spanische Firma ist und angibt, die Geschäfte nunmehr vollständig nach Spanien verlagern zu wollen. Die Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister will das AG Heidelberg ablehnen, sieht sich jedoch zu einer Klärung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht durch den EuGH veranlasst. Bei dieser Konstellation liegt die Schutzfunktion der Sitztheorie auf der Hand: Könnte die Gesellschaft ohne Auflösung, Liquidation und Gläubigerbefriedigung ihren Sitz nach Spanien verlegen, würden die Gesellschaftsgläubiger ihren Schuldner faktisch verlieren. Zumindest wären sie plötzlich mit einem Schuldner konfrontiert, der dem spanischen (Gesellschafts-)Recht unterliegt.

Notarassessor Dr. Stefan Görk, Berlin

18. HGB § 33; SpkG Art. 5 (*Registereintragung der Vertretungsbefugnis bei Sparkasse*)

**In das Handelsregister kann nicht eingetragen werden, dass von zwei Vorstandsmitgliedern einer bayerischen Sparkasse unterzeichnete Urkunden ohne Rücksicht auf die Einhaltung sparkassenrechtlicher Vorschriften rechtsverbindlich sind, wenn die Vorstandsmitglieder im Unterschriftenverzeichnis der Sparkasse aufgeführt sind.**

BayObLG, Beschluss vom 20.7.2000 – 3Z BR 72/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Der Vorstand der betroffenen Sparkasse, einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts, meldete diese mit Schreiben vom 28.9.1999 zur Eintragung in das Handelsregister an.

Gemäß § 5 Abs. 1 der Satzung der betroffenen Sparkasse besteht ihr Vorstand aus zwei Mitgliedern. Ihm ist gemäß § 6 Abs. 1 und 2 der Satzung i. V. m. Art. 5 Abs. 6 Satz 2 Sparkassengesetz die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Betroffenen übertragen; ausgenommen sind die Vertretung gegenüber dem Vorstand selbst und diejenige in der Verbandsversammlung des Bayerischen Sparkassen- und Giroverbands.

Mit Zwischenverfügung vom 19.11.1999 wies das Registergericht auf mehrere Eintragungshindernisse hin, auch solche betreffend die Anmeldung der Vertretungsverhältnisse. Hiergegen legte die Betroffene mit Schreiben vom 7.12.1999 Rechtsmittel ein und begehrte zur Vertretungsbefugnis des Vorstands Folgendes in das Handelsregister einzutragen:

Die Sparkasse wird gerichtlich und außergerichtlich durch die zwei Mitglieder ihres Vorstands gemeinsam vertreten; dies gilt nicht bei Rechtsgeschäften gegenüber einem Mitglied des Vorstands und nicht in der Verbandsversammlung des Sparkassenverbands Bayern. Urkunden, die von zwei Vorstandsmitgliedern im Rahmen des Unterschriftenverzeichnisses der Sparkasse unterzeichnet sind, sind ohne Rücksicht auf die Einhaltung sparkassenrechtlicher Vorschriften rechtsverbindlich.

Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab. Das Landgericht hat sie mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass in Spalte 5 des Handelsregisters zur Vertretungsbefugnis folgende Eintragung zulässig sei:

Die Vorstandsmitglieder vertreten gemeinsam; dies gilt nicht bei Rechtsgeschäften gegenüber einem Mitglied des Vorstands und nicht in der Verbandsversammlung des Sparkassenverbands Bayern.

Mit ihrer weiteren Beschwerde begehrt die Betroffene weiterhin die Eintragung des Zusatzes, wonach Urkunden, die von zwei Vorstandsmitgliedern im Rahmen des Unterschriftenverzeichnisses der Sparkasse unterzeichnet sind, ohne Rücksicht auf die Einhaltung sparkassenrechtlicher Vorschriften rechtsverbindlich seien. Dies gebe – so die Beschwerdebegründung – den Gesetzeswortlaut von Art. 5 Abs. 7 Sparkassengesetz wieder. Die Bedeutung dieser Norm beruhe darauf, dass in der sparkassenrechtlichen Literatur die Auffassung vertreten werde, die Vertretungsorgane der Sparkasse besäßen – parallel zum Gemeinderecht – Vertretungsmacht nur dann, wenn dem Vertretungshandeln jeweils auch eine Willensbildung der internen Geschäftsführungsorgane zugrunde liege. Art. 5 Abs. 7 Sparkassengesetz stelle die grundsätzlich bestehende Gesamtvertretungsbefugnis der beiden Vorstandsmitglieder für ihr schriftliches Vertretungshandeln außer Zweifel und ergänze deshalb die organschaftliche Gesamtvertretung modifizierend. Damit bestehe ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Eintragung im Handelsregister.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Gegenstand des Verfahrens der weiteren Beschwerde ist nur die Frage, ob die Vertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern, so weit sich diese auf die Eintragung in ein Unterschriftenverzeichnis (Art. 5 Abs. 7 Sparkassengesetz – SpkG

BayRS 2025-1-1) stützt, entgegen der Auffassung des Landgerichts in das Handelsregister eingetragen werden kann. Die Betroffene hat ihr Rechtsmittel in zulässiger Weise auf diese Fragestellung beschränkt, da es sich um trennbare Teile eines teilbaren Verfahrensgegenstands handelt (vgl. *Keidel/Kahl* FG 14. Aufl. § 21 Rdnr. 7). Der Senat hat daher nicht zu überprüfen, ob die vom Landgericht angeordnete Eintragung zur Vertretung der Sparkasse durch ihren Vorstand gemäß Art. 5 Abs. 6 SpkG nach ihrem gesamten Inhalt eintragungsfähig ist.

2. Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

a) (...)

b) (...)

aa) Infolge der Aufhebung des früheren § 36 HGB durch Art. 3 des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22.6.1998 (BGBl I S. 1474) sind nunmehr auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat, zur Eintragung anzumelden (§ 33 Abs. 1 Satz 1 HGB; vgl. auch Art. 38 Abs. 3 EGHGB). Diese Voraussetzungen treffen insbesondere auch auf die öffentlichen Sparkassen zu, da sie in Bayern rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts darstellen (Art. 3 SpkG) und ein Handelsgewerbe betreiben (vgl. *Koller/Roth/Morck* HGB 2. Aufl. § 33 Rdnr. 2; *Baumbach/Hopt* HGB 30. Aufl. § 33 Rdnr. 1).

bb) Welche Angaben in das Handelsregister aufzunehmen sind, richtet sich grundsätzlich nach den einschlägigen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und der diese ergänzenden Handelsregisterverfügung. Nach Aufhebung des früheren § 36 Satz 2 HGB sind, so weit die Vertretung der gemäß § 33 HGB nunmehr einzutragenden juristischen Person betroffen ist, bei der Eintragung für den Regelfall die Mitglieder des Vorstandes und deren Stellvertreter anzugeben; ferner sind besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugnis des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person einzutragen (§ 33 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB, § 40 Abs. 1 Nr. 3 und 5, Abs. 4 HRV).

Die Eintragung nicht vom Gesetz bestimmter oder zugelassener Tatsachen in das Handelsregister hat die Rechtsprechung nur für zulässig erachtet, so weit der Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordert und damit ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht (vgl. BGH NJW 1992, 1452/1452 f. und FGPrax 1998, 68; BayObLGZ 1987, 449/451 f.).

cc) Die Betroffene strebt eine Eintragung in das Handelsregister an des Inhalts, dass Urkunden, die von zwei Vorstandsmitgliedern im Rahmen des Unterschriftenverzeichnisses der Sparkasse unterzeichnet sind, ohne Rücksicht auf die Einhaltung sparkassenrechtlicher Vorschriften rechtsverbindlich seien.

(1) Auf § 33 Abs. 2 Satz 3 HGB kann eine solche Eintragung nicht gestützt werden. Die in ihr zum Ausdruck kommende Befugnis beruht nicht auf der Satzung der Betroffenen, sondern gibt nur den Wortlaut des Art. 5 Abs. 7 SpkG wieder. Die Satzung der Betroffenen ordnet in § 6 Abs. 3 zwar an, dass das Unterschriftenverzeichnis in den Geschäftsstellen zur Einsicht bereitzuhalten ist. Regelungen, die die genannte Befugnis betreffen, enthält sie aber nicht.

(2) Auch als gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassene Tatsache kann die genannte Befugnis nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

Dabei kann dahinstehen, ob bei bayerischen kommunalen Gebietskörperschaften die Vertretungsmacht des kraft Gesetzes

zur Vertretung berufenen Organs, so weit ihm nicht gleichzeitig die Geschäftsführung obliegt, durch eine entsprechende Willensbildungsentscheidung des zuständigen Geschäftsführungsorgans bedingt ist (so die bisherige Rechtsprechung; vgl. die Zusammenstellung in BayObLG MittBayNot 1999, 287/288, wo die Frage im Hinblick auf die an dieser Auffassung geäußerten Kritik nunmehr ausdrücklich offen gelassen wird). Ebenso kann offen bleiben, ob diese Rechtsprechung auf Sparkassen übertragen werden kann, obwohl diese ein Handelsgewerbe betreiben, so dass der Geschäftsverkehr in besonderem Maß auf klare Vertretungsverhältnisse angewiesen ist (ausdrücklich offen gelassen in BayObLGZ 1998, 261/267 f.). Im Übrigen ist zweifelhaft, ob allein aus diesem Umstand ein anerkanntes Bedürfnis abgeleitet werden könnte, die gesetzliche Regelung des Art. 5 Abs. 7 SpkG zusätzlich und nur deklaratorisch im Handelsregister wiederzugeben.

Die angestrebte Eintragung scheidet jedenfalls deshalb aus, weil sie der Publizitätsfunktion des Handelsregisters nicht hinreichend Rechnung trägt. Diese ist insbesondere für die Frage der Vertretungsbefugnis von Bedeutung. Sie fordert, dass eine entsprechende Eintragung im Interesse der Klarheit und Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs ohne Zuziehung anderer Registerblätter oder zum Handelsregister eingereicherter Urkunden aus sich heraus verständlich sein muss (vgl. BayObLGZ 1999, 349/352). Dem wird die angestrebte Eintragung nicht gerecht. Auf ihrer Grundlage ließe sich dem Handelsregister gerade nicht entnehmen, ob die beiden Vorstandsmitglieder nach Maßgabe des Unterschriftenverzeichnisses der Beteiligten zeichnungsberechtigt sind oder nicht. Denn der Inhalt dieses Verzeichnisses ist nicht Gegenstand der Eintragung ins Handelsregister.

---

19. HGB §§ 29, 33 (*Eintragung eines Mehrfachsitzes bei Sparkassen*)

**Für Sparkassen, die als öffentlich-rechtliche Anstalten verfasst sind, ist die Eintragung eines Mehrfachsitzes zulässig (Abgrenzung zu BayObLGZ 1985, 111).**

BayObLG, Beschluss vom 19.7.2000 – 3Z BR 162/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

---

20. HGB § 18 Abs. 1 (*Unzulässigkeit von Sonderzeichen als Firmenbestandteil*)

**Die in das Handelsregister einzutragende Firma muss aus allgemein gebräuchlichen Schriftzeichen bestehen. Das Sonderzeichen @ ist nicht eintragungsfähig.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Braunschweig, Beschluss vom 4.9.2000 – 22 T 900/00.003 –

*Aus den Gründen:*

Mit der Zwischenverfügung vom 15.8. hat das Amtsgericht zu dem Eintragungsantrag der Firmenänderung (Met@box) darauf hingewiesen, dass die Firma nur als „Metabox ...“ eingetragen werden könne. Dagegen richtet sich die Beschwerde, der nicht abgeholfen ist.

Die Kammer tritt der Ansicht des Amtsgerichts bei. Als Met@box und damit so, wie in der Anmeldung vom 19.7.2000 und in der Satzung eingangs und unter § 1 als Firma der Gesellschaft (vollständig: Met@box Sportmarketing AG) verlautbart, ist eine Firma nicht eintragungsfähig.

Die Firma muss zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB). Dies ist bei der (Teil-)Bezeichnung Met@box der Fall, zumal im Gesamtkontext Met@box Sportmarketing AG. Es kommt auch nicht i.S.d. § 18 Abs. 2 HGB zu einer Irreführung. Individualisierungsfunktion und Namensqualität, auf die die Rechtsprüfung begrenzt ist, kommt der Gesamtbezeichnung und der Bezeichnung Metabox/Met@box zu.

Für das Zeichen @ steht auf der Tastatur des PC des Vorsitzenden eine Taste zur Verfügung, die mit Alt Gr zu schalten ist. Andernfalls kann dieses Zeichen eingefügt werden, indem Sonderzeichen, ggfs. unter Verwendung einer entsprechenden Schriftart verwendet werden. Fehlt dem Amtsgericht Braunschweig die technische Ausstattung, das Zeichen @ so darzustellen, wie es geboten und erforderlich ist, würde dieser Umstand aus Rechtsgründen nicht die Gebote an die betroffene Gesellschaft regieren, eine bestimmte Namens- und Gestaltungswahl zu unterlassen.

Augenscheinlich und sinngemäß steht bei der für die Beschwerdeführerin beschlossenen Fassung das Zeichen @ jedoch für den Buchstaben a. Bei der Verwendung von Buchstaben sind nun nur die Buchstaben des Alphabets zugelassen. Wie an die Stelle von Buchstaben keine Bildzeichen treten dürfen, sind in das Handelsregister keine Buchstaben in einer frei gewählten Ausschmückung, Gestaltungsform einzutragen. In der Gestaltung eines Buchstabens ist der Anmelder für die Firma nicht frei. Die in das Handelsregister einzutragende Firma ist nicht der (Sicherung einer) bildlichen, schmuckhaften Gestaltung nach dem Wunsch des Anmelders dienlich zu machen, sondern auf die Verwendung von Buchstaben beschränkt, zu denen das Ausgangsschriftbild zu verwenden ist. Kunstbuchstaben, Schmuckschriften sind dabei stets auf dieses allgemein gebräuchliche, herkömmliche Schriftbild zurückzuführen und zwar unbeschadet der Möglichkeiten des Firmeninhabers, im Geschäftsverkehr und zu Werbezwecken einzelne Buchstaben besonders (so für a: @) zu gestalten und auf diese Weise zu verwenden.

Ob und inwieweit Buchstaben aus einem anderen Alphabet als der deutschen, lateinischen Schreibweise verwendet werden können, kann dahin stehen. Das Zeichen @ gehört nicht zu einem Alphabet einer lebenden Sprache, die im Alltag und geschäftlichen Verkehr verwendet wird, sondern ist Teil der (internationalen) Computersprache als (technischer) Kunstsprache.

Dass das Zeichen @ seit längerer Zeit gebräuchlich und in der Computersprache üblich ist, ändert nichts. Von dem Inhalt dieser Sprache her soll das Zeichen @ konkret nicht in seinem eigentlichen, ursprünglichen Sinn als Abkürzung für at verwendet werden, sondern an die Stelle des Buchstaben a treten. Eben dann hat es aber für das Handelsregister bzw. die Firma bei dem Buchstaben in seiner Ausgangsgestaltung der gewählten Schrift- und Landessprache zu verbleiben.

Bildzeichen stehen für eine Firma nicht zur Verfügung.

Als Fantasiewort ist eine Bezeichnung wählbar. Auch dazu sind aber Buchstaben (ggfs. Ziffern) zu verwenden.

Darauf hat das Amtsgericht zutreffend hingewiesen. Darauf kann das Amtsgericht aus Rechtsgründen abstellen.

Ob und inwieweit das allgemeine oder angesprochene Publikum das Zeichen versteht, kann im Übrigen auf sich beruhen. Wird die Rechtschreibung angepasst an die Zeitverhältnisse, kann der Maßstab für die Verwendung von Zeichen allerdings nicht unverändert bleiben. Bei @ geht es aber nicht um einen neuen Buchstaben, sondern in der Computersprache um die Abkürzung für at, wie neuerdings auch zu e mit einer geschweiften Klammer zu einer Abkürzung für den Bereich der Elektronik gegriffen wird. Auch als Met @ box ... (Sportmarketing AG) kommt gleichwohl eine Eintragung nicht in Betracht. Wäre hier ein Buchstabe zu finden, wäre aus den genannten Gründen a zu schreiben. Wäre die Abkürzung gemeint, wäre aus den genannten Gründen at zu schreiben, bei der Freiheit für die Gesellschaft im täglichen Gebrauch zu dem Kunstzeichen, Computerzeichen @ zu greifen. Selbst in diesem Zusammenhang (als Verknüpfung und Abkürzung) wäre @ nicht vergleichbar mit & einzusetzen, weil es zwar zu @ und & um eine Abkürzung und die Sprache geht, @ aber mehrdeutig ist (als Buchstabe a oder als Abkürzung at), während & eindeutig und unmissverständlich ausschließlich eine abstrakte Abkürzung ist.

### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. auch *Odersky*, in diesem Heft, S. 533.

---

21. BGB §§ 2205, 2206; UmwG § 214 (*Befugnis des Testamentsvollstreckers zu Umwandlungsbeschlüssen*)

**Trotz Einwirkung in den Kernbereich der Mitgliedschaft kann ein Testamentsvollstrecker die für eine Umwandlung erforderlichen Beschlüsse ohne Zustimmung der Erben fassen, solange für die Erben keine persönlichen Verpflichtungen begründet werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998 – 2 O 193/98

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger verlangen als Erben vom Beklagten als Testamentsvollstrecker Unterlassung von Maßnahmen, die auf die Umstrukturierung der X-GmbH & Co. KG gerichtet sind.

