

ABHANDLUNGEN

Änderungen des Beurkundungsgesetzes*¹

Von Notar *Dr. Karl Winkler*, München, Lehrbeauftragter an der Universität München

I. Einleitung

II. Mitwirkungsverbote (§ 3)

1. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4

- a) Allgemeines
- b) Bedeutung
- c) Sozietätsbegriff
- d) Bürogemeinschaft
- e) zeitliche Geltung
- f) Reichweite
- g) Beispiele
 - aa) materielle Beteiligung
 - bb) jur. Personen
 - cc) Versammlungsbeschlüsse
 - (1) nicht rechtsfähige Gesellschaft
 - (2) wirtschaftliche Inhaberschaft
 - (3) Organstellung
 - (4) Gesellschafterstellung

2. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 und 6

3. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7

- a) außernotarielle Tätigkeit
 - aa) Anwaltsnotariat
 - bb) hauptberufliches Notariat
 - cc) sonstige Betreuung § 24 BNotO
- b) Einbeziehung der verbundenen Personen
- c) Tätigkeit
- d) Begriff „derselben Angelegenheit“
- e) Einbeziehung abgeschlossener Sachverhalte
- f) Antrag aller Personen
 - aa) Zweck der Vorschrift
 - bb) Zeitpunkt
 - cc) materielle Beteiligung

g) Fragepflicht

- aa) persönlicher Geltungsbereich
- bb) Prüfungspflicht
- cc) sachlicher Geltungsbereich
- dd) Unterschriftsbeglaubigung
- ee) fremdsprachige Erklärung

h) Vermerkplicht

- aa) Formulierung
- bb) Antwort
- cc) Vorbefassung
- dd) Vermerk

i) Verstöße

j) Zustimmung aller Beteiligten

4. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8

5. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9

- a) Personengesellschaften
- b) andere Gesellschaften: Stimmrecht
- c) Beteiligung
- d) Schachtelbeteiligung

6. § 3 Abs. 2

7. § 3 Abs. 3

- a) Nr. 1
- b) Nr. 2, 3

8. Verstöße

III. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens (§ 17 Abs. 2a)

1. Allgemeines

2. Gesetzliche Regelung

* Dieser Beitrag erschien auch in der Beilage 1/99 der ZNotP.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Beurkundungsgesetzes.

3. Diskrepanz zwischen materiellem und Verfahrensrecht
4. Verhältnis Regel – Ausnahme
5. Zweck des Abs. 2 a
6. Auslegungsvorschlag
7. Vollmachtlose Vertretung
8. Isolierte Vollmacht
 - a) Beurkundung einer isolierten Vollmacht
 - b) Beurkundung mit bevollmächtigtem Vertreter
9. Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars
10. Aufspaltung in Angebot und Annahme
11. Verweisungsurkunden
12. Verhältnis „Zentralnotar“ – „Ortsnotar“
 - a) Beurkundung
 - b) Beglaubigung

IV. Eingeschränkte Vorlesungspflicht (§ 14)

1. Die Neuregelung
 - a) zwingende Vorschriften
 - b) Soll-Vorschriften
 - c) Vermerk
2. Begriff der Anlage
 - a) Allgemeines
 - b) Abgrenzung zum Identifizierungsbefehl
3. Bestandsverzeichnisse
 - a) Beispiele
 - b) Baubeschreibung u.a.
 - c) rechtsgeschäftliche Erklärungen
4. Vorlesungsverzicht und Vorlage zur Kenntnisnahme
5. Prüfungs- und Belehrungspflicht
6. Unterzeichnung
 - a) Zweck der Vorschrift
 - b) alle Seiten
 - c) Unterzeichnung
7. Wirkungen, Verstöße

V. Sonstige Änderungen

1. Verwahrung des Erbvertrages (§ 34 Abs. 3)
2. Änderung von Urkunden (§ 44 a)
3. Verwahrung der Urschrift (§ 45 Abs. 1)
4. Verwahrungsvorschriften (§§ 54 a ff.)

I. Einleitung

Die Novellierung des Berufsrechts der Notare ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO abgeschlossen worden, das am 8.9.1998 in Kraft getreten ist (BGBl. I. S. 2585). Sie enthält bedeutsame Änderungen der BNotO und des Beurkundungsgesetzes und begründet erstmals seit der Wiedervereinigung ein einheitliches notarielles Berufsrecht in Deutschland. Insbesondere erlaubt die Neuregelung dem Anwaltsnotar, auch als Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigter Buchprüfer beruflich tätig zu sein. Dem Anwaltsnotar war bisher schon der Nebenberuf des Steuerberaters mit der Begründung gestattet worden, bei der Steuerberatung handle es sich um Rechtsberatung, die auch vom Anwalt ausgeübt werden darf².