Die Kläger sind die Kinder und alleinigen Erben zu je 1/4 nach ihrem am 23.8.1997 verstorbenen Vater Dr. Sp. Der Erblasser war Mehrheitlich – mit über 50 % – als Kommanditist an der X-GmbH & Co. KG mit Sitz in B. beteiligt. Der Beklagte ist Testamentsvollstrecker des Nachlasses von Dr. Sp. Die Testamentsvollstreckung ist Verwaltungsvollstreckung und umfasst auch die Gesellschaftsanteile des Erblassers.

In einem öffentlichen Testament vom 20.9.1985, widerrief der Erblasser alle früheren letztwilligen Verfügungen, ordnete unter Ziff. 4 Testamentsvollstreckung an und bestimmte dabei u. a.:

„Er (der Testamentsvollstrecker) soll meine Firmenbeteiligungen einschließlich Privatkonten verwalten und die Stimmrechte hinsichtlich der Beteiligungen ausüben. Umwandlung, Verschmelzung, Liquidierung und Veräußerung sollen gestattet sein ... Ich mache die Erbeinsetzung eines jeden Erben davon abhängig und verpflichte ihn hierzu als Auflage, dem Testamentsvollstrecker die entsprechenden Befugnisse zu erteilen.“

Eine Abänderung dieser Regelung durch zwei nachfolgende Ergänzungstestamente vom 2.9.1988 und 4.10.1990 erfolgte nicht.

In der X-GmbH & Co. KG werden Maßnahmen zur Umstrukturierung der Gesellschaft, insbesondere die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft, diskutiert. Der Stand der Planung ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte steht solchen Überlegungen positiv gegenüber. Die Kläger wenden sich gegen eine mögliche Umwandlung. Sie verlangen vom Beklagten, auf eine Umwandlung abzielende Maßnahmen ohne ihre Zustimmung nicht vorzunehmen.

Die Kläger behaupten, die Umwandlungsfrage sei brandaktuell, weshalb derzeit bereits ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei.

Die Klage sei auch begründet, da der Beklagte als Testamentsvollstrecker die Umwandlung der X-GmbH & Co. KG ohne Zustimmung der Kläger als der Erben nicht wirksam mitbeschließen könne. Die Verwaltungsvollstreckung an einem Kommanditanteil ende nämlich am sog. Kernbereich der Mitgliedschaft. Die Rechte im Kernbereich seien unentziehbar, so dass sie wirksam auch nicht auf einen Testamentsvollstrecker übertragen werden könnten. Zum Kernbereich gehörten u. a. strukturändernde Maßnahmen wie die beabsichtigte Umwandlung der Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft. Bei diesen Maßnahmen sei daher die Zustimmung der Kläger als der Erben erforderlich.

Aus dem Testament des Erblassers lasse sich allenfalls eine Ermächtigung, nicht jedoch ein Auftrag zur Durchführung einer Umstrukturierung ableiten.

Selbst wenn man die Auffassung vertrete, dass der Beklagte die Umwandlung wirksam ohne Zustimmung der Kläger mitbeschließen könne, würde er zumindest seine Pflichten als Testamentsvollstrecker gröblich verletzen, was ebenfalls zu einem Unterlassungsanspruch führe. Auch der Testamentsvollstrecker dürfe sich nämlich nicht grundlos und eigensinnig über die Interessen und Vorstellungen der Erben hinwegsetzen. Die Kläger hätten ein schützenswertes Interesse an der Beibehaltung der bestehenden Gesellschaftsform. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft würde den Familiencharakter des Unternehmens zerstören. Auch sei die Rechtsstellung eines Kommanditisten stärker als die eines Aktionärs, bei der Umwandlung würden insbesondere die Informations- und Mitspracherechte der Erben stark verkürzt. Des Weiteren drohten durch die Umwandlung steuerliche Nachteile.

Der Beklagte trägt vor, die Umwandlungsbestrebungen befänden sich derzeit erst im Stadium reiner Meinungsfindung; wann es zu einer Umwandlung komme, sei nicht abzusehen. Aus diesem Grund fehle der Klage bereits das Rechtsschutzbedürfnis.

Der Beklagte ist der Auffassung, da die Klage darüber hinaus unbegründet ist, weil die Rechtsmacht des Beklagten auch seine Mitwirkung an der Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft ohne Zustimmung der Kläger umfasse. Die von den Klägern herangezogene Kernbereichslehre betreffe in erster Linie die Frage, ob alle Gesellschafter einer Umstrukturierungsmaßnahme zustimmen müssten, und habe insofern allenfalls indirekt mit der Frage der Testamentsvollstreckerbefugnis zu tun.

Das Testament des Erblassers habe zwar keinen unmittelbaren Auftrag zur Umwandlung, jedoch eine Ermächtigung gepaart mit der entsprechenden Auflage an die Erben vorgesehen.

Die Klage blieb ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Eine Beschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten ist nach Auffassung der Kammer nicht gegeben.

a) Dass die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil grundsätzlich zulässig ist, wurde durch die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1989 entschieden (BGHZ 108, 187). Der BGH hat jedoch die Frage, ob der Testamentsvollstrecker bei Beschlüssen, die in den Kernbereich der Rechtsstellung des Kommanditisten eingreifen, in seinem Stimmrecht beschränkt ist, in dieser Entscheidung ausdrücklich offen gelassen (BGHZ 108, 187, 198). Eine neuere Entscheidung ist nicht ersichtlich.

b) Die Kammer geht davon aus, dass Maßnahmen zur Umstrukturierung einer Gesellschaft den Kernbereich der Mitgliedschaft tangieren. Die von den Klägern vorgetragene Auffassung, dass gerade die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft einschneidende Veränderungen hinsichtlich der Gesellschafterstellung mit sich bringen kann, wird von der Kammer geteilt. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass umstrukturierende Maßnahmen den Kernbereich der Mitgliedschaft tangieren (Lutter, UmwG, § 217, Rdnr. 6; Kallmeyer, UmwG, § 193, Rdnr. 27; Reimann in: Staudinger (1996), § 2205, Rdnr. 147).

c) Hingegen ist die dann maßgebliche Frage, ob der Testamentsvollstrecker ohne Zustimmung des Erben auch Rechte im Kernbereich der Mitgliedschaft ausüben, bzw. bei der Umwandlung einer Gesellschaft ohne Zustimmung des Erben mitwirken kann, in der Literatur umstritten.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, der Testamentsvollstrecker dürfe das Stimmrecht nicht anstelle der Erben ohne deren Zustimmung ausüben, wenn es um den Kernbereich der Gesellschafterrechte gehe (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 482 ff.; Quack, Betriebsberater 1989, S. 2271, 2273). Zum Teil wird dies sogar ausdrücklich auf Umwandlungsmaßnahmen bezogen (Kallmeyer, a.a.O., Rdnr. 27).

Eine andere Auffassung hält demgegenüber ein Handeln des Testamentsvollstreckers auch im Kernbereich ohne Zustimmung der Erben für zulässig (Ulmer in: MünchKomm., BGB, 3. Aufl., § 705, Rdnr. 89; Hehemann, Betriebsberater 1995, S. 1301, 1309).

Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, bei der Ausübung von Rechten aus dem Kernbereich bedürfe der Testamentsvollstrecker grundsätzlich der Mitwirkung der Erben, die Zustimmungsbeschlüsse nach dem Umwandlungsgesetz beträfen prinzipiell auch diesen Kernbereich, jedoch sei der Testamentsvollstrecker aufgrund seiner Verwaltungsbefugnis berechtigt, bei einer Satzungsänderung mitzuwirken, durch die eine Gesellschaft in eine andere umgewandelt werde, wenn dadurch keine weitergehenden Verpflichtungen für den Erben begründet würden (Reimann in: Staudinger, a.a.O., Rdnr. 122 und 147).

In dieselbe Richtung geht eine Entscheidung des BayObLG, die allerdings die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft betraf (NJW 1976, S. 1692). Danach umfasst die Verwaltung des Testamentsvollstreckers alle Rechtshandlungen einschließlich der Ausübung des Stimmrechts und der Mitwirkung bei Satzungsänderungen, wozu auch die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft gehöre. Da durch diese Umwandlung für die Erben keine weitergehenden Pflichten begründet würden, könne der Testamentsvollstrecker bei der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mitwirken, zumal er bei der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses ein Ermessen habe (BayObLG, a.a.O.).

Dass der Testamentsvollstrecker nicht befugt ist, den Erben persönlich zu verpflichten und sich hieraus Einschränkungen der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung ergeben können, wurde auch bereits in dem zitierten Urteil des BGH entschieden (BGHZ 108, 187).

d) Die Kammer schließt sich derjenigen Auffassung an, die die Mitwirkung des Testamentsvollstreckers an der Umwandlung der Gesellschaft ohne Zustimmung der Erben für zulässig hält. Nach Auffassung der Kammer sind trotz der Einwirkung in den Kernbereich der Mitgliedschaft keine zwingenden Gründe gegeben, die Umwandlungsbeschlüsse von der Zustimmung der Erben abhängig zu machen, solange für die

Erben keine weitergehenden persönlichen Verpflichtungen begründet werden. Das letztgenannte Erfordernis ergibt sich bereits aus § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB. Darüber hinaus gilt aber grundsätzlich, dass der Testamentsvollstrecker gem. § 2205 BGB den Nachlass anstelle und unter Ausschluss der Erben verwaltet (BGHZ 108, 187, 189), im Rahmen der Verwaltung also Rechte und Pflichten der Erben wahrnimmt. Der Testamentsvollstrecker tritt insoweit vollständig an die Stelle der Erben. Die Erben werden durch die Vorschriften der §§ 2216, 2219 und 2227 hinreichend geschützt (so auch *Hehemann*, a.a.O., S. 1309). Der Testamentsvollstrecker kann sogar – in den Grenzen des § 2205 BGB – über den ganzen Anteil verfügen; zutreffend weist daher *Ulmer* darauf hin, dass es im Verhältnis zu dieser sehr weitreichenden gesetzlichen Befugnis widersprüchlich wäre, weniger weitreichende Maßnahmen – wie die Umwandlung – von der Zustimmung der Erben abhängig zu machen (*Ulmer*, a.a.O., Rdnr. 89). Der Testamentsvollstrecker muss, um sein Amt ordnungsgemäß ausüben zu können, die Möglichkeit haben, die Rechtsform zu wechseln, wenn dies beispielsweise aus steuerlichen Gründen notwendig sein sollte (so *Reimann* in: *Staudinger*, a.a.O., Rdnr. 147).

Nach Auffassung der Kammer ergibt sich etwas anderes auch nicht aus der Unübertragbarkeit der Kernbereichsrechte. Teilweise wird gefolgert, wenn der Kernbereich der Gesellschafterrechte nicht durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen angetastet werden könne, sei es auch nicht denkbar, die Ausübung dieser Rechte dem eigenen Willen des Kommanditisten zu entziehen und dem Machtbereich eines Testamentsvollstreckers zu übertragen (so *Quack*, a.a.O., S. 2273). Diese Überlegung ist jedoch schon deshalb nicht zwingend, weil der Erbe nie im Besitz dieser Rechte war; seine Rechtsstellung war vielmehr von vorneherein durch die angeordnete Testamentsvollstreckung beschränkt, sodass eine Beschneidung seiner Rechte nicht gegeben ist. Die dem Kernbereich zuzuordnenden Mitgliedschaftsrechte gehen als solche nicht unter, sie werden lediglich durch den Testamentsvollstrecker ausgeübt (vgl. *Hehemann*, a.a.O., S. 1309 ff.). Ähnlich hat auch der BGH bereits hinsichtlich des Verbots der Stimmrechtsabspaltung argumentiert: Dieses steht nach Auffassung des BGH der Zulassung der Dauertestamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil deshalb nicht entgegen, weil bei der Testamentsvollstreckung einzelne Rechte nicht abgespalten, sondern insgesamt von einem Dritten ausgeübt werden (BGHZ 108, 187, 199).

Auch der Zweck, der mit der Anerkennung eines unantastbaren Kernbereichs verfolgt wird, steht der Zulassung der Testamentsvollstreckung hinsichtlich dieses Kernbereichs nicht entgegen. Der Gedanke, dass der Kernbereich der Grundmitgliedsrechte zumindest unentziehbar ist, ist nämlich nach herrschender Auffassung wesentlicher Teil des individuellen Minderheitenschutzes (*K. Schmidt*, a.a.O., S. 479; *Ulmer*, a.a.O., Rdnr. 89; *Hehemann*, a.a.O., S. 1309). Dieser Zweck steht indessen der Ausübung der Rechte durch den Testamentsvollstrecker nicht entgegen. Wie bereits dargelegt, übt nämlich der Testamentsvollstrecker die Rechte anstelle des Erben aus, so dass die Rechte im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern erhalten bleiben. Im Verhältnis zwischen Gesellschafter/Erben und Testamentsvollstrecker findet der Gedanke des Minderheitenschutzes dagegen keine Entsprechung. Insoweit geht es nicht um den Willen der Mehrheit, sondern um den Willen des Erblassers (vgl. auch *Ulmer*, a.a.O., Rdnr. 89; *Hehemann* a.a.O., S. 1309 ff.). Die Kernbereichslehre steht daher nach Auffassung der Kammer der

Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht entgegen.

e) Das beabsichtigte Handeln des Beklagten wäre daher nur dann unzulässig, wenn dadurch persönliche Verpflichtungen der Kläger begründet würden (BGH Z 108, 187; BayObLG NJW 1976, S. 1692; *Reimann* in: *Staudinger*, a.a.O., Rdnr. 147). Dies wurde von den Klägern jedoch nicht behauptet. Die Kammer verkennt nicht, dass die möglicherweise geplanten Umwandlungsmaßnahmen erhebliche Auswirkungen auf die Befugnisse und mittelbar auch auf die finanzielle Situation der Kläger haben können. Gleichwohl ist die Kammer aus den dargelegten Gründen der Auffassung, dass die geplante Mitwirkung des Beklagten an Umwandlungsmaßnahmen grundsätzlich auch ohne Zustimmung der Kläger zulässig ist.

2. Die Kammer hält darüber hinaus das geplante Handeln des Beklagten auch unter erbrechtlichen Gesichtspunkten für zulässig. Ein grober Pflichtverstoß des Beklagten ist nach dem Vorbringen der Kläger nicht ersichtlich.

Der Erblasser hat in seinem Testament den Testamentsvollstrecker ausdrücklich auch zur Umwandlung der Gesellschaft ermächtigt. Zwar teilt die Kammer die Auffassung der Kläger, wonach hierin kein bindender Auftrag an den Beklagten zu sehen ist. Die im Testament getroffene Regelung enthält jedoch eine Ermächtigung sowie eine entsprechende Auflage für die Erben. Dies kann bei der Frage, ob der Beklagte zur Mitwirkung bei der Umwandlung berechtigt ist, nicht außer Betracht bleiben. Der Testamentsvollstrecker hat nämlich grundsätzlich den Willen des Erblassers auszuführen; die Anordnung des Erblassers bestimmt, in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker tätig zu werden berechtigt und verpflichtet ist (*Palandt*, BGB, 57. Aufl., vor § 2197, Rdnr. 1 u. 7). In den gesteckten Grenzen hat der Testamentsvollstrecker weitgehend nach seinem Ermessen selbständig zu entscheiden, wobei er auch gegen den Willen der Erben handeln kann (*Palandt*, 57. Aufl., § 2216, Rdnr. 2).

Aus diesem Grund begründet allein der entgegenstehende Wille der Kläger nicht die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Beklagten. Im Hinblick auf die vom Erblasser getroffene Regelung geht die Kammer daher insgesamt davon aus, dass der Beklagte bei den geplanten Umwandlungsmaßnahmen die Grenzen seines Ermessens nicht überschreiten würde.

#### Anmerkung:

Mit dem Urteil des LG Mannheim liegt erstmals eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung vor, die sich ausdrücklich mit der Problematik der Beschränkung der Testamentsvollstreckerbefugnisse durch den Kernbereich der Mitgliedschaft auseinandersetzt. Der BGH (NJW, 1989, 3155) hat diese Frage im Beschluss vom 3.7.1989, in dem er die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen bejaht hat, ausdrücklich offen gelassen.

Nach der Kernbereichslehre muss dem jeweiligen Gesellschafter ein unabdingbarer Mindestbestand an Mitwirkungsbefugnissen in einer Gesellschaft verbleiben. Hinsichtlich der dem Gesellschafter zustehenden Mindestrechte wird üblicherweise unterschieden zwischen den unverzichtbaren Schutzrechten (Rechte, die bei jeder Gesellschafterstellung bestehen müssen) und solchen Rechten, die zwar einer Änderung zugänglich sind, dabei jedoch im Einzelfall eine gesonderte Einwilligung des betroffenen Gesellschafters erfordern (sogenannte mehrheitsfeste Rechte; zu den einzelnen Be-

griffsdefinitionen vgl. *Röttger*, Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaften, 96 ff.).

Welche Rechte im Einzelnen zum Kernbereich der Mitgliedschaft zu zählen sind, lässt sich wohl nicht allgemein, sondern nur anhand der jeweiligen Gesellschaftsstruktur beantworten (vgl. *Mecke*, BB 1988, 2264; *Ulmer*, NJW 1990, 80; *Weidlich*, ZEV 1994, 208). Die im vorliegenden Fall geplante Umwandlung der Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft hat das LG Mannheim den kernbereichsrelevanten Maßnahmen zugeordnet. Dem ist zuzustimmen. Nach § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG hat der formwechselnde Rechtsträger jedem Anteilshaber, der gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner umgewandelten Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten. Trotz einer im Gesellschaftsvertrag möglichen Vereinbarung einer  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gemäß § 217 Abs. 1 S. 2, 3 UmwG ist der Formwechsel einer Personengesellschaft vom Gesetzgeber als eine so einschneidende Maßnahme angesehen worden, die einem Gesellschafter nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden kann (vgl. *Weidlich*, MittBayNot 1996, 3).

Inwieweit die Kernbereichslehre auch die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers einschränkt, ist in der Literatur umstritten (vgl. *Brandner*, in: FS für Alfred Kellermann, 1991, 45; *Weidlich*, ZEV 1994, 208; *Hehemann*, BB 1995, 1309; *Dörrie*, ZEV 1996, 374). Das LG Mannheim schließt sich derjenigen Auffassung an, die eine Berücksichtigung des Kernbereichs der Mitgliedschaft im Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererben verneinen. Für das Gericht ist dabei ausschlaggebend, dass die Rechtsstellung des Gesellschaftererben durch die angeordnete Testamentsvollstreckung beschränkt ist und er sich daher nie im Besitz der Gesellschafterrechte und damit auch nicht im Besitz der Kernbereichsrechte befindet. Dies bedeutet, dass die erbrechtlichen Vorschriften die Kernbereichsrechte überlagern und der Gesellschaftererbe auf seine Sicherungsrechte nach den §§ 2216, 2219 und 2227 BGB gegenüber dem Testamentsvollstrecker verwiesen ist. Letztendlich sieht das LG Mannheim in der Kernbereichslehre nur ein Schutzinstrument gegenüber den anderen Gesellschaftern, nicht aber gegenüber dem Testamentsvollstrecker.

Ob eine derartige Interpretation den mit der Kernbereichslehre verfolgten Intentionen gerecht wird, lässt sich durchaus bezweifeln. Grundlage der Kernbereichslehre ist die Erkenntnis, dass eine sachlich unbegrenzte Einschränkung der wirtschaftlichen und damit auch der persönlichen Freiheit des Einzelnen aufgrund der Einbindung in den Gesellschaftsverband nicht gebilligt werden kann (BGHZ 20, 363, 369). Rechtfertigen lässt sich dies aus der Überlegung heraus, dass die Entscheidung, wie weit sich ein Gesellschafter seiner Handlungsfreiheit zu Gunsten des Gesellschaftsverbandes begeben, maßgeblich durch die vorgegebene Struktur der Gesellschaft und durch den Umfang der ihm eingeräumten Mitgliedschaftsrechte und -pflichten beeinflusst wird. Soll in diesem Bereich eine Änderung erfolgen, so reicht die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages bzw. bei Eintritt in die Gesellschaft abgegebene Einverständniserklärung als Legitimation zur Einschränkung der Handlungsfreiheit des Gesellschafters nicht mehr aus, sondern es bedarf einer neuen Zustimmung des betroffenen Gesellschafters (vgl. *Martens*, DB 73, 414 f.).

Für den Gesellschaftererben erfolgt die Eingliederung in den Gesellschaftsverband aufgrund der Erbfolge und der zu die-

sem Zeitpunkt gegebenen Struktur der Gesellschaft. Diese Struktur ist für ihn maßgebend bei der Entscheidung, ob er die Erbschaft ausschlägt oder das Einrücken in die Gesellschaft akzeptiert. Unter dem Gesichtspunkt der freien Selbstbestimmung innerhalb eines Gesellschaftsverbandes ist es für den Gesellschaftererben unerheblich, ob seine Rechte aufgrund einer Mehrheits Herrschaft der übrigen Gesellschafter oder aufgrund der Anordnung der Testamentsvollstreckung eingeschränkt werden (vgl. *Weidlich*, ZEV 94, 208; *Quack*, BB 89, 2273). Der Hinweis des LG Mannheim, dass der Testamentsvollstrecker über den ganzen Anteil verfügen könne und daher in gleichem Maße zu weniger einschneidenden Maßnahmen wie einer Umwandlung befugt sein müsse, erscheint nicht unbedingt zwingend. Denn es sind andere Fälle denkbar, z.B. gemäß §§ 161, 131 Abs. 3 HGB bei entsprechender vertraglicher Regelung, wo es zu einem Ausscheiden des Gesellschaftererben gegen seinen Willen kommen kann. Der Verbleib in der Gesellschaft erweist sich daher nicht als kernbereichsfest.

Die im Testament des Erblassers enthaltene Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Vornahme von Umwandlungsmaßnahmen verbunden mit einer entsprechenden Auflage an die Erben kann schließlich auch nicht als Argument für eine Überlagerung der Kernbereichsrechte herangezogen werden. Sofern die Kernbereichslehre für den Gesellschaftererben einen unabdingbaren Mindestschutz darstellt, lässt sich die Zulässigkeit derartiger Auflagen nicht begründen (vgl. BGH, WM 69, 492, 493; BGH, JR 54, 59 f.). Das LG Mannheim scheint die Ermächtigung nur als Klarstellung dahingehend zu deuten, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers testamentarisch nicht eingeschränkt waren. Gleiches wird durch die in der Praxis üblichen Formulierungen erreicht, nach denen der Testamentsvollstrecker alle Rechte, soweit gesetzlich zulässig, wahrnehmen darf (vgl. Formulierungsbeispiel von *Mayer*, in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Auflage, 5. Kapitel, Rdnr. 206).

Folgt man dem LG Mannheim, so ergeben sich Einschränkungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers grundsätzlich nur aufgrund der Vorschrift des § 2206 Abs. 2 BGB, wonach dem Gesellschaftererben die Möglichkeit der Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass erhalten bleiben muss. Anhaltspunkte für einen zwischen dem Erb- und Gesellschaftsrecht bestehenden Haftungskonflikt waren im vorliegenden Fall aufgrund des Kapitalschutzes nach § 220 UmwG nicht ersichtlich. Aus der Sicht der Praxis ist das Urteil des LG Mannheim sicherlich zu begrüßen, da es die Handhabung der Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften vereinfacht. Bis zum Erlass einer höchstgerichtlichen Entscheidung erscheint es jedoch verfrüht, für diesen Bereich Entwarnung zu geben. Sofern bei kernbereichsrelevanten Maßnahmen die Zustimmungen des Testamentsvollstreckers und des Gesellschaftererben erreicht werden können, sollten diese weiterhin vorsorglich eingeholt werden.

Notar *Dr. Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

## Beurkundungs- und Notarrecht

22. BNotO §§ 67 II, 14 (*Belastungsvollmacht für Notarange-stellte*)

- 1) **Die in einem Kaufvertrag erteilte Vollmacht an Notar-angestellte zur Bestellung von Grundpfandrechten an dem gekauften Grundbesitz ist keine Vollzugsvoll-macht i.S.v. Ziffer II. 1 c) der BayRichtlinien nach § 67 Abs. 2 BNotO.**
- 2) **Die Erteilung der Vollmacht begründet gegenüber potenziellen Grundpfandrechtsgläubigern keine Pflicht zur Ausübung.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Traunstein, Beschluss vom 12.4.2000 – 4 T 831/00 – mit-  
geteilt von *Notarin Dr. Gabriele Bartsch*, Traunstein

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Kaufvertrag vom 5.9.1997 erwarb E. C. von der Firma B. GmbH Dresden, bezeichneten Miteigentumsanteil. Unter Ziff. XXI Sonstiges wurde folgende Vollmacht erteilt:

„Verkäufer und Käufer bevollmächtigen die Notariatsangestellten des die Annahme beurkundenden Notars auch bereits vor Eigentumsumschreibung Hypotheken und/oder Grundschulden in Höhe von höchstens 120 % des Kaufpreises mit Zinsen und Nebenleistungen, in beliebiger Höhe, zur Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen und dabei in Ansehung der Grundpfandrechte den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz sowie den Käufer auch persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung wurden die Beteiligten gesondert belehrt.

Die Vollmacht wird insoweit eingeschränkt, als

- der Verkäufer keine persönliche Haftung gegenüber Gläubigern übereinstimmt
- die Grundpfandrechte bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises nur zur Sicherung des finanzierten und tatsächlich an den Verkäufer ausgezahlten Kaufpreises dienen.“

Mit Vertrag vom 27.10.1997/5.9.1997 gewährte die Beschwerdeführerin dem Erwerber E. C. ein Darlehen in Höhe 277.500,00 DM zur Finanzierung des Kaufs. Der Erwerber C. verpflichtete sich im Darlehensvertrag zur Sicherung der Ansprüche der Beschwerdeführerin eine Grundschuld zu bestellen. Die Grundschuldbestellungsurkunde soll auch die Übernahme einer persönlichen Haftung, sowie die dingliche persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung enthalten. Der Erwerber ist mittlerweile unbekanntem Aufenthalts.

Mit Schreiben vom 9.6.1999 beauftragte die Beschwerdeführerin die Notarin Dr. B. die Grundschuldbestellung zu beurkunden und die Grundschuld entsprechend eintragen zu lassen. Die Notarin hat den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass sie mit der Beurkundung der beantragten Grundschuld gegen die Richtlinien über die notariellen Amtspflichten verstoßen würde. Ein Auftrag des Erwerbers E. C. an sie zur Grundschuldbestellung liege nicht vor. Weder sie noch ihre Mitarbeiter seien durch die Vollmacht im notariellen Kaufvertrag beauftragt, von der Vollmacht Gebrauch zu machen. Auch in diesem Fall sei der Erwerber vor der Grundschuldbestellung zu belehren. Auch wenn ein Darlehensvertrag abgeschlossen worden sein soll, könne sie die Unterschrift unter diesem Vertrag und die Geschäftsfähigkeit des Erwerbers nicht prüfen. Im Übrigen sei nach Ziff. II. 1. c) der Richtlinie die systematische Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars als Vertreter, ausgenommen Vollzugsgeschäfte, in der Regel unzulässig. Hinzu komme, dass sie auch zum Schutz ihrer Mitarbeiter vor Haftungsansprüchen nicht zur Beurkundung verpflichtet sei.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde ausgeführt, dass die Notarin gerade nicht systematische Beurkundungen mit Mitarbeitern vornehme. Eine Beurkundung unter Mitwirkung der Mitarbeiter sei hier ausnahmsweise gerechtfertigt aus den Umständen des Einzelfalls, dem Inhalt der Vollmacht und der Wiederholung der Vollmacht in der von der Notarin beurkundeten Annahme des Kaufvertragsan-

gebots. Der Erwerber sei auch ausweislich der notariellen Kaufvertragsurkunde insbesondere hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gesondert belehrt worden. Eine Benachteiligung bzw. Geschäftsunfähigkeit des Erwerbers sei nicht ersichtlich. Die Vollmacht sei im Interesse der Bank mit aufgenommen worden. Durch die Vollmacht werde die Grundschuldbestellung unabhängig von weiterem Mitwirken des Verkäufers und des Käufers sichergestellt. Eine nochmalige Beauftragung der Notarin durch den Erwerber bedürfe es nicht. Schadensersatzansprüche gegenüber Mitarbeitern der Notarin seien im Falle der Ausführung der Grundschuldbestellung nicht ersichtlich.

*Aus den Gründen:*

1. Die Beschwerde ist nach § 15 II Satz 1 BNotO zulässig. Die Kammer ist zuständig, da die Notarin ihren Amtssitz im Landgerichtsbezirk Traunstein hat.

2. Die Beschwerde ist nicht begründet.

Die Notarin war nicht verpflichtet, eine Beurkundung der beantragten Grundschuldbestellung aufgrund der im notariellen Kaufvertrag erteilten Vollmacht unter Mitwirkung ihrer Mitarbeiter ohne Beteiligung des Erwerbers zu bestellen.

a) Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzugeben, dass Ziff. II. c) der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern nach § 67 II BNotO nicht einschlägig ist, da für eine systematische Beurkundung mit Mitarbeitern der Notarin keine Anhaltspunkte vorliegen. Diese Vorschrift greift aber nur ein, wenn dieses Verfahren systematisch angewandt wird. Verfährt der Notar ausnahmsweise unter Mitwirkung der Angestellten so, verstößt er auch dann nicht gegen die Richtlinie, wenn in dem Einzelfall die vom Gesetzgeber mit dem Beurkundungserfordernis verfolgten Zwecke ein anderes Beurkundungsverfahren nahe gelegt hätten (MittBayNot 1999, S. 12).

b) Es bestehen aber keine Bedenken, da die Notarin die Beurkundung unter dem Gesichtspunkt der Unparteilichkeit nach Ziffer I. der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern nach § 67 II BNotO abgelehnt hat.

Auch wenn gegen Vollzugsvollmachten für den Notar bzw. dessen Angestellten grundsätzlich keine Bedenken bestehen, sind Vollmachten, Nachtragserklärungen materiell-rechtlichen Inhalts abzugeben wie Belastungsübernahmen, Auflassungen, inhaltlicher Vertragsänderungen, für die Angestellten des Notars bedenklich (Beck'sches Notar-Handbuch 1997, A II, Rdnr. 115). Dies gilt nach Auffassung der Kammer auch für die Bestellung von Grundschulden. Bei der Bestellung von Grundpfandrechten handelt es sich nicht mehr um den Vollzug des Kaufvertrages (MittBayNot 1999, S. 12).

Die Notarin kann sich in Hinsicht auf Ziff. I. in der Richtlinie für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern nach § 67 I BNotO auch auf den Schutz des Erwerbers berufen. Der Erwerber hat sich zur Bestellung von Grundschulden verpflichtet und die Vollmacht für die Mitarbeiter der Notarin ist auch in der notariellen Kaufvertragsurkunde aufgenommen worden. Allerdings ist in Ziffer XXI. der notariellen Kaufvertragsurkunde lediglich erwähnt, dass die Beteiligten hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gesondert belehrt wurden. Nachdem die Bestellung der Grundschuld kein Vollzugsgeschäft des notariellen Kaufvertrages darstellt und gerade bei Grundpfandrechten in aller Regel ein großer Belehrungsbedarf des Betroffenen besteht (MittBayNot 1999, S. 12), ist nicht zu beanstanden, dass die Notarin eine Beurkundung der Grundschuld ohne Beteiligung des Erwerbers ablehnt.

## Kostenrecht

23. KostO § 16 Abs. 1 Satz 1, § 44 Abs. 1 Satz 1, § 156 BeurkG § 17 Abs. 1 (*Kosten bei getrennter Benutzung der Auflassung*)

- 1. Eine getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung i. S. des § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO dar, es sei denn, die Sicherungsinteressen des Verkäufers stehen infolge besonderer Umstände einer gemeinsamen Beurkundung nicht entgegen.**
- 2. Wird nicht darüber belehrt, dass Kaufvertrag und Auflassung auch gemeinsam beurkundet werden können, stellt dies jedenfalls dann keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn sich aufgrund besonderer Gegebenheiten ein Unterlassen der Belehrung nicht mehr als gesteigert fehlerhaft i. S. des § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO darstellt.**

BayObLG, Beschluss vom 27.9.2000 – 3Z BR 186/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### *Zum Sachverhalt:*

Der beteiligte Notar beurkundete am 10.12.1998 einen Kaufvertrag, wonach die Beteiligte von einem Bauträger eine im Bau befindliche, noch nicht fertiggestellte Eigentumswohnung erwarb. Nach Anlage II Abschnitt B des Vertrages war der Kaufpreis nach Baufortschritt zu bezahlen. Als Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit war gemäß Anlage I Abschnitt 4 des Kaufvertrags der 31.3.1999, als Zeitpunkt der Fertigstellung der 31.5.1999 vereinbart. Die Vertragsteile verpflichteten sich gemäß Abschnitt II der Urkunde, nach Fertigstellung der Eigentumswohnung und vollständiger Bezahlung des Kaufpreises, der Steuern und Kosten die Auflassung zu erklären. Die Beteiligte bevollmächtigte den Bauträger zur Abgabe der Auflassungserklärung.

Am 24.8.1998 beurkundete der Notar die Auflassung. Hierfür erteilte er am selben Tag eine Kostenrechnung über DM 548,68.

Die Beteiligte bezahlte diese Rechnung nicht, da sie der Auffassung ist, die Auflassung hätte zusammen mit dem Kaufvertrag beurkundet werden müssen. Mit der gegen die Kostenrechnung erhobenen Beschwerde macht sie geltend, die Kosten seien wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht zu erheben. Dem Sicherungsinteresse der Verkäuferin hätte es genügt, wenn der Notar in der Urkunde angewiesen worden wäre, vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Vertragsurkunde zu erteilen. Dieses Vorgehen habe sich insbesondere auch deshalb angeboten, weil die Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages die Möglichkeit einer Übergabe der Wohnung bereits Ende Februar 1999 ins Auge gefasst hätten, die Übergabe sei auch tatsächlich zu diesem Zeitpunkt erfolgt. Damit sei der Kaufpreis mit Ausnahme der letzten Rate von 3,5 % zeitnah zur Beurkundung zahlbar gewesen. Jedenfalls hätte über die Möglichkeit einer geringeren Kosten verursachenden gemeinsamen Beurkundung belehrt werden müssen.

Der beteiligte Notar wandte hiergegen unter Vorlage eines entsprechenden Schreibens des Bauträgers ein, dass ein derartiges Vorgehen nicht in Betracht gezogen worden sei, weil die Verkäuferseite gemäß ihrer ständigen Praxis zu einer Beurkundung der Auflassung bereits bei Abschluss des Kaufvertrages nicht bereit gewesen sei.