Im folgenden werden die wichtigsten Änderungen des Beurkundungsgesetzes dargestellt, insbesondere die Kernstücke der Änderung, nämlich die vor allem für Anwaltsnotare bedeutsamen Mitwirkungsverbote nach § 3 (unten II), die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens nach § 17 Abs. 2a (unten III) und die eingeschränkte Vorlesungspflicht nach § 14 Abs. 1 (unten IV). Die umfangreiche Neuregelung der notariellen Verwahrung (§§ 54 a ff. BeurkG) betrifft nicht unmittelbar das Beurkundungsverfahren; ihre Darstellung würde den gegebenen Rahmen sprengen, auf sie wird daher in diesem Aufsatz nicht eingegangen. Abschließend werden noch die Änderungen des BeurkG kurz vorgestellt, die in der Praxis nichts oder wenig ändern, weil der Gesetzgeber bereits bisher geltende Regelungen der BNotO oder DNot in das BeurkG aufgenommen hat (unten V).

II. Mitwirkungsverbote (§ 3)

Im Beurkundungsgesetz gehört § 3 zu den zentralen Vorschriften, die im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gewährleisten sollen. Dabei soll bereits dem Anschein einer Gefährdung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars entgegengewirkt werden.

Das Beurkundungsgesetz schränkt den Katalog der Unwirksamkeitsgründe im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich auf die ein, die für den Kundigen aus der Urkunde selbst ersichtlich sind³. Davon zu trennen sind die Mitwirkungsverbote des § 3, die zwar vom Notar unbedingt zu beachten sind, aber nur Soll-Vorschriften enthalten, deren Verletzung also nicht zur Unwirksamkeit führt. Im Gegensatz zum formellen Beteiligungsbegriff des § 6 Abs. 2 geht § 3 BeurkG vom Begriff der „Angelegenheit“ aus; um die Angelegenheit einer Person handelt es sich, wenn deren Rechte oder Pflichten durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden⁴. Der Notar darf daher z.B. nicht nur nicht beurkunden, wenn er oder ein Angehöriger als Eigentümer ein Grundpfandrecht bestellt oder eine Forderung abtritt (§ 6), sondern auch dann nicht, wenn er oder ein Angehöriger der (vom Eigentümer verschiedene) Schuldner ist (§ 3). Wie schon bei Inkrafttreten des BeurkG die Ausweitung der Mitwirkungsverbote in § 3 gegenüber den früheren Regelungen zeigte, legt das BeurkG großes Gewicht auf die Unabhängigkeit des Notars. Der Begriff der Angelegenheit darf daher nicht zu eng ausgelegt werden⁵.

² BGHZ 64, 214 = NJW 1975, 1414; BVerfG NJW 1989, 2611 = DNotZ 1989, 627.

³ Keidel/Winkler, 13. Aufl. 1997, § 6 BeurkG Rdnr. 1.

⁴ Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 12.

⁵ BGH NJW 1985, 2027 = DNotZ 1985, 231 = JR 1985, 152 mit Anm. Winkler; Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 13.

1. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4

a) Allgemeines

Angeichts der gewandelten Organisationsformen beruflicher Zusammenarbeit – insbesondere der interprofessionellen und mehr und mehr überörtlich tätigen beruflichen Zusammenschlüsse – erstreckt der Gesetzgeber die Mitwirkungsverbote auf die mit dem Notar verbundenen Personen und schließt damit Mandatsverlagerungen oder -beschränkungen innerhalb der Sozietät aus. Während § 3 bisher nur für den Notar selbst (Nr.1) oder seine nahen Angehörigen (Nr. 2, 3) einschlägig war, erfaßt § 3 nunmehr auch Angelegenheiten der mit ihm verbundenen Personen (Nr. 4), und zwar gleichgültig, ob als Notar, Anwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchprüfer⁶.

b) Bedeutung

Die Bedeutung der Vorschrift zeigt der bekannte, vom BGH am 18.12.1996 zutreffend entschiedene Fall, wonach die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht deshalb gegen §§ 7, 27 verstößt, weil ein Sozium des Notars Testamentsvollstrecker und der Notar an dessen Vergütung aufgrund entsprechender Vereinbarungen beteiligt ist⁷. Nach der bisherigen Fassung war hier § 3 nicht einschlägig. Bestand auch bisher kein Verbot der Beurkundung für Sozien, so wurde doch empfohlen, in solchen Fällen von einer Beurkundung abzusehen, um schon den Anschein nicht gegebener Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu vermeiden⁸. Ein – aus welchen Gründen auch immer – mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft unzufriedener Beteiligter wird – wenn auch zu Unrecht – einwenden, der Notar sei nicht unparteiisch gewesen. Um schon einen solchen Anschein zu vermeiden, durch den dem öffentlichen Ansehen des Amtes Schaden droht, ist die Neuregelung zu begrüßen. So wie man bisher bereits die Ernennung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker und auch die Beurkundung von Geschäften, die eine von ihm verwaltete Vermögensmasse betreffen, wie z.B. als Nachlaßverwalter, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, als „eigene Angelegenheit“ i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 angesehen hat⁹, ist bei entsprechender Konstellation nunmehr eine Angelegenheit des Soziums i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 zu bejahen. Die Neuregelung erfaßt auch Fallkonstellationen, in denen der Anschein der Parteilichkeit regelmäßig ausscheidet, etwa zumeist bei der Beurkundung einseitiger Erklärungen (z.B. Testament) oder bei Unterschriftsbeglaubigungen¹⁰.