Die Beteiligte bestritt, dass die Bauträgerfirma in einem Ausnahmefall wie dem vorliegenden, bei dem die Bezugsfertigkeit bereits für Februar 1999 für möglich erachtet worden sei, nicht bereit gewesen wäre, die Auflassung sogleich zu erklären, falls die Käuferin darauf bestanden hätte.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 2.5.2000 die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde. Dies blieb ohne Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

1. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO i.V.m. § 141 KostO werden Notarkosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht

entstanden wären, nicht erhoben. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO ist allerdings nur anzunehmen, wenn dem Notar ein offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtlich Versehen unterlaufen ist. Dagegen rechtfertigt nicht jede irrtümliche Beurteilung von Rechtsfragen oder jeder Verstoß gegen irgendwelche Rechtspflichten die Anwendung dieser Vorschrift (BGH NJW 1962, 2107; BayObLGZ 1987, 186/193; *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 16 Rdnr. 2; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 16 Rdnr. 21).

Die Entscheidung darüber, ob das Verhalten des Notars einen derart offenkundigen Mangel aufweist, liegt im Beurteilungsermessen des Beschwerdegerichts (*Jansen* FG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 24). Im Rechtsbeschwerdeverfahren kann diese Entscheidung nur auf ihre Gesetzmäßigkeit überprüft werden (BayObLG FamRZ 2000, 174).

2. Hier durfte das Landgericht im Rahmen der ihm obliegenden Beurteilung zu dem Ergebnis kommen, eine unrichtige Sachbehandlung sei weder im Hinblick auf die getrennte Beurkundung noch im Hinblick darauf anzunehmen, dass der Notar die Beteiligten nicht auf die kostengünstigere Möglichkeit einer gleichzeitigen Beurkundung hingewiesen hat.

a) Der Notar ist grundsätzlich verpflichtet, bei seiner Tätigkeit unter mehreren Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen die für die Parteien kostengünstigste zu wählen. Er darf jedoch nach seinem pflichtgemäßen Ermessen dann einen höheren Kosten verursachenden Weg beschreiten, wenn dieser sicherer und sachdienlicher ist (BayObLG JurBüro 1985, 1851/1853; *Korintenberg/Bengel* § 16 Rdnr. 49 f.). Stehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, so hat der Notar auf die billigere hinzuweisen, wenn diese eine für den angestrebten Erfolg angemessene und in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt (*Korintenberg/Bengel* § 16 Rdnr. 51). Diese Grundsätze gelten aber nur dann, wenn die Beteiligten dem Notar die Gestaltung der Urkunde überlassen haben. Wünschen sie ausdrücklich eine bestimmte Gestaltung, ist der Notar ohne entsprechende Frage nicht zur Belehrung über einen weniger kostenträchtigen Weg verpflichtet (*Rohs/Wedewer* § 16 Rdnr. 23).

b) Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob die getrennte und damit im Grundsatz (vgl. aber *Schmitz-Valckenberg* DNotZ 1990, 674/675) kostenträchtigere Beurkundung des Kaufvertrages über ein Grundstück (oder Wohnungseigentum) und der zugehörigen Auflassung (so genannter materiell-rechtlicher Weg) oder Bewilligung (so genannter verfahrensrechtlicher Weg, vgl. *Rohs/Wedewer* § 44 Rdnr. 17 a) durch die Sicherungsinteressen des Verkäufers gerechtfertigt ist, und unter welchen Umständen der kostengünstigere sogenannte beurkundungsrechtliche Weg (einheitliche Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung, Anweisung an den Notar, vor Eintritt bestimmter Bedingungen, insbesondere vollständiger Zahlung des Kaufpreises, keinen Eintragungsantrag zu stellen und keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassungserklärung enthält, vgl. *Rohs/Wedewer* a.a.O.) als derart angemessen und sicher angesehen werden kann, dass die Wahl der getrennten Beurkundung eine unrichtige Sachbehandlung darstellt.

Die Frage wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (DNotZ 1990, 674 für einen Bauträgervertrag; DNotZ 1996, 324) nimmt der Notar, falls nicht besondere Umstände ein erhöhtes Sicherungsinteresse des Verkäufers begründen,

eine unrichtige Sachbehandlung i. S. des § 16 Abs.1 Satz 1 KostO vor, wenn er Kaufvertrag und Auflassung getrennt beurkundet. Das Oberlandesgericht Frankfurt (JurBüro 1989, 1132) bejaht eine unrichtige Sachbehandlung jedenfalls dann, wenn der Notar ohne Belehrung über die Gebührenfolgen den Vertrag in der Weise beurkundet, dass Notariatsangestellte zur Erklärung der Auflassung bevollmächtigt werden, da dann eine größere Sicherheit des Verkäufers nicht gewährleistet sei. Das Oberlandesgericht Köln (JurBüro 1997, 487) nimmt eine unrichtige Sachbehandlung an, wenn keine besonderen Sicherungsinteressen des Verkäufers vorliegen und auch eine Belehrung über die Möglichkeit gemeinsamer Beurkundung unterblieben ist (ebenso *Mümmeler* JurBüro 1997, 377/378), das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (JurBüro 1997, 435) unter den selben Voraussetzungen jedenfalls dann, wenn dem Notar auch die Überwachung der Kaufpreiszahlung übertragen ist. Das Kammergericht (DNotZ 1976, 434; anders für den Fall gleichzeitiger, aber getrennter Beurkundung JurBüro 1988, 630) sowie das Oberlandesgericht Hamm (MittBayNot 1998, 275) vertreten schließlich den Standpunkt, eine getrennte Beurkundung werde dem Sicherheitsinteresse des Verkäufers mehr gerecht, die gemeinsame Beurkundung könne daher nicht als gleichwertig angesehen werden (ebenso *Wolfsteiner* Rpfleger 1990, 505, *Kanzleiter* DNotZ, 1996, 242). Lediglich wenn die Absicherung des Käufers bereits anderweitig gewährleistet sei, müsse der Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht den kostengünstigeren Weg gemeinsamer Beurkundung aufzeigen.

c) Nach Auffassung des Senats kann die Wahl der getrennten Beurkundung jedenfalls dann nicht als offensichtlicher und eindeutiger Verstoß gegen gesetzliche Normen und damit als unrichtige Sachbehandlung angesehen werden, wenn dem Sicherheitsbedürfnis des Verkäufers eine Bedeutung zukommt, die über das Sicherungsbedürfnis bei einem einfachen Grundstückskaufvertrag hinausgeht. Zwar nennt § 44 Abs.1 Satz 1 KostO den Verkauf und die Auflassung eines Grundstücks ausdrücklich als Beispiel für die gemeinschaftliche Beurkundung mehrerer Erklärungen. Das besagt jedoch nichts über die Zulässigkeit einer getrennten Beurkundung jedenfalls in den Fällen, in denen das Sicherungsbedürfnis des Verkäufers höher als bei einem gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag zu veranschlagen ist. Das Oberlandesgericht Hamm und das Kammergericht haben in ihren Entscheidungen (MittBayNot 1998, 275 und DNotZ 1976, 434) überzeugend dargelegt, dass die getrennte Beurkundung dem Verkäufer grundsätzlich die größte Sicherheit bietet, weil vor der Beurkundung der Auflassung eine Eintragung des Käufers in das Grundbuch ausgeschlossen ist und auch kein Anwartschaftsrecht zugunsten des Käufers entsteht. Kommt zu diesen Umständen hinzu, dass der Notar von einem erhöhten Sicherungsbedürfnis des Verkäufers ausgehen muss, kann es ihm nicht als offensichtlich verfehlt Sachbehandlung angelastet werden, wenn er diesem Sicherungsbedürfnis Rechnung trägt.

Von einem solchen erhöhten Sicherungsbedürfnis durfte der Notar hier ausgehen. Die Eigentumswohnung war noch nicht fertiggestellt, die Zahlung des vollständigen Kaufpreises sollte erst nach Fertigstellung erfolgen. Die Übergabe der Wohnung, bei der die vorletzte Kaufpreisleistung fällig wurde, war vertraglich erst mehr als drei Monate nach Vertragsabschluss vorgesehen und allenfalls um einen Monat früher zu erwarten; sie wurde dann auch nicht eher durchgeführt. Damit stand für eine nicht unbedeutende Zeit nach Verbriefung noch ein Kaufpreisteil von insgesamt 55 930 DM offen. Nach

Kenntnis des Notars pflegte der Bauträger stets in getrennter Form zu verbrieften und maß damit offensichtlich dem Sicherheitsaspekt besonderes Gewicht bei. Der Notar durfte daher der Auffassung sein, dass eine getrennte Beurkundung zur Sicherung dieses noch bestehenden Kaufpreisanspruchs gewünscht und auch gerechtfertigt war.

b) Das Landgericht musste die Sachbehandlung des Notars nicht deshalb als unrichtig im Sinn von § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO ansehen, weil dieser die Beteiligten nicht auf die kostengünstigere Möglichkeit einer gleichzeitigen Beurkundung hingewiesen hat.

aa) Der Notar muss grundsätzlich die Beteiligten über die Kosten der von ihm gewählten Beurkundungsart belehren, falls ein kostengünstigeres Vorgehen als echte Alternative in Betracht kommt (*Korintenberg/Bengel* § 16 Rdnr. 51). Gleichwohl kann eine Belehrungspflicht in Ausnahmefällen auch in diesem Zusammenhang entfallen, wenn etwa beide Vertragsparteien eine bestimmte Vertragsgestaltung oder ein bestimmtes sonstiges Vorgehen bei der Beurkundung wünschen (*Korintenberg/Bengel* a.a.O.). Ebenso kann sich auch das Vorliegen besonderer zusätzlicher Umstände auf die Schwere der Pflichtwidrigkeit auswirken, so dass jedenfalls ein eindeutiges und offensichtliches Fehlverhalten des Notars ausscheidet.

bb) Das Landgericht ist, wie dargelegt, zu Recht davon ausgegangen, dass im Zeitpunkt der Beurkundung noch ein erhebliches Sicherheitsinteresse des Bauträgers als Verkäufer bestand. Es hat verfahrensfehlerfrei festgestellt, dass dieser deshalb von seiner ständigen Praxis nicht abgegangen und nicht bereit gewesen wäre, auf eine getrennte Beurkundung zu verzichten.

Diese Überzeugung durfte das Landgericht aus dem vorgelegten Schreiben vom 6.12.1999 gewinnen. Der Bauträger führt darin aus: „Eine Änderung dieser Verfahrensweise ist in unserem Hause nicht vorgesehen.“ Über den Umfang der gebotenen Ermittlungen entscheidet der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen (*Keidel/Kayser* FG 14. Aufl. § 12 Rdnr. 85). Die Beteiligte hat lediglich die Richtigkeit der mit dem Schreiben unter Beweis gestellten Behauptung bestritten, aber ihrerseits keine besser geeigneten Beweismittel angeboten. Solche boten sich auch nicht aufgrund des Akteninhalts an. Das Landgericht war daher nicht gehindert, ohne Verstoß gegen seine Amtsermittlungspflicht (§ 12 FG) im Freibeweis seine Überzeugung auf dieses Schreiben zu gründen. Der Senat ist an diese Tatsachenfeststellung des Landgerichts gebunden, da die Würdigung nicht gegen Denkgesetze verstößt oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft (BayObLG JurBüro 1988, 1663).

cc) War der Bauträger nicht bereit, auf eine getrennte Beurkundung zu verzichten, durfte der Notar davon ausgehen, dass eine Belehrung der Beteiligten sinnlos gewesen wäre. Damit lagen besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, dass der Notar die sonst grundsätzlich gebotene Belehrung unterließ. Jedenfalls war sein Verhalten nicht derart gesteigert fehlerhaft, dass eine Anwendung des § 16 Abs.1 Satz 1 KostO gerechtfertigt wäre.

#### **Anmerkung:**

In den letzten vier Jahren war die Frage, ob dem Notar bei getrennter Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung eine unrichtige Sachbehandlung vorgeworfen werden kann, Gegenstand von fünf obergerichtlichen Entscheidungen (SchlHOLG,

JurBüro 1997, 435; OLG Hamm, MittBayNot 1998, 275 FGPrax 1998, 154; OLG Köln, JurBüro 1997, 487 = MittRheinNotK 1997, 328 DNotl-Report 1997, 129; OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 324; OLG Oldenburg, JurBüro 1997, 376). Alle Gerichte stellen übereinstimmend fest, dass nur dann eine unrichtige Sachbehandlung vorliegen kann, wenn die getrennte Beurkundung ohne Rechtfertigung besonderer Umstände, wie z. B. Sicherungsinteressen des Verkäufers, vorgenommen wird. Eine unrichtige Sachbehandlung nach § 16 KostO liegt nach allgemeinem Verständnis nur dann vor, wenn dem Notar ein offener Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (BGH, NJW 1962, 2107 = MDR 1962, 45; OLG Celle, Rpfleger 1970, 365; KG, DNotZ 1976, 334; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1978, 80; OLG Frankfurt/Main, JurBüro 1978, 413; BayObLGZ 1981, 185; BayObLG, JurBüro 1983, 592; Bengel, in: *Korintenberg KostO*, § 16 Rdnr. 2). Unter Beachtung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kann nicht pauschal von einer unrichtigen Sachbehandlung gesprochen werden, wenn Kaufvertrag und Auflassung getrennt beurkundet werden. Es kommt auf den einzelnen Sachverhalt und den Willen der Parteien an. Hierbei spielt auch die Frage eine Rolle, ob der Notar auf die Kostenfolge hinweisen muss. Eine Belehrungspflicht über die Kostenfolge bei einer getrennten Beurkundung oder gar eine Hinweispflicht auf die Kosten für andere Vertragsgestaltungen wird dem Notar nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum nur dann auferlegt, wenn ein kostengünstigeres Verfahren als echte Alternative in Betracht kommt. Aber auch dann kann, so das BayObLG, eine Belehrungspflicht entfallen, wenn die Vertragsparteien eine bestimmte Vertragsgestaltung oder ein bestimmtes sonstiges Vorgehen ausdrücklich wünschen. Ein Hinweis auf die bei getrennter Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung entstehenden Mehrkosten kann aber dann notwendig sein, wenn der Notar die getrennte Beurkundung allein mit dem Schutz der Beteiligten vor Fehlern in seinem Büro begründet (SchlHOLG a.a.O.) und nur deshalb dieses Beurkundungsverfahren wählt.

Kein Fehlverhalten des Notars liegt jedoch vor, wenn eine Belehrung unterbleibt, weil der Verkäufer nicht bereit ist, von seiner ständigen Praxis abzuweichen und auf die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung zu verzichten (so das BayObLG mit der hier veröffentlichten Entscheidung). Der Käufer kann sich dann nicht auf eine unrichtige Sachbehandlung des Notars berufen, auch dann nicht, wenn der Notar den Käufer nicht von sich aus auf die Kostenfolge hingewiesen hat. Das BayObLG stellt also bei dieser Vertragsgestaltung in erster Linie auf das Sicherheitsbedürfnis des Verkäufers ab. Dem ist ohne Einschränkung zuzustimmen.

Die divergierende Rechtsprechung wirft für die Praxis aber auch die Frage auf, inwieweit über das Kostenrecht (hier § 16 KostO) die inhaltliche Gestaltung der vom Notar zu beurkundenden Rechtsgeschäfte beeinflusst werden kann. § 1 BNotO gewährleistet dem Notar die sachliche Unabhängigkeit gegenüber dem Staat, er ist unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes. Die staatliche „Aufsicht erstreckt sich nicht auf die sachliche Entscheidung des Notars; Fragen der materiellen Gültigkeit von Amtshandlungen oder der Zweckmäßigkeit der inhaltlichen Gestaltung von Rechtsgeschäften unterliegen keiner Kontrolle und keinen Weisungen der Aufsichtsbehörde“, so *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242 mit Hinweis auf *Schippel* in: *Seybold/Schippel BNotO*, § 1 Rdnr. 18; *Schippel*, DNotZ 1965, 595; *Weirich*, DNotZ 1962, 15).

Der Notar hat also „primär zu entscheiden, welche Ratschläge er den Beteiligten geben soll und was seiner Meinung nach der rechtlich zweckmäßige Weg zur Wahrung der Interessen aller Beteiligten ist“, so *Wolfsteiner* in *Rpfleger* 1990, 505.

Im Konflikt zwischen der sachlichen Unabhängigkeit des Notars und dem Kostenrecht, hier § 16 KostO, ist somit in jedem Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich ein Fall einer unrichtigen Sachbehandlung vorliegt. § 16 KostO kann für die Urkundsgestaltung nur dann eine Rolle spielen, wenn bei mehreren Gestaltungsmöglichkeiten eine kostengünstigere Verfahrensweise bei gleicher Sicherheit zum Erfolg führt. Dies aber auch nur dann, wenn dem Notar die Gestaltungsweise überlassen wird, die Beteiligten also nicht ausdrücklich eine bestimmte Verfahrensweise wünschen.

Die Wahl der getrennten Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung kann jedenfalls dann nicht als offensichtliches Versehen und eindeutiger Verstoß gegen gesetzliche Normen und damit nicht als unrichtige Sachbehandlung angesehen werden, wenn dem Sicherheitsbedürfnis des Verkäufers eine Bedeutung zukommt, die über das Sicherheitsbedürfnis bei einem einfachen Kaufvertrag hinausgeht, so das BayObLG im Einklang mit OLG Hamm (MittBayNot 1998, 275 = FGPrax 1998, 154) und KG (DNotZ 1976, 434).

Notariatsrat *Werner Tiedtke*, Prüf.Abt. der Notarkasse

---

24. KostO §§ 27 Abs. 3 Satz 3, 38 Abs. 2 Nr. 7, 44 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 lit. a, 156; GmbHG § 39 Abs. 1 (*Anmeldung des Ausscheidens und der Neubestellung von GmbH-Geschäftsführern*)

**Die Entlassung eines Geschäftsführers und die Berufung eines neuen sind jeweils voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte. Sie betreffen verschiedene Verfahrensgegenstände, deren Werte gemäß § 44 Abs. 2 lit. a KostO zusammenzurechnen sind.**

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 12.9.2000 – 3 W 201/00 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

*Aus den Gründen:*

(...)

2. In der Sache teilt der Senat die Auffassung des Landgerichts. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass der Beteiligte zu 1) für die vorgenommene Handelsregisteranmeldung einen Gegenstandswert von 150.000 DM zugrunde gelegt hat.

Der Beteiligte zu 1) ist im Hinblick auf die Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels tätig geworden, bei dem der bisherige Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abberufen wurde und zwei jeweils einzelvertretungsbefugte Geschäftsführer neu bestellt worden sind. Für den Entwurf der Registeranmeldung und die Unterschriftsbeglaubigung hat der Beteiligte zu 1) gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO eine halbe Gebühr berechnet. Dabei hat er einen Gegenstandswert von 150.000 DM zugrunde gelegt, bei dessen Ermittlung er von drei gegenstandsverschiedenen Anmeldungen ausgegangen ist, die er jeweils mit 50.000 DM bewertet hat. Dies unterliegt keinen rechtlichen Einwänden.

a. In Rechtsprechung und Schrifttum ist es streitig, wie der Geschäftswert zu bestimmen ist, wenn gleichzeitig die Ab-

berufung eines oder mehrerer Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Bestellung eines oder mehrerer neuer Geschäftsführer angemeldet werden. Zum Teil wird dazu die Auffassung vertreten, es liege nur eine einzige Anmeldung vor, die denselben Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO betreffe (vgl. OLG Celle JurBüro 1966, 691; OLG Stuttgart Justiz 1979, 383; OLG Köln JurBüro 1987, 88; OLG Düsseldorf MDR 1988, 786; *Rohs/Wedewer KostO S 44 Rdnr. 10*). Teilweise wird aber auch das Vorliegen verschiedener Verfahrensgegenstände bejaht, deren Werte gemäß § 44 Abs. 2 lit. a KostO zusammenzurechnen seien (vgl. OLG Karlsruhe RPfleger 1963, 56; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 332; OLG Hamm RPfleger 1971, 156; KG FGPrax 2000, 163; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO 14. Aufl. § 26 Rdnr. 57 und § 44 Rdnr. 163*; Bayerische Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung 4. Aufl. Rdnr. 440; *Tiedtke MittBayNot 1997, 14*).

b. Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung. Die Entlastung eines Geschäftsführers und die Berufung eines neuen sind jeweils voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte, die kostenrechtlich nicht so eng miteinander zusammenhängen, dass sie als gegenstandsgleich behandelt werden könnten. Soweit die Gegenansicht hervorhebt, die Anmeldung beziehe sich letztlich immer auf die organschaftliche Vertretung, wobei lediglich in der Person des Vertreters ein Wechsel erfolge (so etwa OLG Düsseldorf a.a.O.), lässt sie außer Acht, dass nach dem Gesetzeswortlaut des § 39 Abs. 1 GmbHG jede Veränderung in den Personen der Geschäftsführer zum Handelsregister anzumelden ist. Die Anmeldepflicht bezieht sich somit nicht auf die abstrakte Geschäftsführung, sondern auf die konkreten Personen der Geschäftsführer und die bei diesen Personen eingetretenen Änderungen (vgl. KG a.a.O.; *Korintenberg/Reimann a.a.O.*). Auf die Regelung in § 27 Abs. 3 Satz 3 KostO, die für Fälle mehrerer Wahlen oder Wahlen zusammen mit Beschlüssen über die Entlastung von Verwaltungsträgern Gegenstandsgleichheit fingiert, lässt sich die Annahme eines gleichen Gegenstandes ebenfalls nicht stützen (so aber OLG Karlsruhe, OLG Stuttgart und OLG Köln, jeweils a.a.O.). Die Vorschrift ist als Ausnahme vom kostenrechtlichen Regelfall eng auszulegen (vgl. KG, OLG Karlsruhe, OLG Hamm, jeweils a.a.O.). Veränderungen in den Personen der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung müssen nicht auf einer Wahl i.S.v. § 27 Abs. 3 Satz 2 KostO beruhen, sind aber gleichwohl zum Handelsregister anzumelden (vgl. dazu KG a.a.O.). Selbst dann, wenn man den Begriff Wahl i.S.v. § 27 Abs. 3 Satz 3 KostO jedenfalls auf solche Fälle bezieht, bei denen Veränderungen in den Personen der Geschäftsführer auf einer Gesellschafterversammlung beruhen, rechtfertigt dies die Annahme von Gegenstandsgleichheit nicht. Der Umstand, dass über Abberufung und Neubestellung in einer einzigen Versammlung entschieden wird, ändert nichts daran, dass der Verlust oder Erwerb des Amtes letztlich auf verschiedenen Beschlüssen beruht, die rechtlich voneinander zu trennen sind (vgl. dazu KG a.a.O. m.w.N.).

c. Für die im hier zu entscheidenden Fall vorgenommene Registeranmeldung lagen somit drei selbständige Verfahrensgegenstände vor. Sie waren gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO zunächst jeweils mit 50.000 DM zu bewerten und sodann für die Erhebung der Gebühr aus § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO gemäß § 44 Abs. 2 lit. a KostO zu einem einheitlichen Betrag von 150.000 DM zusammenzufassen.

25. KostO § 156 Abs. 3 Satz 1; BGB § 218 (*Verjährung von Notargebühren*)

**Für die Verjährung des Gebührenanspruchs eines Notars gilt § 218 BGB entsprechend, wenn dessen Kostenberechnung gemäß § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO unanfechtbar geworden ist (Bestätigung der Rechtsprechung des Senats, Beschluss vom 3.10.1980 – 3 W 100/80 –, veröffentlicht MittBayNot 1981, 208).**

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 1.9.2000 – 3 W 193/00 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

*Aus den Gründen:*

(...)

Wie die Kammer zutreffend ausgeführt hat, wird die Frage, ob für die Verjährung des Gebührenanspruchs eines Notars § 218 BGB gilt, wenn die Kostenberechnung nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäß § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO unanfechtbar geworden ist, in Rechtsprechung und Literatur kontrovers behandelt. Der Senat hat sich damit in seinem Beschluss vom 3.10.1980 (veröffentlicht MittBayNot 1981, 208 ff.) eingehend auseinandergesetzt und eine entsprechende Anwendung des § 218 BGB befürwortet. Hieran wird nach erneuter Überprüfung der für die eine oder andere Auffassung sprechenden Argumente weiterhin festgehalten.

26. BauGB, § 22, BGB § 1010 (*Reichweite des Genehmigungsvorbehaltes einer Fremdenverkehrsatzung*)

**Die Aufteilung eines Wohngrundstückes nach § 1010 BGB (statt nach WEG) unterliegt nicht dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB und stellt auch kein verbotenes Umgehungsgeschäft dar.**

(Schl.-Holst. OLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 19.7.2000 – 2 W 112/00 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 1. ist Eigentümerin des im o. a. Grundbuch verzeichneten – mit einem Wohnhaus mit drei Wohnungen bebauten – Grundstücks, das in einem Gebiet mit Fremdenverkehrsfunktion liegt, für das die Stadt W. in einer Satzung für die Sicherung und Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr bestimmt hat, dass die Begründung und Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG), Wohnungs- und Teilerbaurechten (§ 30 WEG) und Dauerwohnungsrechten und Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB unterliegen.

Die Beteiligte zu 1. verkaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 2.12.1999 an die Beteiligten zu 2. „einen Miteigentumsanteil von <sup>56/100</sup>stel an dem Flurstück 71/5 verbunden mit dem alleinigen Nutzungsrecht an den in den Bauzeichnungen, die der Urkunde als Anlage beigefügt sind, mit Nr. 1 bezeichneten Räumen im Erd- und Dachgeschoss nebst dem mit Nr. 2 bezeichneten Spitzbodenraum sowie verbunden mit dem alleinigen Nutzungsrecht an den mit Nr. 2 bezeichneten Gartenflächen und dem mit Nr. 2 bezeichneten PKW-Stellplatz“.

In dem Vertrag ist u. a. bestimmt:

„Soweit Räume oder Flächen nicht einem bestimmten Eigentümer zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sind, sind alle Eigentümer zur gleichberechtigten Nutzung befugt.

Dem Käufer ist bewusst, dass er mit diesem Vertrag kein Wohnungseigentum gemäß WEG erwirbt, sondern einen Bruchteil an

einem Eigentumsrecht, verbunden mit die übrigen Eigentümer ausschließenden Nutzungsrechten an den im vorstehenden Abs. 2 beschriebenen Räumen und Grundstücksflächen ...“

§ 2 des Vertrages lautet:

„(Ausgestaltung der Gemeinschaft)

Zur Ausgestaltung der Miteigentümergeinschaft vereinbaren Käufer und Verkäufer hiermit die Verwaltungs- und Benutzungsregelung, die diesem Vertrag als Anlage beigefügt ist und die mit verlesen wurde ...“

§ 8 des Vertrages enthält folgenden Hinweis:

„(2) Die Parteien wurden über die §§ 22 ff. BauGB unterrichtet. Der Notar wies insbesondere darauf hin, dass es sich nicht um den Verkauf von Wohnungseigentum handelt, sondern um Miteigentum mit Nutzungsregelung, da die Stadt W. die nach § 22 erforderliche Genehmigung zur Aufteilung in Wohnungseigentum zurzeit nicht erteilt.“

(...)

Am 18.2.2000 hat der Notar gem. § 15 GBO neben der Umschreibung der Miteigentumsanteile ausdrücklich beantragt, „die Benutzungsregelung und den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB in das Grundbuch einzutragen“. Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat mit Zwischenverfügung vom 9.3.2000 den Notar aufgefordert, „zur Heilung der Vereinbarung nach § 1010 BGB die Genehmigung nach § 22 BauGB binnen zwei Wochen vorzulegen.“

Diese Zwischenverfügung vom 9.3.2000 hat das Landgericht auf Beschwerde der Beteiligten hin mit dem angefochtenen Beschluss dahin geändert, dass „zur Heilung der Vereinbarung nach § 1010 BGB die Genehmigung nach § 22 BauGB oder ein Negativattest binnen zwei Wochen vorzulegen ist“. Dagegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer weiteren Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

(...)

2. (...)

§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB bestimmt, dass die Gemeinden, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung bestimmen können, dass zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes) der Genehmigung unterliegt. Dies gilt entsprechend für die in §§ 30 und 31 des Wohnungseigentumsgesetzes bezeichneten Rechte. Nach § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB darf bei einem Grundstück, das im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder einer sonstigen Satzung nach Abs. 1 liegt, das Grundbuchamt die von Abs. 1 erfassten Eintragungen in das Grundbuch nur vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid oder ein Zeugnis, dass eine Genehmigung als erteilt gilt oder nicht erforderlich ist, vorgelegt wird. Die Satzung der Stadt W. über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr bestimmt in § 2 unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalte für die Begründung oder Teilung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz“:

„Für die Grundstücke im Geltungsbereich der Satzung unterliegen die Begründung und/oder Teilung von

1. Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 WEG),
2. Wohnungs- oder Teilerbbaurechten (§ 30 WEG) und
3. Dauerwohnungsrechten oder Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) dem Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB.“

Die Satzung führt die Begründung von Bruchteilseigentum nach §§ 741 ff. BGB i.V.m. §§ 1008 ff. BGB – im Folgenden: sog. „§ 1010 BGB-Regelung“ – nicht auf. Sie ist auch nicht in § 22 BauGB genannt. Auf die „§ 1010 BGB-Regelung“ kann angesichts dieses eindeutigen Wortlauts § 22 BauGB nicht unmittelbar angewendet werden. Danach ist eine Genehmigungspflicht nämlich nur für die darin genannten Fälle, dagegen nicht für Bruchteilseigentum oder für die Miete sowie sonstige Nutzungsrechte, wie z. B. das dingliche Wohnrecht (§ 1093 BGB) an Zweitwohnungen eingeführt worden (s. *Grziwotz*, Anm. z. Beschl. des Landgerichts vom 30.5.2000 Az.: 5 T 144/00 in *ZfIR* 2000, 569 f.). Eine analoge Anwendung scheidet schon deshalb aus, weil es insoweit an einer planwidrigen Lücke fehlt (*Palandt/Heinrichs* BGB 59. Aufl. Einleitung Rdnr. 40 i.V.m. Rdnr. 47 f.). Der Gesetzgeber wollte ersichtlich nur Rechtsvorgänge nach dem Wohnungseigentumsgesetz regeln. Im Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau des Deutschen Bundestages – Drucksache 10/6166 heißt es unter III. „Zu den Schwerpunkten des Gesetzesentwurfs“ zu Nr. 14. „Fremdenverkehr“ ausdrücklich, „dass die Vorschriften des § 22 BauGB wegen der besonderen Problematik in Fremdenverkehrsorten nach dem ausdrücklich in § 22 BauGB festgelegten Anwendungsbereich nicht auf andere Sachverhalte, insbesondere nicht auf die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen in den Städten übertragen werden können.“ Erfasst werden soll nur die reale Teilung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz (*Söfker* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BauGB § 22 Rdnr. 37 m.w.N.). Eine „Gesamregelung“ war nicht beabsichtigt. Aus diesem Grunde wird wohl in sämtlichen Kommentaren zum Baugesetzbuch die Frage einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 22 BauGB nicht erörtert (so *Grziwotz* a.a.O.).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist für Rechtsvorgänge der hier in Rede stehenden Art – „§ 1010 BGB-Regelung“ – auch die Annahme eines verbotenen Umgehungsgeschäfts zu verneinen. § 22 BauGB enthält kein ausdrückliches Umgehungsverbot (s. zum ausdrücklichen Umgehungsverbot *Staudinger/Sack* BGB 13. Bearb. 134 Rdnr. 148). Ob ein allgemeines Umgehungsverbot als selbständiges Rechtsinstitut postuliert werden kann (s. *Staudinger/Sack* a.a.O. Rdnr. 151 m.w.N.), kann dahinstehen; denn der BGH hat bei der Umgehung eines Verbotsgesetzes § 134 BGB nur für anwendbar erklärt, wenn durch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes vereitelt wird (s. *Staudinger/Sack* a.a.O. Rdnr. 149 m.w.N.). Wird ein vom Gesetz mißbilligter Erfolg mit an sich zulässigen Mitteln erreicht, so kommt es darauf an, ob durch Auslegung der Verbotsgesetzes dargetan werden kann, dass dieses in Wahrheit auch der scheinbar zulässigen Regelung entgegensteht. Der Gesetzgeber hat aber die Nutzung von Zweitwohnungen trotz der von ihnen ausgehenden negativen Wirkungen nicht insgesamt verhindern wollen (*Grziwotz* a.a.O. m.w.N.). § 22 BauGB enthält keine Verbotsvorschrift über die Nutzung von Wohnungen als Zweitwohnungen, d. h. es wird nicht, wie sonst im Bauplanungsrecht üblich, die Nutzung (hier: einer Wohnung als Zweitwohnung) als unzulässig festgesetzt; es sollen stattdessen sachenrechtliche Vorgänge unterbunden werden, die nach den Erfahrungen der Praxis in der Regel den Einstieg in die Nutzung als Zweitwohnung darstellen, nämlich die Begründung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz, insbesondere von Wohnungseigentum. Der Vorschrift liegt aufgrund der Erfahrung der Praxis die Überlegung zugrunde, dass die Begründung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz an Wohnzwecken dienenden und

hierfür vorgesehenen Gebäuden und Räumen in der Regel zu einer Nutzung als Zweitwohnung mit der weiteren Folge führt, dass diese Gebäude und Räume der Nutzung durch einen wechselnden Personenkreis von Feriengästen entzogen werden. Regelungsgegenstand des § 22 BauGB ist mithin allein die Untersagung bestimmter Rechtsformen des Eigentums aus Gründen der Erhaltung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen. Die Vorschrift erfasst bestimmte städtebauliche Gebiete und verbindet diese mit der Genehmigungspflicht und der Versagung von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz (*Söfker* a.a.O. § 22 Rdnr. 9). Außerdem bestehen zwischen der Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz und den sog. Miteigentümermodellen gravierendere Unterschiede, die eine Gleichstellung nicht zu rechtfertigen vermögen. Auch wenn die Vertragwerke den bei der Begründung von Wohnungseigentum verwendeten Texten ähnlich sind, bieten sie jedoch nicht die gleiche Sicherheit für den Erwerber wie das Wohnungseigentum. Der Bestand der Eigentümergemeinschaft kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Aufhebung nicht gesichert werden. Zudem droht bei Pfändung oder Versteigerung eines Miteigentumsanteils die Teilversteigerung des gesamten Objektes, die jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Schließlich sind Miteigentumsanteile im Grundstücksverkehr schwerer als Wohnungseigentum zu veräußern (s. *Grziwotz* a.a.O.). Der Landrat hat deshalb mit Schreiben vom 16.6.2000 dem Notar auf Anfrage mitgeteilt, dass die Bildung von Bruchteilseigentum nicht den Regelungen des § 22 BauGB unterliege und daher für das von ihnen gewünschte Negativattest keine Notwendigkeit bestehe. Angesichts dieses eingeschränkten „Verbots“-zwecks des § 22 BauGB können Rechtsvorgänge nach der

„§ 1010 BBG-Regelung“ – ebenso wie auch die Begründung etwa von Wohnrechten nach § 1093 BBG – nicht mit Hinweis auf den Regelungszweck des § 22 BauGB verboten werden.