Nach der neuen Nr. 4 soll der Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich handelt um Angelegenheiten einer Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Auch die bisherigen Mitwirkungsverbote § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (nunmehr Nr. 5 und 6) und 5 (nunmehr Nr. 8) werden auf Sozien erstreckt, ebenso wie der neue Tat-

bestand des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 auch für Sozien gilt. Dadurch wird der Notar auch in den Angelegenheiten der mit ihm verbundenen Personen von einer Urkundstätigkeit ausgeschlossen.

c) Sozietätsbegriff

Der Sozietätsbegriff ist weit auszulegen, wie die Einbeziehung auch der gemeinsamen Nutzung von Geschäftsräumen zeigt¹¹. Eine Verbindung zu gemeinsamer Berufsausübung ist insbesondere in folgenden Formen möglich:

- aa) örtliche und überörtliche Sozietäten im Sinne einer BGB-Gesellschaft
- bb) Partnerschaftsgesellschaften
- cc) Rechtsanwalts-GmbH¹²
- dd) Abschluß eines Anstellungsvertrages mit einem Rechtsanwalt

d) Bürogemeinschaft

Eine Bürogemeinschaft besteht dann, wenn auf der Basis verabredeter gemeinsamer Raumnutzung die gemeinsame Nutzung von Einrichtungsgegenständen und/oder Arbeitskräften erfolgt. Dabei ist es ohne Bedeutung, wie intensiv die gemeinsame Nutzung von Einrichtungsgegenständen und/oder Arbeitskräften ist, wenn nur mehr als Raumnutzung vereinbart ist¹³. Wird dagegen lediglich ein Untermietvertrag über Büroräume geschlossen, wird daraus noch keine Bürogemeinschaft¹⁴. Dagegen besteht eine Bürogemeinschaft auch dann, wenn z.B. eine gemeinsame Telefonanlage installiert und benutzt oder eine Computeranlage von einem gemeinsamen Zentralrechner (server) gesteuert wird oder gemeinsame Angestellte beschäftigt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, wo der Zentralrechner steht und ob die Angestellten nach einem festen Zeitplan oder nach Bedarf bei dem einen oder dem anderen Mitglied der Bürogemeinschaft beschäftigt sind.

e) Zeitliche Geltung

Ursprünglich war das Mitwirkungsverbot der Nr. 4 zeitlich unbegrenzt vorgesehen auch nach Beendigung der gemeinsamen Berufsausübung oder der Nutzung gemeinsamer Geschäftsräume, was nach einem Kompromißvorschlag einer zeitlichen Befristung auf 5 Jahre als unverhältnismäßig angesehen wurde. Die Begrenzung des Mitwirkungsverbots auf die Fälle aktueller gemeinsamer Berufsausübung trägt dem Umstand Rechnung, daß gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen nach Beendigung der beruflichen Zusammenarbeit typischerweise keine besondere Bedeutung mehr zukommt.

f) Reichweite

Wie weit das Mitwirkungsverbot der Nr. 4 wirkt, zeigt sich am besten darin, daß der Sozium dem Notar (Nr. 1) und seinen nahen Angehörigen (Nr. 2 und 3) gleichgestellt wird. Immer dann, wenn der Notar nicht mitwirken dürfte, weil es sich um eine eigene Angelegenheit oder die seines Ehegatten, seiner Kinder, Geschwister, Neffen, Nichten, Onkel, Tante etc. (vgl. Nr. 2 und Nr. 3) handelt, darf er dies auch dann nicht, wenn an dieser Stelle sein Sozium steht. Es gelten also insoweit die zu Nr. 1, 2 und 3 entwickelten Grundsätze.

⁶ Siehe oben Ziffer I.

⁷ BGHZ 134, 230 = NJW 1997, 946 = DNotZ 1997, 466 mit Anm. Reimann = ZEV 1997, 113 mit Anm. Kummer = MittBayNot 1997, 248 mit Anm. Winkler; a.A. OLG Oldenburg DNotZ 1990, 431.

⁸ Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 11.5.1985; Bengel/Reimann/Stockebrand, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998, 11. Kap. Rdnr. 3, 43; Keidel/Winkler a.a.O. § 27 BeurkG Rdnr. 10; ähnlich Mecke/Lerch, 2. Aufl. 1991, § 27 BeurkG Rdnr. 2.

⁹ Seybold/Schippel, 6. Aufl. 1995, § 16 BNotO Rdnr. 33; Brambring FGPrax 1998, 201; Huhn/von Schuckmann, 3. Aufl. 1995, § 3 BeurkG Rdnr. 24.

¹⁰ Vaasen/Starke DNotZ 1998, 661, 669.

¹¹ Vaasen/Starke DNotZ 1998, 669; Mihm DNotZ 1999, 8, 14.

¹² Dazu vgl. BayObLG ZIP 1994, 1868.

¹³ Vgl. dazu Zuck, Vertragsgestaltung bei Anwaltskooperationen, Köln 1995, S. 80; Mihm DNotZ 1999, 8, 14.