---

27. GrEStG 1983 § 11 Abs. 1, § 23; BGB § 1629, § 1643 Abs. 1, § 1821, § 1828, § 1829 Abs. 1 Satz 2 (*Erwerbszeitpunkt bei vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung*)

- 1. Wurde die für einen im Jahr 1996 abgeschlossenen Kaufvertrag erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst im Jahr 1997 erteilt, so unterliegt der Kaufvertrag dem erhöhten Grunderwerbsteuersatz von 3,5 v.H., weil bis zur wirksamen Erteilung der Genehmigung der Erwerbsvorgang i.S. von § 23 GrEStG 1983 noch nicht verwirklicht worden ist (Bestätigung des BFH-Urteils vom 18.5.1999 II R 16/98, BStBl II 1999, 606).**
- 2. Ein Erwerbsvorgang, der der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist auch dann nicht vor deren Erteilung verwirklicht, wenn die Vertragsbeteiligten den beurkundenden Notar beauftragen und ermächtigen, die Genehmigung für den Vormund (gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen) entgegenzunehmen und den anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen sowie zugleich diese Mitteilung für die anderen Vertragsbeteiligten zu empfangen (sog. Doppelermächtigung).**

BFH, Urteil vom 8.2.2000 – II R 51/98 –

**1. Einkommensteuer: Zweifelsfragen zur Neuregelung der Besteuerung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG**

Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 5.10.2000 – IV C3 – S 2256–263/00

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zu Zweifelsfragen der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nach § 23 EStG wie folgt Stellung:

**1. Überführung eines Grundstücks aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 EStG)**

Als Anschaffung gilt die Überführung eines Grundstücks in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen durch Entnahme oder Betriebsaufgabe auch dann, wenn das Grundstück vor dem 1.1.1999 in das Privatvermögen überführt wird. Zum Zeitpunkt der Entnahme vgl. R 14 Abs. 3 EStR 1999.

**2. Einlage eines Grundstücks in das Betriebsvermögen und Übertragungsvorgänge zwischen Gesellschaftsvermögen und Vermögen eines Gesellschafters (§ 23 Abs. 1 Satz 5 EStG)**

Die Einlage eines Grundstücks in

- das Betriebsvermögen eines Einzelunternehmens,
  - in das Sonderbetriebsvermögen des Steuerpflichtigen bei einer Personengesellschaft
- und

- in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstigen Gegenleistungen

ist keine Veräußerung. Demgegenüber ist eine verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft stets als Veräußerung des Grundstücks zu behandeln (§ 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 EStG).

Die Einlage eines Grundstücks in das Betriebsvermögen ist jedoch dann nachträglich als Veräußerung zu werten, wenn das Grundstück innerhalb von zehn Jahren nach seiner Anschaffung aus dem Betriebsvermögen veräußert wird (§ 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG). Zur Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns und zur zeitlichen Erfassung siehe Rz. 35 ff.

Als Veräußerung des Grundstücks aus dem Betriebsvermögen gilt für die Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG z.B. auch

1. die Veräußerung des Grundstücks im Rahmen der Veräußerung des gesamten Betriebs oder eines Teilbetriebs. Bei einer Personengesellschaft gilt dies bei Veräußerung
  - des Betriebs,
  - eines Teilbetriebs oder
  - eines Mitunternehmeranteils,
 wenn das Grundstück zum Sonderbetriebsvermögen

des Mitunternehmers gehört oder ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen eingelegt worden ist;

2. die Überführung eines zuvor in das Betriebsvermögen eingelegten Grundstücks in eine Kapitalgesellschaft im Wege einer verschleierte Sachgründung oder einer verschleierte Sacheinlage im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung;
3. die Einbringung des zuvor eingelegten Grundstücks zusammen mit einem Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft oder in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten;
4. die Übertragung eines Grundstücks aus dem betrieblichen Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft in das Privatvermögen oder das Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters, soweit das Grundstück vorher in das Vermögen der Gesellschaft ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten eingelegt wurde;
5. die verdeckte Einlage des Grundstücks in eine Kapitalgesellschaft, wenn die Anteile an der Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen gehören; hier ist kein Fall des § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 EStG gegeben, weil das Grundstück gleichzeitig in das Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen eingelegt wird.

Wird das in das Betriebsvermögen eingelegte Grundstück wieder ins Privatvermögen überführt, liegt keine Veräußerung aus dem Betriebsvermögen im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG vor. Zur steuerlichen Behandlung einer anschließenden Veräußerung vgl. Rz. 35.

Kein Fall des § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG, sondern eine Veräußerung im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist die Übertragung eines Grundstücks aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft oder in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft, soweit sie gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt. Zur steuerlichen Behandlung der Übertragung von Grundstücken aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft und zur Übertragung eines Grundstücks aus dem betrieblichen Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft in das Privatvermögen vgl. im Übrigen BMF-Schreiben vom 29.3.2000 – BStBl I S. 462.

Entsprechendes gilt bei der Übertragung eines Grundstücks in das Vermögen einer Gemeinschaft mit betrieblichem Vermögen oder aus dem betrieblichen Gemeinschaftsvermögen in das Vermögen eines Mitglieds der Gemeinschaft.

Die Übertragung eines Grundstücks auf eine Personengesellschaft oder Gemeinschaft ohne Betriebsvermögen gegen Entgelt oder gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist insoweit nicht als Veräußerung anzusehen, als der bisherige Eigentümer nach der Übertragung am Vermögen der Gesellschaft oder Gemeinschaft beteiligt ist. Entsprechendes gilt, wenn das Grundstück von der Personengesellschaft oder Gemeinschaft auf einen Gesellschafter

ter oder ein Mitglied der Gemeinschaft übertragen wird. Rz. 23 ff. des BMF-Schreibens vom 11.1.1993 – BStBl I S. 62, bleiben unberührt.

**Beispiel:**

An der vermögensverwaltend tätigen BC-GbR sind B und C zu je 1/2 beteiligt. Im Jahr 2000 beteiligt sich A an der GbR und bringt dazu ein unbebautes Grundstück mit einem Wert von 240.000 DM, das er im Jahr 1993 für 180.000 DM erworben hatte, in die GbR ein. Danach sind A, B und C zu je 1/3 an der GbR beteiligt. Im Jahr 2004 veräußert die GbR das Grundstück zu einem Kaufpreis von 270.000 DM an den Gesellschafter B, der es seinerseits im Jahr 2005 für 300.000 DM an einen fremden Dritten verkauft.

**1. Einbringung durch A in GbR**

Die Übertragung des Grundstücks auf die GbR ist zu 1/3 nicht als Veräußerung anzusehen, weil A in diesem Umfang an der GbR beteiligt ist.

Berechnung des Veräußerungsgewinns:

2/3 des Veräußerungserlöses von 240.000 DM	160.000 DM
abzgl. 2/3 der Anschaffungskosten von 180.000 DM	<u>120.000 DM</u>
Veräußerungsgewinn des A	<u><u>40.000 DM</u></u>

**2. Verkauf GbR an B**

Die Veräußerung durch die GbR an B ist als anteilige Veräußerung des Grundstücks durch A und C an B zu behandeln. Der von A erzielte Veräußerungsgewinn unterliegt nicht der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, weil er das Grundstück, das ihm noch zu 1/3 zuzurechnen ist, vor mehr als zehn Jahren vor der Veräußerung erworben hat.

Berechnung des Veräußerungsgewinns des C:

1/3 des Veräußerungserlöses von 270.000 DM	90.000 DM
abzgl. 1/3 der Anschaffungskosten von 240.000 DM im Jahr 2000	<u>80.000 DM</u>
Veräußerungsgewinn des C	<u><u>10.000 DM</u></u>

**3. Verkauf B an Dritten**

Der Erwerb des Grundstücks durch die GbR im Jahr 2000 ist zu 1/3 als Anschaffung durch B und der Erwerb des Grundstücks von der GbR durch B im Jahr 2004 zu 2/3 als Anschaffung des Grundstücks durch B zu behandeln. Da die Anschaffungsvorgänge und die Veräußerung der jeweiligen Grundstücksanteile innerhalb der Zehnjahresfrist erfolgte, unterliegt der gesamte Vorgang der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

Berechnung des Veräußerungsgewinns:

Veräußerungserlös	300.000 DM
Anschaffungskosten	
1/3 von 240.000 DM im Jahr 2000	80.000 DM
2/3 von 270.000 DM im Jahr 2002	<u>180.000 DM</u>
Veräußerungsgewinn des B	<u><u>260.000 DM</u></u> <u><u>40.000 DM</u></u>

**3. Im Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung des Grundstücks errichtete Gebäude und andere in diesem Zeitraum durchgeführte Baumaßnahmen (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 EStG)**

Errichtet ein Steuerpflichtiger ein Gebäude und veräußert er es zusammen mit dem zuvor erworbenen Grund und Boden, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft sowohl hinsichtlich des Grund und Bodens als auch hinsichtlich des Gebäudes vor, wenn die Frist zwischen Anschaffung des Grund und Bodens und Veräußerung des bebauten Grundstücks nicht mehr als zehn Jahre beträgt.

**Beispiel:**

A hat am 31.3.1993 ein unbebautes Grundstück angeschafft. Im Jahr 1998 stellt er darauf ein Einfamilienhaus fertig, das er anschließend vermietet. Ab dem 1.4.2003 kann er das bebaute Grundstück veräußern, ohne dass der Gewinn der Besteuerung nach § 23 EStG unterliegt.

Wurde der Grund und Boden vom Veräußerer unentgeltlich erworben und vom Rechtsvorgänger innerhalb von zehn Jahren vor der Veräußerung durch den Rechtsnachfolger angeschafft, unterliegt ein Veräußerungsgewinn beim Rechtsnachfolger sowohl hinsichtlich des Grund und Bodens als auch eines zwischenzeitlich errichteten Gebäudes der Besteuerung, unabhängig davon, ob der Rechtsvorgänger oder der Veräußerer das Gebäude errichtet hat. Dies gilt auch bei unentgeltlicher Einzelrechtsnachfolge (§ 23 Abs. 1 Satz 3 EStG).

Wird ein teilweise entgeltlich (z.B. im Wege der vorweggenommenen Erbfolge) oder gegen Abfindungszahlung bei der Erbauseinandersetzung erworbenes Grundstück während der Zehnjahresfrist nach Anschaffung bebaut und veräußert, ist das Gebäude anteilig in die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG einzubeziehen. Für den unentgeltlich erworbenen Teil des Grundstücks gilt Rz. 10.

Im Zeitpunkt der Veräußerung noch nicht fertig gestellte Gebäude, Ausbauten und Erweiterungen sind einzubeziehen.

**Beispiel:**

A errichtet auf dem von ihm im Jahr 1993 erworbenen Grund und Boden im Jahr 1995 ein Einfamilienhaus, das zu Wohnzwecken vermietet wird. Im Jahr 1998 beginnt er mit dem Ausbau des bisher nicht nutzbaren Dachgeschosses zu einer zweiten, zur Vermietung bestimmten Wohnung. Im Februar 1999 wird das Grundstück mit dem teilfertigen Zweifamilienhaus veräußert.

Der auf das Gebäude (einschließlich des noch nicht fertig gestellten Dachgeschossausbaus) entfallende Teil des Veräußerungserlöses ist in die Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns einzubeziehen.

Rz. 9 bis 12 gelten entsprechend für Außenanlagen sowie für Gebäudeteile, die selbständige unbewegliche Wirtschaftsgüter sind, für Eigentumswohnungen und für im Teileigentum stehende Räume.

**4. Veräußerung eines „bebauten“ Erbbaurechts (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG)**

Ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt auch bei Veräußerung eines „bebauten“ Erbbaurechts vor, wenn der Zeitraum zwischen

- a) dem Abschluss des Erbbaurechtsvertrags und der Veräußerung des „bebauten“ Erbbaurechts oder
- b) der Anschaffung und der Veräußerung des „bebauten“ Erbbaurechts nicht mehr als zehn Jahre beträgt (vgl. BFH-Urteil vom 30.11.1976 – BStBl 1977 II S. 384). Der Veräußerungspreis entfällt insgesamt auf das Gebäude oder die Außenanlage, wenn der Erwerber dem bisherigen Erbbauberechtigten nachweislich nur etwas für das Gebäude oder die Außenanlage gezahlt hat und gegenüber dem Erbbaupflichteten nur zur Zahlung des laufenden Erbbauzins verpflichtet ist (vgl. BFH-Urteil vom 15.11.1994 – BStBl 1995 II S. 374).

Sind Grundstück und aufstehendes Gebäude getrennt handelbar (Art. 231 und 233 EGBGB), können sowohl Grundstück als auch Gebäude gesondert Gegenstand eines privaten Veräußerungsgeschäfts nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sein. Wird ein Gebäude in Ausübung eines Nutzungsrechts am Grund und Boden errichtet und der Grund und Boden nach Fertigstellung des Gebäudes erworben, ist bei einer späteren Veräußerung des bebauten Grundstücks das Gebäude nicht in das private Veräußerungsgeschäft einzubeziehen.

#### Beispiel:

An einem unbebauten Grundstück wird im Jahr 1993 ein Erbbaurecht zu Gunsten von A bestellt. A errichtet auf dem Grundstück im Jahr 1994 ein zur Vermietung bestimmtes Gebäude. Im Jahr 1997 erwirbt er das Grundstück und veräußert es im Jahr 2000 mit dem aufstehenden Gebäude.

Hinsichtlich des Grundstücks liegt ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vor. Das Gebäude ist nicht einzubeziehen, weil es vor der Anschaffung des Grundstücks in Ausübung des Erbbaurechts errichtet wurde und somit nicht das private Veräußerungsgeschäft betrifft, dessen Gegenstand das Grundstück und nicht das Erbbaurecht ist.

## 5. Zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wirtschaftsgüter (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG)

### 5.1 Begünstigte Wirtschaftsgüter

Gebäude, selbständige Gebäudeteile, Eigentumswohnungen und in Teileigentum stehende Räume (Wirtschaftsgüter), die im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden, sind von der Veräußerungsgewinnbesteuerung ausgenommen. Dasselbe gilt bei Veräußerung eines teilweise zu eigenen Wohnzwecken und teilweise zu anderen Zwecken genutzten Gebäudes (z.B. zu Wohnzwecken vermietete Wohnung, betrieblich oder beruflich genutztes Arbeitszimmer einschließlich des Gebäudeanteils eines Grundstücksteils von untergeordnetem Wert nach § 8 EStDV und R 13 Abs. 8 EStR 1999) für den zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil und für zu eigenen Wohnzwecken genutzte Eigentumswohnungen.

Von der Veräußerungsgewinnbesteuerung ausgenommen ist auch der Grund und Boden, der zu einem zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäude gehört. Dieser umfasst nur die für die entsprechende Gebäudenutzung erforderlichen und üblichen Flächen. Dabei ist auch deren künftige Nutzung zu berücksichtigen. Die steuerfreie Ver-

äußerung weiterer Flächen ist selbst dann ausgeschlossen, wenn diese im Veräußerungszeitpunkt als Hausgarten genutzt werden (vgl. BFH-Urteil vom 24.10.1996 – BStBl 1997 II S. 50). Dies gilt insbesondere, soweit Teilflächen parzelliert werden und dadurch ein verkehrsfähiges Grundstück entstanden ist, das in absehbarer Zeit einer anderen Nutzung, z.B. als Bauland, zugeführt werden kann.

Bei Veräußerung eines teilweise zu eigenen Wohnzwecken und teilweise zu anderen Zwecken genutzten Gebäudes ist der Grund und Boden, der nach dem Verhältnis der Nutzflächen des Gebäudes auf den zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil entfällt, nicht in den Veräußerungsgewinn einzubeziehen.

Für die Einbeziehung des Grund und Bodens in die Ermittlung des nicht zu steuernden Veräußerungsgewinns ist es ohne Bedeutung, welchen Zwecken der Grund und Boden vor Errichtung des Gebäudes gedient hat.

#### Beispiel:

A hat im Jahr 1993 ein unbebautes Grundstück angeschafft, das er zunächst als Gartenland nutzt. Im Jahr 1996 errichtet er darauf ein Einfamilienhaus, das er bis zur Veräußerung des Grundstücks im Jahr 1999 mit seiner Familie bewohnt.

Da A das Einfamilienhaus im Zeitraum zwischen Fertigstellung und Veräußerung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat, unterliegt ein erzielter Veräußerungsgewinn insgesamt nicht der Besteuerung.

Ein unbebautes Grundstück ist kein begünstigtes Wirtschaftsgut im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG.

#### Beispiel:

A hat im Jahr 1995 ein unbebautes Grundstück angeschafft. Bis zu dessen Veräußerung im Jahr 1999 nutzt er das unbebaute Grundstück zusammen mit seiner Familie ausschließlich zu Erholungszwecken.

Ein erzielter Veräußerungsgewinn unterliegt der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG.

Dies gilt auch

- in den Fällen, in denen die vorgesehene Bebauung mit einer zu eigenen Wohnzwecken bestimmten Wohnung nicht realisiert wird, und
- bei der Veräußerung von Grund und Boden (unbebaute Teilfläche) eines Grundstücks, das ansonsten mit dem zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäude bebaut ist.

### 5.2 Wohnzwecke

Ein Wirtschaftsgut dient Wohnzwecken, wenn es dazu bestimmt und geeignet ist, Menschen auf Dauer Aufenthalt und Unterkunft zu ermöglichen. Wirtschaftsgüter, die zur vorübergehenden Beherbergung von Personen bestimmt sind (z.B. Ferienwohnungen), dienen nicht Wohnzwecken (vgl. R 42a Abs. 1 Satz 3 EStR 1999). Auch ein häusliches Arbeitszimmer (BMF-Schreiben vom 16.6.1998 – BStBl I S. 863, Rz. 7) dient nicht Wohnzwecken, selbst wenn der Abzug der Aufwendungen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b, § 9 Abs. 5 EStG ausgeschlossen oder eingeschränkt ist.

### 5.3 Nutzung zu eigenen Wohnzwecken

Der Steuerpflichtige muss das Wirtschaftsgut zu eigenen Wohnzwecken genutzt haben. Diese Voraussetzung ist er-

füllt, wenn er das Wirtschaftsgut allein, mit seinen Familienangehörigen oder gemeinsam mit einem Dritten bewohnt hat. Unschädlich ist, wenn der Steuerpflichtige Teile des Wirtschaftsguts einem Dritten unentgeltlich zu Wohnzwecken überlassen hat. Die dem Steuerpflichtigen zu eigenen Wohnzwecken verbleibenden Räume müssen jedoch noch den Wohnungsbegriff erfüllen und ihm die Führung eines selbständigen Haushalts ermöglichen. Ein Wirtschaftsgut wird auch dann zu eigenen Wohnzwecken genutzt, wenn es vom Steuerpflichtigen nur zeitweise bewohnt wird, in der übrigen Zeit ihm jedoch als Wohnung zur Verfügung steht (z.B. Wohnung im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung, nicht zur Vermietung bestimmte Ferienwohnung; auf die Belegenheit der Wohnung in einem Sondergebiet für Ferien- oder Wochenendhäuser kommt es nicht an).

Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken liegt auch vor, wenn der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut einem Kind, für das er Anspruch auf Kindergeld oder einen Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG hat, unentgeltlich zu Wohnzwecken überlassen hat. Die unentgeltliche Überlassung eines Wirtschaftsguts an andere – auch unterhaltsberechtigte – Angehörige stellt keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG dar. Die Altenteilerwohnung in der Land- und Forstwirtschaft ist kein vom Eigentümer zu eigenen Wohnzwecken genutztes Wirtschaftsgut.

Bewohnt ein Miteigentümer eines Zwei- oder Mehrfamilienhauses eine Wohnung allein, liegt eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken vor, soweit er die Wohnung auf Grund eigenen Rechts nutzt (vgl. R 164 Abs. 2 Satz 1 EStR 1999 und H 164 „Beispiele zur Überlassung an Miteigentümer“ EStH 1999).

#### 5.4 Zeitlicher Umfang der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken

Von der Besteuerung des Veräußerungsgewinns sind Wirtschaftsgüter ausgenommen, die ausschließlich, d.h. ununterbrochen

- vom Zeitpunkt der Anschaffung oder Fertigstellung bis zur Veräußerung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden. Für die Bestimmung des Zeitpunkts der Anschaffung und der Veräußerung ist in diesem Zusammenhang jeweils auf den Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums abzustellen. Ein Leerstand vor Beginn der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken ist unschädlich, wenn er mit der beabsichtigten Nutzung des Wirtschaftsguts zu eigenen Wohnzwecken in Zusammenhang steht. Dies gilt auch für einen Leerstand zwischen Beendigung der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken und Veräußerung des Gebäudes, wenn der Steuerpflichtige die Veräußerungsabsicht nachweist;
- im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren, d.h. in einem zusammenhängenden Zeitraum innerhalb der letzten drei Kalenderjahre, der nicht die vollen drei Kalenderjahre umfassen muss, zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden. Ein Leerstand zwischen Beendigung der Selbstnutzung und Veräußerung ist unschädlich, wenn das Wirtschaftsgut im Jahr der Beendigung der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde.

#### Beispiel:

Eine Eigentumswohnung, die A im Jahr 1995 angeschafft und anschließend vermietet hatte, wird nach Beendigung des Mietverhältnisses im Dezember 1998 bis zur Veräußerung im Januar 2000 von ihm zu eigenen Wohnzwecken genutzt.

Da A die Wohnung im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat, unterliegt ein erzielter Veräußerungsgewinn nicht der Besteuerung. Hätte A die Eigentumswohnung im Jahr 1999 auch nur kurzfristig zu anderen Zwecken genutzt (z.B. vorübergehende Fremdvermietung), wäre der erzielte Veräußerungsgewinn zu versteuern.

Bei unentgeltlichem Erwerb (Gesamtrechtsnachfolge, unentgeltliche Einzelrechtsnachfolge) ist die Nutzung des Wirtschaftsguts zu eigenen Wohnzwecken durch den Rechtsvorgänger dem Rechtsnachfolger zuzurechnen.

Werden in das zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wirtschaftsgut innerhalb des Zehnjahreszeitraums bisher zu anderen Zwecken genutzte Räume einbezogen, unterliegt ein auf diese Räume entfallender Veräußerungsgewinn nur dann nicht der Besteuerung, wenn die bisher zu anderen Zwecken genutzten Räume in einem zusammenhängenden Zeitraum innerhalb der letzten drei Kalenderjahre vor der Veräußerung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden.

### 6. Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns (§ 23 Abs. 3 EStG)

#### 6.1 Anschaffungs- und Herstellungskosten

Anschaffungs- und Herstellungskosten im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG sind die vom Steuerpflichtigen getragenen Aufwendungen im Sinne des § 255 HGB. Dazu gehören auch nachträgliche Anschaffungs- und Herstellungskosten, die für das Wirtschaftsgut aufgewendet worden sind. Werden auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten Zuschüsse von dritter Seite geleistet, die keine Mieterzuschüsse im Sinne des R 163 Abs. 3 EStR 1999 sind, sind die Anschaffungs- oder Herstellungskosten bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns um diese Zuschüsse zu kürzen. Eigenheimzulage und Investitionszulage mindern die Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht (§ 9 InvZulG 1999, § 16 EigZulG).

#### 6.2 Werbungskosten

Als Werbungskosten sind die im Zusammenhang mit der Veräußerung stehenden Aufwendungen zu berücksichtigen, die nicht zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des veräußerten Wirtschaftsguts gehören, nicht vorrangig einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sind und nicht wegen der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken unter das Abzugsverbot des § 12 EStG fallen (vgl. H 169 „Werbungskosten“ EStH 1999).

#### 6.3 Ermittlung des Veräußerungsgewinns bei einem teilweise entgeltlich oder im Wege der Erbauseinandersetzung mit Abfindungszahlung erworbenen Grundstück

Bei der Veräußerung eines teilweise entgeltlich, teilweise unentgeltlich oder im Wege der Erbauseinandersetzung mit Abfindungszahlung erworbenen Grundstücks berechnet sich der Veräußerungsgewinn im Sinne des § 23 Abs. 3 EStG für den entgeltlich erworbenen Teil durch Gegenüberstellung des anteiligen Veräußerungserlöses zu den

tatsächlichen Anschaffungskosten. Der anteilige Veräußerungserlös bestimmt sich nach dem Verhältnis der aufgewendeten Anschaffungskosten zum Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erwerbs (vgl. BMF-Schreiben vom 11.1.1993 – BStBl I S. 62, Rz. 28, und BMF-Schreiben vom 13.1.1993 – BStBl I S. 80, Rz. 23). Die Werbungskosten sind, soweit sie nicht eindeutig dem entgeltlichen oder unentgeltlichen Teil zugeordnet werden können, im Verhältnis des Entgelts (ohne Anschaffungsnebenkosten) zum Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erwerbs aufzuteilen (BFH-Urteile vom 24.3.1993 – BStBl II S. 704 und vom 1.10.1997 – BStBl 1998 II S. 247).

Wird ein teilweise entgeltlich oder im Wege der Erbaueinandersetzung gegen Abfindungszahlung erworbenes Grundstück während der Zehnjahresfrist nach Anschaffung bebaut und veräußert, ist der auf das Gebäude entfallende Teil des Veräußerungserlöses in die Berechnung des Veräußerungsgewinns einzubeziehen, soweit das Grundstück als entgeltlich erworben gilt.

#### Beispiel:

A erwirbt im Jahr 1995 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von B ein unbebautes Grundstück mit einem gemeinen Wert von 200.000 DM für eine Gegenleistung von 50.000 DM. B hatte das Grundstück im Jahr 1982 erworben. Im Jahr 1999 wird das Grundstück mit einem Zweifamilienhaus mit Herstellungskosten von 400.000 DM bebaut und unmittelbar nach Fertigstellung des Gebäudes zu einem Kaufpreis von 800.000 DM veräußert. Von diesem Kaufpreis entfallen nach dem Verhältnis der Verkehrswerte 280.000 DM auf das Grundstück und 520.000 DM auf das Gebäude.

Das Grundstück gilt zu einem Viertel (50.000 DM zu 200.000 DM) als entgeltlich erworben. Der für das Grundstück erzielte Veräußerungserlös ist somit ebenfalls zu einem Viertel in die Berechnung des Veräußerungsgewinns im Sinne des § 23 Abs. 3 EStG einzubeziehen. Der auf das Gebäude entfallende Teil des Veräußerungserlöses geht im selben Verhältnis in die Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns ein.

$\frac{1}{4}$ des Veräußerungserlöses Grundstück	70.000 DM	
abzüglich Anschaffungskosten Grundstück	./ 50.000 DM	20.000 DM
$\frac{1}{4}$ des Veräußerungserlöses Gebäude	130.000 DM	
abzüglich $\frac{1}{4}$ der Herstellungskosten Gebäude	100.000 DM	<u>30.000 DM</u>
steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn		<u>50.000 DM</u>

#### 6.4 Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns bei teilweise zu eigenen Wohnzwecken, teilweise zu anderen Zwecken genutzten Gebäuden

Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Veräußerungspreis des gesamten Gebäudes sind auf den zu eigenen Wohnzwecken und auf den zu anderen Zwecken genutzten Gebäudeteil aufzuteilen. Für die Aufteilung ist das Verhältnis der Nutzfläche des zu anderen Zwecken genutzten Gebäudeteils zur Nutzfläche des gesamten Gebäudes maßgebend, es sei denn, die Aufteilung nach dem Verhältnis der Nutzflächen führt zu einem unangemessenen Ergebnis. Die Nutzfläche ist in sinngemäßer Anwen-

dung der §§ 43 und 44 der Zweiten Berechnungsverordnung zu ermitteln. Für die Aufteilung der Anschaffungskosten und des Veräußerungspreises des Grund und Bodens, der zu dem zu anderen Zwecken genutzten Gebäudeteil gehört, ist das Verhältnis der Nutzfläche des zu anderen Zwecken genutzten Gebäudeteils zur Nutzfläche des gesamten Gebäudes maßgebend.

#### Beispiel:

A hat im Jahr 1993 ein unbebautes Grundstück für 220.000 DM angeschafft. Im Jahr 1996 stellt er darauf ein Zweifamilienhaus für 900.000 DM fertig. Eine Wohnung wird von ihm zu eigenen Wohnzwecken genutzt, die andere hat er vermietet. Beide Wohnungen haben eine Nutzfläche von jeweils 150 qm. Im Jahr 1999 veräußert A das Grundstück für 1,6 Mio. DM. Von dem Veräußerungspreis entfallen 1,2 Mio. DM auf das Gebäude und 400.000 DM auf den Grund und Boden.

Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns:

Verhältnis der Nutzfläche des vermieteten Gebäudeteils zur Gesamtnutzfläche des Gebäudes 150 qm : 300 qm.

Gebäude:

Veräußerungspreis	1.200.000 DM
Herstellungskosten	<u>900.000 DM</u>
Veräußerungsgewinn	300.000 DM
	davon entfallen auf den vermieteten Gebäudeteil 50 v.H. = 150.000 DM

Grund und Boden:

Veräußerungspreis	400.000 DM
Anschaffungskosten	<u>220.000 DM</u>
Veräußerungsgewinn	180.000 DM
	davon entfallen auf den vermieteten Gebäudeteil 50 v.H. = <u>90.000 DM</u>
steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn	<u>240.000 DM</u>

A hat einen Veräußerungsgewinn von 240.000 DM zu versteuern. Der auf die eigengenutzte Wohnung einschließlich des dazu gehörenden Grund und Bodens entfallende Gewinn von 240.000 DM unterliegt nicht der Besteuerung.

#### 6.5 Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns bei Entnahme des Grundstücks aus einem Betriebsvermögen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3 EStG)

Wird ein Grundstück veräußert, das vorher aus einem Betriebsvermögen in das Privatvermögen überführt worden ist, tritt an die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Wert, mit dem das Grundstück bei der Überführung angesetzt worden ist (§ 23 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Entsprechendes gilt für den Fall, in dem das Grundstück anlässlich der Betriebsaufgabe in das Privatvermögen überführt worden ist (§ 23 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 16 Abs. 3 Satz 5 EStG). Sätze 1 und 2 gelten auch, wenn bei einer vorangegangenen Überführung des Grundstücks in das Privatvermögen der Entnahmegewinn nicht zur Einkommensteuer herangezogen worden ist (§ 16 Abs. 4, §§ 14, 14a, § 18 Abs. 3 EStG).

Bleibt bei der Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen der Entnahmegewinn kraft gesetzlicher Regelung bei der Besteuerung außer Ansatz, tritt an die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der

Buchwert des Wirtschaftsguts im Zeitpunkt der Entnahme. Bei einer Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen vor dem 1. Januar 1999 ist in diesen Fällen aus Billigkeitsgründen Rz. 33 anzuwenden.

**Beispiel 1:**

A errichtet im Jahr 2000 auf einem zum Betriebsvermögen seines landwirtschaftlichen Betriebs gehörenden Grundstück ein Gebäude, das als Altenteilerwohnung genutzt werden soll. Das Gebäude ist im Januar 2002 fertig gestellt. Der Entnahmegewinn beim Grund und Boden bleibt nach § 13 Abs. 5 EStG bei der Besteuerung außer Ansatz. Nach dem Tod des Altenteilers wird das Gebäude mit dem dazugehörenden Grund und Boden zum 31.12.2004 veräußert.

	Gebäude	Grund und Boden
Buchwert im Zeitpunkt der Entnahme		10.000 DM
Herstellungskosten des Gebäudes	300.000 DM	
Veräußerungserlös zum 31.12.2004	<u>400.000 DM</u>	<u>100.000 DM</u>
steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn	<u>100.000 DM</u>	<u>90.000 DM</u>

**Beispiel 2:**

Eine ehemals zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehörende Wohnung des Betriebsinhabers wurde zusammen mit dem dazugehörenden Grund und Boden zum 31.12.1995 in das Privatvermögen überführt. Der Entnahmegewinn war nach § 52 Abs. 15 Satz 7 EStG in der für den Veranlagungszeitraum der Entnahme anzuwendenden Fassung steuerbefreit. Die Wohnung war seit dem 1.7.1996 vermietet. Am 1.8.2000 wurde die Wohnung veräußert.

	Gebäude	Grund und Boden
Buchwert im Zeitpunkt der Entnahme	20.000 DM	10.000 DM
Steuerfreier Entnahmegewinn	<u>60.000 DM</u>	<u>40.000 DM</u>
Teilwert im Zeitpunkt der Entnahme	80.000 DM	50.000 DM
AfA für den Zeitraum 1.7.1996 bis 31.7.2000 (berechnet nach den ursprünglichen Anschaffungskosten)	<u>- 5.000 DM</u>	
	75.000 DM	
Veräußerungserlös zum 1.8.2000	<u>78.000 DM</u>	<u>52.000 DM</u>
steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn	<u>3.000 DM</u>	<u>2.000 DM</u>

6.6 Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns bei Einlage des Grundstücks in das Betriebsvermögen (§ 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 und 2 und Abs. 3 Satz 2 EStG)

Wird das Grundstück in das Betriebsvermögen eingelegt und innerhalb der Zehnjahresfrist seit Anschaffung veräußert, tritt bei der Ermittlung des Gewinns oder des Verlustes aus dem privaten Veräußerungsgeschäft an die Stelle des Veräußerungspreises der Wert, mit dem die Ein-

lage angesetzt wurde. Wurde das Grundstück wieder ins Privatvermögen überführt und innerhalb von zehn Jahren nach der ursprünglichen Anschaffung veräußert, sind bei der Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns die ursprünglichen Anschaffungskosten zu Grunde zu legen. Dieser Veräußerungsgewinn ist um den im Betriebsvermögen zu erfassenden Gewinn zu korrigieren. Wurde das Grundstück nach mehr als zehn Jahren seit der ursprünglichen Anschaffung, aber innerhalb von zehn Jahren nach der Überführung ins Privatvermögen veräußert, ist bei der Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns der bei der Überführung angesetzte Wert zu Grunde zu legen.

**Beispiel:**

A hat am 2.1.1993 ein unbebautes Grundstück für 100.000 DM angeschafft. Im Jahr 1997 legt er es in sein Einzelunternehmen zum Teilwert von 150.000 DM ein und entnimmt es wieder am 3.3.2000. Der Teilwert zum Zeitpunkt der Entnahme beträgt 200.000 DM.