¹⁴ Anders könnte es sein, wenn dem Obermieter ein Betretungsrecht an den vermieteten Räumen eingeräumt ist.

Nr. 4 enthält dagegen kein Verbot der Beurkundung unter Beteiligung nicht volljuristischer Angestellter des Notars und ebenso – seltsamerweise – kein Verbot, Beurkundungen unter Beteiligung der Ehegatten der Personen i.S.v. Nr. 4 vorzunehmen. In diesen Fällen sollte der Notar aber zur Vermeidung des Anscheins mangelnder Unparteilichkeit in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 2 die Beteiligten auf diese Umstände hinweisen und hierüber einen Vermerk in die Urkunde aufnehmen.

g) Beispiele

Im folgenden soll an einigen Beispielen, die beliebig vermehrt werden können, die einschneidende Bedeutung der neuen Regelung aufgezeigt werden¹⁵:

aa) Der Notar ist nicht nur verhindert bei der Beurkundung von Willenserklärungen, die sein Sozium abgibt, wenn dieser also formell beteiligt ist (§ 6 Abs. 2), sondern auch, wenn dieser Adressat der Erklärungen ist, wenn er also materiell beteiligt ist.

Ein Schuldanerkenntnis, eine Grundschrift, ein Angebot oder eine Vollmacht darf der Notar nicht nur dann nicht beurkunden, wenn sein Sozium der Besteller, Anbietende oder Vollmachtgeber ist, sondern auch dann nicht, wenn der Sozium Gläubiger, Angebotsempfänger oder Bevollmächtigter ist¹⁶. Die Löschungsbewilligung durch den Gläubiger ist auch eine Angelegenheit des Eigentümers, so daß der Notar die Löschung der Bank nicht beglaubigen darf, wenn belasteter Grundstückseigentümer sein Sozium ist¹⁷. Eine Verfügung von Todes wegen darf der Notar nicht beurkunden, wenn sein Sozium darin mit einem Vermächtnis bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt ist¹⁸. Die Erbschaftsausschlagung betrifft auch den, der dadurch Erbe wird¹⁹.

bb) Bei Beurkundung von Rechtsgeschäften einer *juristischen Person* erwirbt diese selbst Rechte und Pflichten, nicht aber ihre Mitglieder. Es schadet daher nicht, wenn der Sozium Mitglied des Vereins oder Aktionär der AG ist, die den zu beurkundenden Vertrag abschließt²⁰. Ist dagegen der Sozium wirtschaftlich Inhaber des Unternehmens, was nicht nur bei der Einmann-GmbH oder -AG der Fall ist, sondern auch dann, wenn die Beteiligung des Soziums so groß ist, daß er wirtschaftlich berechtigt und verpflichtet wird²¹, darf der Notar nicht beurkunden²². Für den Notar selbst gilt bei einer eigenen Mitgliedschaft entsprechendes (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1); liegt die Mitgliedschaft des Notars unterhalb der wirtschaftlichen Inhaberschaft, bringt die neue Nr. 9 ein Mitwirkungsverbot bereits bei einer Beteiligung mit mehr als 5% Stimmrechten oder mehr als 5.000,- DM Kapital²³, das aber nicht für den Sozium gilt.

cc) Die Beurkundung von *Versammlungsbeschlüssen* ist Angelegenheit der Gesellschaft, ihrer Organe und der Versammlungsteilnehmer. Hierbei ist zwischen den einzelnen Gesellschaftstypen zu unterscheiden.

(1) Ist der Sozium Gesellschafter einer *nicht rechtsfähigen Gesellschaft* (OHG, KG, BGB-Gesellschaft), so ist der Notar in jedem Fall an der – normalerweise nicht erforderlichen – Beurkundung eines Beschlusses gehindert, weil der Sozium hier durch den Beschluß unmittelbar mitberechtigt oder mitverpflichtet wird²⁴.

(2) Um eine Angelegenheit des Notars bzw. seines Soziums handelt es sich auch immer dann, wenn dieser *wirtschaftlich* Inhaber des Unternehmens ist, was, wie ausgeführt, nicht nur bei der Einmann-AG oder -GmbH der Fall ist, sondern auch, wenn er eine *Mehrheitsbeteiligung* besitzt. Zu diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob der Aktienbesitz in der Hauptversammlung vertreten ist oder nicht, da die sachliche Beteiligung am Gegenstand der Beschlußfassung von vornherein zu stark ist, als daß solche Gefährdung der Unabhängigkeit des Notars durch die bloße Nichtbeteiligung an der Hauptversammlung kompensiert werden könnte²⁵.