Veräußert A das Grundstück vor dem 3.1.2003 für 230.000 DM, ermittelt sich der private Veräußerungsgewinn wie folgt:

Veräußerungserlös	230.000 DM	
abzgl. Anschaffungskosten	<u>100.000 DM</u>	
Veräußerungsgewinn (§ 23 Abs. 1 Satz 1 EStG)		130.000 DM
Teilwert Entnahme	200.000 DM	
abzgl. Teilwert Einlage	<u>150.000 DM</u>	
abziehender Entnahmegewinn im Betriebsvermögen		50.000 DM
privater Veräußerungsgewinn		<u>80.000 DM</u>

Wird das Grundstück nach dem 2.1.2003 und vor dem 4.3.2010 veräußert, unterliegt der Veräußerungsgewinn auf der Grundlage des bei der Entnahme angesetzten Werts wie folgt der Besteuerung nach § 23 EStG:

Veräußerungserlös	230.000 DM
abzgl. Entnahmewert (§ 23 Abs. 3 Satz 3 EStG)	<u>200.000 DM</u>
privater Veräußerungsgewinn	<u>30.000 DM</u>

Der private Veräußerungsgewinn bei Einlage in das Betriebsvermögen und anschließender Veräußerung des Wirtschaftsguts aus dem Betriebsvermögen ist in dem Kalenderjahr anzusetzen, in dem der Veräußerungspreis zufließt. Fließt der Veräußerungspreis in Teilbeträgen über mehrere Kalenderjahre zu, ist der Veräußerungsgewinn erst zu berücksichtigen, wenn die Summe der gezahlten Teilbeträge die ggf. um die Absetzungen für Abnutzung, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen geminderten Anschaffungs- oder Herstellungskosten des veräußerten Wirtschaftsguts übersteigt.

In den Fällen der Rz. 4 Nr. 2 bis 5 gilt der Veräußerungspreis in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem die dort genannten, der Veräußerung aus dem Betriebsvermögen gleichgestellten Sachverhalte verwirklicht werden. Bei der verdeckten Einlage eines Wirtschaftsguts in eine Kapitalgesellschaft ist der private Veräußerungsgewinn im Kalenderjahr der verdeckten Einlage zu erfassen.

6.7 Kürzung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen (§ 23 Abs. 3 Satz 4 EStG)

Bei Veräußerungsgeschäften, bei denen der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut nach dem 31.7.1995 angeschafft oder in das Privatvermögen überführt und veräußert hat, mindern sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 EStG abgezogen worden sind. Als Zeitpunkt der Anschaffung gilt der Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Vertrags oder des gleichstehenden Rechtsakts. Bei Veräußerung eines vom Steuerpflichtigen errichteten Wirtschaftsguts mindern sich die Herstellungskosten um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, wenn der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut nach dem 31.12.1998 fertig stellt und veräußert.

#### Beispiel:

A errichtet ab dem Jahr 1998 ein zur Vermietung zu Wohnzwecken bestimmtes Gebäude auf einem in 1996 angeschafften Grundstück in Dresden. Das Gebäude mit Herstellungskosten von 800.000 DM wird im Jahr 1999 fertig gestellt. Bis zum 31.12.1998 sind Teilerstellungskosten in Höhe von 600.000 DM entstanden, für die A 150.000 DM Sonderabschreibungen nach § 4 Abs. 2 FördG für den Veranlagungszeitraum 1998 in Anspruch nimmt. Das Gebäude wird unmittelbar nach Fertigstellung veräußert. A kann den Nachweis der Einkunftserzielungsabsicht erbringen.

Da das Wirtschaftsgut nach dem 31.12.1998 fertig gestellt worden ist, sind die Herstellungskosten bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns um die in Anspruch genommenen Sonderabschreibungen in Höhe von 150.000 DM zu mindern.

Nutzt der Steuerpflichtige einen Raum zu betrieblichen oder beruflichen Zwecken (häusliches Arbeitszimmer), sind die anteiligen Anschaffungs- oder Herstellungskosten um den auf das häusliche Arbeitszimmer entfallenden Teil der Absetzungen für Abnutzung, der erhöhten Absetzungen und der Sonderabschreibungen zu kürzen. Die anteiligen Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind nicht zu kürzen, wenn der Abzug der Aufwendungen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b, § 9 Abs. 5 EStG ausgeschlossen ist. Aus Vereinfachungsgründen gilt dies auch, wenn der Ab-

zug der Betriebsausgaben oder Werbungskosten auf 2.400 DM begrenzt ist.

Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind nicht um die Abzugsbeträge nach den §§ 10e, 10f, 10g und 10h EStG oder § 7 FördG, die Eigenheimzulage und die Investitionszulage nach dem InvZulG 1999 zu kürzen.

#### 7. Verlustverrechnung (§ 23 Abs. 3 Satz 8 und 9 EStG)

Bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten ist der Gesamtgewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften für jeden Ehegatten zunächst getrennt zu ermitteln. Dabei ist für den Gewinn jedes Ehegatten die Freigrenze von 1.000 DM nach § 23 Abs. 3 Satz 6 EStG gesondert zu berücksichtigen. Die ggf. von einem Ehegatten nicht ausgeschöpfte Freigrenze kann nicht beim anderen Ehegatten berücksichtigt werden. Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften des einen Ehegatten sind mit Gewinnen des anderen Ehegatten aus privaten Veräußerungsgeschäften auszugleichen (vgl. BFH-Urteil vom 6.7.1989 – BStBl II S. 787). Ein Ausgleich ist nicht vorzunehmen, wenn der erzielte Gesamtgewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften des anderen Ehegatten steuerfrei bleibt, weil er im Kalenderjahr weniger als 1.000 DM betragen hat.

Nicht im Entstehungsjahr mit Veräußerungsgewinnen ausgeglichene Veräußerungsverluste der Jahre ab 1999 sind nach Maßgabe des § 10d EStG rück- und vortragsfähig. Sie mindern in den Rück- oder Vortragsjahren erzielte private Veräußerungsgewinne im Sinne des § 23 EStG, soweit diese in die Ermittlung der Summe der Einkünfte eingegangen sind oder eingehen würden (§ 23 Abs. 3 Satz 9 EStG). Bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten ist der Verlustabzug nach Maßgabe des § 10d Abs. 1 und 2 EStG zunächst getrennt für jeden Ehegatten und anschließend zwischen den Ehegatten durchzuführen. Der am Schluss eines Veranlagungszeitraums verbleibende Verlustvortrag ist gesondert festzustellen (§ 23 Abs. 3 Satz 9, nach Maßgabe des § 10d Abs. 4 Satz 1 EStG).

Für Veräußerungsverluste aus den Veranlagungszeiträumen vor 1999 ist § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG nicht anzuwenden. Sie dürfen nur mit Veräußerungsgewinnen desselben Kalenderjahres ausgeglichen und nicht nach § 10d EStG abgezogen werden.

## 2. Einkommensteuer: Außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG; Aufwendungen für ein Mediationsverfahren als Ehescheidungskosten

Niedersächsisches Finanzministerium, Erlass vom 15.9.2000 – S 2284 – 264 – 35

Nach Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder gilt für den Abzug von Aufwendungen für ein Mediationsverfahren als Ehescheidungskosten nach § 33 EStG Folgendes:

Eine Familienmediation soll die selbstbestimmte und einvernehmliche Regelung psychosozialer und rechtlicher Probleme, insbesondere bei Trennung und Scheidung von Ehegatten, ermöglichen. In diesem Verfahren werden die Schei-

dungsfolgeregelungen vorab in einem außergerichtlichen Vergleich durch die Ehegatten gemeinsam vereinbart. Das Ergebnis wird in Form einer Scheidungsfolgenvereinbarung festgehalten und in der Regel notariell beurkundet. Auf dieser Grundlage kann die gerichtliche Ehescheidung durchgeführt werden. Anwaltliche Auseinandersetzungen im Scheidungsverfahren vor Gericht können daher mit Hilfe der Mediation vermieden werden.

Die Kosten eines Mediationsverfahrens sind als Ehescheidungskosten und damit als außergewöhnliche Belastungen (§ 33 Abs. 1 EStG) anzuerkennen, wenn das Ergebnis der Mediation in einem notariell beglaubigten Vertrag festgehalten und die Ehe nach dem Mediationsverfahren tatsächlich geschieden wird.

### 3. Umsatzsteuer beim Verkauf bzw. der Übertragung von Grundstücken

OFD München, Verfügung vom 1.8.2000 – S 7100 b – 3 St 433 –

Für die Beurteilung, ob der *Verkauf eines Grundstücks* als nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen i.S.d. § 1 Abs. 1a UStG oder als steuerbare Lieferung zu behandeln ist, ist zu *unterscheiden*, ob das verkaufte Grundstück das *gesamte Unternehmen* oder *nur einen Teil* des Unternehmens bildete.

Ich bitte wie folgt zu entscheiden:

#### 1. Das verkaufte Grundstück bildete das gesamte Unternehmen

In diesem Fall veräußert der Unternehmer mit dem Grundstück die wesentlichen Grundlagen seines Unternehmens. Bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG (vgl. hierzu auch Abschn. 5 UStR 2000) liegt eine *nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen* vor.

Besteht beispielsweise das Unternehmen aus *einem einzigen Mietgrundstück*, so ist dessen Übertragung bei gleichzeitigem Übergang der jeweiligen Mietverträge regelmäßig eine *nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung* i.S. des § 1 Abs. 1a UStG.

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass das verkaufte Grundstück nicht den Charakter von Vorratsvermögen haben darf (vgl. hierzu die nachfolgende Tz. 2. b).

#### 2. Das verkaufte Grundstück umfasst nur einen Teil des Unternehmens

In diesem Fall verkauft der Unternehmer mit dem Grundstück allenfalls einen Teil der wesentlichen Grundlagen seines Unternehmens. Eine *nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen* liegt deshalb nur dann vor, wenn das verkaufte Grundstück einen in der Gliederung des Unternehmens *gesondert geführten Betrieb* darstellte. Die Voraussetzungen für die Annahme eines gesondert geführten Betriebs ergeben sich aus Abschn. 5 Abs. 3 UStR 2000.

Auf folgende Sachverhaltsvarianten sei besonders hingewiesen:

##### a) Das verkaufte Grundstück ist eines von mehreren Mietgrundstücken

Bei einem *vermieteten Grundstück* kann i.d.R. davon ausgegangen werden, dass es ein innerhalb des Unter-

nehmens *gesondert geführter Betrieb* ist, wobei insofern keine besonderen Einrichtungen einer betrieblichen Organisation vorliegen müssen.

Ein solches Grundstück ist ein wirtschaftlich selbstständiger Teilbetrieb. Tritt der Erwerber in die jeweiligen Mietverträge ein, kann er grundsätzlich die unternehmerische Tätigkeit ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortsetzen.

Von der Übertragung eines gesondert geführten Betriebs kann auch dann ausgegangen werden, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das *nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG)* aufgeteilt ist, nur ein *Teileigentum* veräußert.

##### b) Das verkaufte Grundstück hat den Charakter von Vorratsvermögen

Ein Grundstück ist *kein gesondert geführter Betrieb*, wenn ein Unternehmer ein unbebautes Grundstück mit dem Ziel erwirbt, ein Gebäude zu errichten, Mieter zu beschaffen und anschließend das nun bebaute Grundstück zu veräußern.

Für die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen gem. § 1 Abs. 1a UStG fehlt es in diesen Fällen an der Übertragung wesentlicher Betriebsgrundlagen. Das Grundstück dient nicht dem Unternehmen, um als Anlagevermögen für längere Dauer zur Verfügung zu stehen, beispielsweise zur nachhaltigen Erzielung von Mieteinnahmen. Das Grundstück ist hier nur dazu notwendig, um darauf ein Gebäude errichten zu können. Geplant ist von Anfang an, das Grundstück unmittelbar nach Fertigstellung des Gebäudes zu veräußern. *Das Grundstück wird also zum Zwecke der alsbaldigen Veräußerung erworben* und hat somit den Charakter von *Vorratsvermögen*.

Daher ist in diesem Fall von einer umsatzsteuerbaren Lieferung auszugehen.

Ich darf in diesem Zusammenhang auch auf die Verfügung der OFD Hamburg vom 18.10.1999 (Umsatzsteuer-Rundschau 2000, 173) Bezug nehmen, deren Ausführungen von mir geteilt werden.

- Die o.g. Grundsätze gelten entsprechend, wenn *mehrere Grundstücke* übertragen werden bzw. die jeweilige *Grundstücksübertragung unentgeltlich* ist.

**Personaländerungen**

**1. Ehrungen/Ehrenämter:**

Am 16.10.2000  
wurde Notar a. D. Friedrich Schmidt, Bayreuth,  
das Bundesverdienstkreuz verliehen

Am 3.11.2000  
wurde Notar Dr. Helmut Keidel, München,  
das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der  
Bundesrepublik Deutschland verliehen

**2. Verstorben:**

Notar a. D. Dr. Hans Schmitt, Dahn, verst. 16.10.2000  
Oberinspektor i. N. Albert Eichenseer, Neumarkt i. d. Opf.,  
(Dr. Ulbrich/Leitenstorfer), verst. 12.10.2000

**3. Versetzung in den Ruhestand:**

Mit Wirkung vom 1.12.2000:  
Notar Dr. Oskar Strober, Schrobenhausen

Mit Wirkung vom 1.2.2001:  
Notar Hans Ulsenheimer, Miesbach  
Notar Wolfgang Schäffling, Landstuhl  
Notar Dr. Klaus Vocke, Eichstätt

Mit Wirkung vom 1.4.2001:  
Notar Dr. Friedrich Lemberger, Simbach am Inn

Mit Wirkung vom 1.5.2001:  
Notar Günter Emnet, Straubing

Mit Wirkung vom 1.7.2001:  
Notar Werner Schiebel, Rosenheim  
Notar Dr. Eick Vassel, Aichach

**4. Es wurde verliehen :**

Mit Wirkung vom 1.8.2000:  
Hersbruck dem Notarassessor  
(neuerrichtete Notarstelle Dr. Gerhard Lenz  
in Sozietät mit (bisher in Neu-Ulm Notar  
Dr. Vollhardt) stellen Goebel/Rehle)  
*(Berichtigung zu MittBayNot Nr. 5/2000)*

Mit Wirkung vom 1.12.2000:  
Greding dem Notarassessor  
Michael Reindl  
(bisher in Fürth Notarstellen  
Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Gerolzhofen

dem Notarassessor  
Matthias Dünninger  
(bisher in Würzburg Notar-  
stellen Kirchner/  
Dr. Gutmann)

Mit Wirkung vom 15.12.2000:

Bayreuth  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Franz)

dem Notarassessor  
Markus Eberl  
(bisher in München  
Notarstellen Mittenzwei/  
Dr. Steinbauer)

Mit Wirkung vom 1.1.2001:

Landsberg a. Lech  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Walter)

dem Notarassessor  
Markus Riemenschneider  
(bisher in Berlin Geschäfts-  
führer des Dt. Notarvereins)

**5. Neuernannte Assessoren:**

Mit Wirkung vom 1.11.2000:

Hoffmann Wolfgang, Füssen (Notarstellen Dr. Gerlach/  
Malzer)

Mit Wirkung vom 1.1.2001:

Grosser Wolfgang, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/  
Schmidl)

**6. Versetzung und sonstige Veränderungen:**

Notarassessor Christian Steib, Sonthofen (Notarstellen  
Strobach/Dr. Obermaier), scheidet mit Wirkung zum  
1.1.2001 auf sein Verlangen aus dem Notarassessoren-  
dienst aus

Notarassessor Ulrich Schmitz, Kaiserslautern (Notar-  
stellen Pres/Jacob), wurde mit Wirkung vom 20.10.2000  
promoviert

Notarassessor Arnold Voran, München (Notarstelle  
Wurm), ab 1.11.2000 in München (Notarstelle Dr. Wink-  
ler)

Notarassessor Falko Bode, Fürstenfeldbruck (Notar-  
stellen Dr. Spinar/Schüßler), ab 6.11.2000 in München  
(Notarstelle Dr. Schaub)

Notarassessorin Anja Schrader, Greding (Notarstelle  
Dr. Müller), ab 1.12.2000 in München (Notarstellen  
Mittenzwei/Dr. Steinbauer)

Notarassessor Markus Huber, Regensburg (Notarstellen  
Dr. Götz/Dr. Albrecht), ab 4.12.2000 in Nürnberg (Notar-  
stellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Notarassessor Dr. Martin Jung, Bayreuth (Notarstellen  
Dr. Franz/Verwalter), ab 7.12.2000 in Fürth (Notarstellen  
Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Notarassessor Dr. Jörg Budnick, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing), ab 15.12.2000 in Nürnberg (Notarstelle Lottner)

Notarassessor Matthias Dietrich, Miltenberg (Notarstellen Gemke/Spoerer), ab 1.2.2001 in Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann)

Notarassessorin Dr. Claudie Rombach, Schweinfurt (Notarstellen Schineis/Dr. Schmidt), ab 1.2.2001 in Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Oberinspektorin i. N. Gudrun-Elly Eder, München (Notarstelle Porath), ab 15.9.2000 in München (Notarstelle Wurm)

Inspektorin i. N. Nicole Gundelach, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott), ab 15.9.2000 in Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß)

Inspektor i. N. Volker Hauffe, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty), ab 1.11.2000 in München (Notarstelle Kärtner)

## **7. Ausgeschiedene Angestellte:**

Inspektor i. N. Alois Gschwendtner, München (Notarstelle Kärtner), Kündigung zum 1.11.2000

Amtsrat i. N. Sigo Brandt, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.12.2000 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Richard Di Qual, Traunstein (Notarstellen Blail/Zahnbrecher), ab 1.1.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Josef Hueber, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 1.1.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Alfred Knecht, Edenkoben (Notarstelle Schlindwein), ab 1.1.2001 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Ulrich Schwendke, Straubing (Notarstelle Dr. Herrmann), ab 1.1.2001 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Franz Zeyer, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann), ab 1.1.2001 im Ruhestand



---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 90,- DM zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 20,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.