(3) Stets beteiligt bei der Beurkundung von Versammlungen sind auch die Mitglieder der *Organe* der Gesellschaft (Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat). Für den Aufsichtsrat als grundsätzlich nicht vertretungsberechtigtes²⁶ Kontrollorgan ist dies streitig²⁷; bei der vorliegenden Frage der Beurkundung von Beschlüssen kommt es hierauf aber – anders als bei sonstigen Rechtsgeschäften (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6) – nicht an. Denn die Beschlüsse der Versammlung sind für die Organe der Gesellschaft unmittelbar bestimmend und die Gesellschaft ist selbst beteiligt²⁸. Der Notar ist daher ausgeschlossen, wenn er oder seine Angehörigen i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 oder sein Sozium (Nr. 4) dem Vorstand, der Geschäftsführung oder dem Aufsichtsrat angehören, also nicht nur dann, wenn die Beschlüsse unmittelbar die Rechtsstellung als Vorstands-, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsmitglied betreffen²⁹. Der Notar ist aus demselben Grund ausgeschlossen, wenn zu Unternehmensverträgen mit Gesellschaften zugestimmt werden soll, deren Vorstand, Geschäftsführung oder Aufsichtsrat der Sozium angehört³⁰.

(4) Nicht einhellig geklärt ist, inwieweit zu den Organen in diesem Sinn die Hauptversammlung der AG, die Gesellschafterversammlung der GmbH, die General- bzw. Vertreterversammlung der Genossenschaft zählen.

α) Im *Aktienrecht* ist es unbestritten, daß die *Hauptversammlung* Organ der AG ist und nicht die Gesamtheit der Aktionäre³¹. Das bedeutet, daß der Notar nicht schon deshalb eine Hauptversammlung einer AG nicht beurkunden darf,

¹⁵ Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 14–39; *Seybold/Schippel* § 16 BNotO Rdnr. 7–30.

¹⁶ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 14; *Mecke/Lerch* a.a.O., § 3 BeurkG Rdnr. 7.

¹⁷ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 16; *Seybold/Schippel* § 16 BNotO Rdnr. 19.

¹⁸ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 17; *Seybold/Schippel* § 16 BNotO Rdnr. 19.

¹⁹ Weitere Beispiele bei *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 14 ff.

²⁰ Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 20.

²¹ Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 21; *Mecke/Lerch* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 11.

²² Vgl. *Höfer/Huhn*, Allgemeines Urkundenrecht, S. 243; *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 20.

²³ Vgl. unter Ziffer 5.

²⁴ *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 25; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 30; *Mecke/Lerch* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 12.

²⁵ Vgl. *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 21; *Mecke/Lerch* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 11; vgl. auch *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22.

²⁶ Ausnahmen: §§ 112, 246 Abs. 2 AktG.

²⁷ Für Beteiligung *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 30; gegen Beteiligung *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 31.

²⁸ *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22.

²⁹ Vgl. *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26; *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22, der von „handelnden“ Organen spricht.

³⁰ *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26.

³¹ *Hüffer*, 3. Aufl. 1997, § 118 AktG Rdnr. 2.

weil sein Sozius Aktionär der Gesellschaft ist. Nimmt der Sozius, der Aktionär ist, an der Hauptversammlung nicht teil, so ist der Notar an der Beurkundung also nicht gehindert³². Dies gilt auch dann, wenn der Beschluß die Gesamtheit der Mitglieder allgemein berührt (z.B. Gewinnverteilung, Kapitalerhöhung, -herabsetzung, sonstige Satzungsänderungen)³³. Wollte man anders entscheiden, würde das dazu führen, daß der Notar nicht nur dann ausgeschlossen ist, wenn er selbst Aktionär ist (Nr. 1), sondern auch dann, wenn sein Sozius (Nr. 4) oder seine nahen Angehörigen (Nr. 2, 3) eine Aktie besitzen – ein angesichts der großen Publikumsgesellschaften (Volksaktie!) untragbares Ergebnis.

Berühren dagegen die gefaßten Beschlüsse den Sozius stärker als die Gesamtheit der Mitglieder, so ist der Notar an der Beurkundung verhindert, und zwar auch dann, wenn sein Sozius an der Versammlung nicht teilnimmt. Dies ist etwa der Fall bei Beschlüssen über die Gewährung oder Entziehung von Sonderrechten, die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Sozius, die Wahl in ein Gesellschaftsorgan³⁴.

Das Mitwirkungsverbot greift ein, wenn der Sozius an der Abstimmung *teilnimmt*³⁵, oder wenn er etwa einen Widerspruch oder ein Minderheitsverlangen unterstützt, die in das Protokoll aufgenommen werden³⁶.

Ist der Notar selbst Gesellschafter, so darf er nach Nr. 9 nur beurkunden, wenn seine Beteiligung nicht mehr als 5% der Stimmrechte oder 5.000,- DM Haftkapital beträgt; diese Einschränkung gilt für den Sozius nicht³⁷.

ß) Für die *GmbH* ist h.M. jedoch, daß Beschlußorgan die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind³⁸ und nicht die Versammlung der erschienenen Gesellschafter³⁹ – wie im Aktienrecht. Dies führt dazu, daß der Notar die Gesellschafterversammlung der GmbH nicht beurkunden kann, wenn sein Sozius an der GmbH beteiligt ist, auch wenn er an der Versammlung nicht teilnimmt⁴⁰. Dieser Unterschied zur AG ist dadurch gerechtfertigt, daß es bei der grundsätzlich kapitalistisch orientierten AG nicht auf die einzelnen Aktionäre ankommt, während die GmbH entgegen ihrem gesetzlichen Normalstatut in der Praxis weitgehend personalistisch strukturiert ist, so daß bei ihr teilweise die Regeln über die Personengesellschaften anwendbar sind⁴¹ und eine weitgehende

Treuepflicht besteht⁴². Wie auch die verschiedenen Regeln der Übertragung der Aktie einerseits und des Geschäftsanteils (§ 15 Abs. 3 GmbHG: notarielle Beurkundung) andererseits zeigen, ist die Beteiligung an der GmbH weit mehr personenbezogen und auf Dauer angelegt als bei der AG.

Dies bedeutet aber auch, daß hier differenziert werden muß. Es gibt große GmbHs mit so vielen Mitgliedern, daß die Beteiligung nicht personenbezogen, sondern rein kapitalistisch und daher wie bei der AG zu behandeln ist. Umgekehrt gibt es, gerade seit Einführung der kleinen AG zum 10.8.1994⁴³, auch personalistisch strukturierte AG mit wenigen Mitgliedern, deren Hauptversammlung der Notar nicht beurkunden darf, auch wenn der Sozius nicht daran teilnimmt.

γ) Ähnlich ist auch bei der *Genossenschaft* zu entscheiden. Im Regelfall ist davon auszugehen, daß die *Generalversammlung* (§ 43 GenG), also die erschienenen Genossen, Organ ist und nicht die Gesamtheit der Genossen. Der Notar kann daher die Beschlüsse der Generalversammlung einer Genossenschaft (§ 43 GenG) beurkunden, auch wenn sein Sozius Mitglied der Genossenschaft ist; die Haftung als Genosse macht den Beschluß nicht zur eigenen Angelegenheit⁴⁴. Bei einer kleinen ländlichen Genossenschaft dürften jedoch entsprechend den vorherigen Ausführungen die Genossen in ihrer Gesamtheit als Beschlußorgan anzusehen sein, so daß der Notar auch dann nicht beurkunden darf, wenn sein Sozius an der Versammlung nicht teilnimmt. In jedem Fall ist dies für die *Vertreterversammlung* (§ 43 a GenG) so zu sehen, da die Vertreter regelmäßig aufgrund ihrer Person und auf längere Dauer gewählt sind und für die anderen Genossen abstimmen. Die Übergänge sind hier fließend. Um jeden Anschein der Parteilichkeit auszuschließen, sollte der Notar im Zweifel nicht beurkunden.

2. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 und 6

Der bisherige § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 regelte den Fall, daß der Notar gesetzlicher Vertreter einer an der Beurkundung beteiligten Person ist oder deren vertretungsberechtigtem Organ angehört. Der besseren Übersichtlichkeit wegen wurden diese beiden Fälle vom Notar zu vermeidender Interessenkollisionen in die beiden Bestimmungen Nr. 5 und Nr. 6 aufgeteilt. Um auch hier jegliche Gefährdung des Vertrauens auf die Unparteilichkeit des Notars auszuschließen, hat der Gesetzgeber diese Bestimmungen auf die mit dem Notar verbundenen Sozien ausgedehnt. Der ursprüngliche Vorschlag einer Erstreckung auf Aufsichtsorgane hat sich nicht durchgesetzt, hier verbleibt es bei der bisher schon geltenden Hinweispflicht des beurkundenden Notars (§ 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1).

Unberührt bleibt die Möglichkeit der Aufsichtsbehörde, im Rahmen der Nebentätigkeitsgenehmigung (§ 8 Abs. 3 BNotO) im Weg der Auflage Beschränkungen der Beurkundungstätigkeit oder sogar ein völliges Verbot derselben mit Bezug auf die Nebentätigkeit zu verhängen⁴⁵.

³² Vgl. *Godin/Wilhemi* § 130 AktG Anm. 6; *Höfer/Huhn* a.a.O. S. 199; *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26; *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22 läßt den Notar sogar mitstimmen; a.A. *Baumbach/Hueck* § 130 AktG Rdnr. 2, der die Aktionärsenschaft ausreichen läßt.

³³ Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26; *Mecke/Lerch* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 11; *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22; a.A. *Rohs*, Die Geschäftsführung der Notare, 10. Aufl. 1993, S. 149, der den Notar hier verhindert ansieht.

³⁴ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 27; *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22.

³⁵ A.A. *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22, der sogar den Notar selbst mitstimmen läßt.

³⁶ So auch *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 22.

³⁷ Unter Ziffer 5.

³⁸ *Fischer/Lutter/Hommelhoff* § 45 GmbHG Rdnr. 2, 6; *Roth/Altmeppen* § 45 GmbHG Rdnr. 2; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rdnr. 3.

³⁹ So aber *Baumbach/Hueck/Zöllner* § 45 GmbHG Rdnr. 3; § 48 GmbHG Rdnr. 2.

⁴⁰ So allgemein – nicht nur für Versammlungsbeschlüsse *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 25; a.A. *Jansen* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 25.

⁴¹ *Fischer*, GmbH-Rdsch. 1953, 131; *Winkler*, Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften, 1967.

⁴² *Roth/Altmeppen* § 13 GmbHG Rdnr. 47 ff; § 14 GmbHG Rdnr. 22.

⁴³ Gesetz für kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts v. 2.8.1994, BGBl. I S. 1961.

⁴⁴ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 26; *Zimmermann/Keidel* Rechtspfleger 1957, 9.

3. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7

Für die Praxis am wichtigsten ist das in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 neu aufgenommene Mitwirkungsverbot aufgrund vorangegangener oder andauernder *außernotarieller Tätigkeit* des Notars oder eines Sozius. Die einschneidende Wirkung faßt *Eylmann*⁴⁶, der seinerzeitige Vorsitzende des Rechtsausschusses, plastisch zusammen:

„War oder ist der Anwalt selbst oder sein Sozius oder Partner als Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer oder in sonstiger Weise, die auch privates Handeln einschließt, in einer Angelegenheit tätig, ist diese für ihn als Notar tabu.“

Das Mitwirkungsverbot greift nur dann nicht ein, wenn die Vorbefassung im Auftrage aller Personen ausgeübt wird oder wurde, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen.

a) Außernotarielle Tätigkeit

Der Begriff „außerhalb seiner Amtstätigkeit“ umfaßt alle Angelegenheiten, mit denen der Notar selbst außerhalb seiner notariellen Tätigkeit in irgendeiner Weise bereits befaßt gewesen oder noch befaßt ist.

Die Vorschrift regelt weitgehend die Fälle, die vom früheren § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 (Bevollmächtigung des Notars in derselben Angelegenheit)⁴⁷ nur unzureichend erfaßt wurden, weil diese Vorschrift dadurch formal umgangen werden konnte, daß das vorangehende anwaltliche Mandat niedergelegt wurde oder dieses nur beschränkt auf die beruflich verbundenen Personen erteilt wurde unter Aussparung des Anwaltsnotars.

So ist etwa nunmehr der Anwaltsnotar durch Nr. 7 gehindert, einen Vergleich, eine Unterhalts- oder Scheidungsvereinbarung usw. zu beurkunden, wenn er als Prozeßbevollmächtigter einer Partei tätig war oder noch ist⁴⁸. Ein Anwaltsnotar ist an der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags gehindert, wenn er als Anwalt vom Verkäufer mit der Vermittlung des Geschäfts beauftragt worden ist⁴⁹. Ist ein Anwaltsnotar beauftragt, mit dem Schuldner des Auftraggebers über die Rückzahlung eines Darlehens zu verhandeln, und bestellt daraufhin der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung eine vollstreckbare Urkunde, so darf der Notar nicht tätig werden⁵⁰. Der Anwaltsnotar darf in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt einen Schuldner nicht auffordern, sich zwecks Vermeidung eines Prozesses bei ihm als Notar in einer vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen⁵¹. Das Verbot der Mitwirkung als Notar greift auch dann ein, wenn ein Anwaltsnotar die Scheidungsfolgenvereinbarungen im Ehescheidungsverfahren beurkunden will, in dem sein in Bürogemeinschaft tätiger Kollege eine der beiden Vertragsparteien anwaltlich vertreten hat⁵².

aa) Anwaltsnotariat

Während dem Anwaltsnotar bislang schon der Nebenberuf des Steuerberaters mit der Begründung gestattet worden war,

bei der Steuerberatung handle es sich um Rechtsberatung, die auch vom Anwalt ausgeübt werden dürfe⁵³, wird ihm nunmehr erlaubt, auch als Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigter Buchprüfer beruflich tätig zu sein (§ 8 Abs. 2 BNotO)⁵⁴. War oder ist der Notar oder ein Sozius in diesen Berufen oder in sonstiger Weise in einer Angelegenheit tätig, darf er in dieser als Notar nicht mitwirken⁵⁵.

bb) Hauptberufliches Notariat

Nur der Anwaltsnotar ist daher befugt, neben dem Notarberuf einseitig parteivertretend anderweitig beruflich tätig zu sein. Im übrigen aber hält § 8 BNotO n.F. an dem schon in § 3 Abs. 1 BNotO zum Ausdruck gebrachten Grundsatz fest, daß der Notar keinen weiteren Beruf ausüben darf. Für den zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellten Notar ist eine außeramtliche Tätigkeit grundsätzlich verboten, so daß für ihn § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 von vornherein nicht einschlägig ist. Nr. 7 erwähnt dies zwar nicht ausdrücklich; Zweck des Gesetzes ist aber gerade, die Unparteilichkeit zu sichern, wenn der Notar oder mit ihm verbundene Personen, sei es als Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer oder in sonstiger Weise parteivertretend tätig sind oder waren.

Die Entstehungsgeschichte der neuen Vorschrift läßt erkennen, daß die Vorschrift nur den Notar erfassen soll, der (bzw. dessen Sozien) noch weitere Berufe, besonders den des Anwalts oder des Steuerberaters ausübt⁵⁶. Beim hauptberuflichen Notar ist diese Voraussetzung nicht gegeben, da Fälle der Parteilichkeit oder auch nur des Anscheins derselben aufgrund einer anderweitigen beruflichen Befassung mit einer Angelegenheit von vornherein ausgeschlossen sind; er darf keinen weiteren Beruf ausüben (§ 8 Abs. 2 BNotO)⁵⁷.

Ein Mitwirkungsverbot nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 könnte für den Nur-Notar praktisch nur in dem Ausnahmefall einer Nebentätigkeit bestehen: zu denken ist an eine genehmigungsfreie nach § 8 Abs. 4 BNotO, wenn er nämlich für einen Urkundsbeteiligten in derselben Angelegenheit z.B. als Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, Vormund, Betreuer o.ä. tätig ist oder war. Diese Tätigkeiten fallen aber bereits unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 5⁵⁸. Auch die neu in § 8 Abs. 4 BNotO eingefügte genehmigungsfreie Tätigkeit des Schiedsrichteramtes ist gerade wegen ihrer unabhängigen Ausgestaltung mit dem Notaramt vereinbar und fällt unter Nr. 1, wird somit von Nr. 7 nicht erfaßt.

Wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit gemäß § 8 Abs. 4 BNotO scheidet aus, da sie nicht „für“ einen Dritten ausgeübt wird⁵⁹.

Es bleibt der Bereich einer genehmigungspflichtigen Tätigkeit: Die Tätigkeit in einem Vertretungs- oder Aufsichtsorgan ist durch die Spezialtatbestände des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6⁶⁰ und § 3 Abs. 2 und 3⁶¹ abgedeckt. Ist somit jegliche

⁴⁵ Vgl. BGH DNotZ 1969, 312, 316.

⁴⁶ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931; vgl. auch *Brambring* FGPrax 1998, 201.

⁴⁷ Zur nunmehrigen Neuregelung in § 3 Nr. 8 BeurkG siehe unten Ziffer 4.

⁴⁸ Vgl. *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 40.

⁴⁹ BGH NJW 1985, 2027 = DNotZ 1985, 231 = JR 1985, 152 mit Anm. *Winkler*; der BGH sah zu Recht auch Abs. 1 Nr. 1 als verletzt an, weil der Anwalt auch noch am Erlös beteiligt sein sollte.

⁵⁰ *Seybold/Schippel* a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 46.

⁵¹ *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 41.

⁵² Bundesnotarkammer DNotZ 1981, 344.

⁵³ BGHZ 64, 214 = NJW 1975, 1414; BVerfG NJW 1989, 2611 = DNotZ 1989, 627.

⁵⁴ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2930.

⁵⁵ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931.

⁵⁶ Vgl. die amtliche Begründung BT-Drucks. 13/4184, S. 36.

⁵⁷ Ausführlich dazu *Heller/Vollrath*, MittBayNot 1998, 322 = Notar 1998, Heft 4, S. 13.

⁵⁸ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 19, 51, 52.

⁵⁹ *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 670.

⁶⁰ Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 53.

⁶¹ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 67 ff.

Nebentätigkeit des hauptberuflichen Notars i.S.v. § 8 BNotO schon nach bisherigem Recht von den unterschiedlichsten Mitwirkungsverboten des § 3 erfaßt, so kann der Gesetzgeber bei Schaffung der Nr. 7 diese bereits geregelten Fälle gar nicht im Auge gehabt haben.

Hinzu kommt der praktische Aspekt: Kann der Anwaltsnotar noch für den Laien verständlich nach einer Vorbefassung fragen („War ich für Sie bereits als Anwalt tätig?“), so müßte der hauptberufliche Notar etwa wie folgt fragen: „War ich für Sie bereits außerhalb meiner notariellen Amtstätigkeit im Rahmen einer Nebenbeschäftigung tätig?“, um dies sofort aus eigener Kenntnis zu verneinen⁶².

Nr. 7 ist daher aufgrund teleologischer Reduktion auf den hauptberuflichen Notar nicht anzuwenden: Nicht nur nach dem Willen des Gesetzgebers, der auf die genannten beruflichen außernotariellen Tätigkeiten abstellt, sondern auch nach dem ganzen Erscheinungsbild des Nur-Notars gilt Nr. 7 nicht für den hauptberuflichen Notar⁶³. Dies hat auch das Bayerische Staatsministerium der Justiz der Landesnotarkammer Bayern mit Schreiben vom 28.10.1998 mitgeteilt, nämlich, daß aus seiner Sicht „die in § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG normierte Fragepflicht im Bereich des hauptamtlichen Notariats gegenstandslos“ sei.

cc) Nach § 24 BNotO gehört zum Amt des Notars auch die *sonstige Betreuung* der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Durch die Formulierung „außerhalb seiner Amtstätigkeit“ in Nr. 7 ist klargestellt, daß eine vorangegangene vorsorgende Rechtsbetreuung durch den Notar nicht zum Verbot einer nachfolgenden Beurkundung führt⁶⁴. Es ist ihm selbstverständlich erlaubt, notwendige Sachverhaltsklärungen und Gespräche im Vorfeld einer Beurkundung als Notar vorzunehmen⁶⁵.

Nr. 7 greift daher auch dann nicht ein, wenn die Vorbefassung im Rahmen der Amtstätigkeit des Notars oder seines Notarsoziums erfolgte, da in diesem Fall, wie *Vaasen/Starke* betonen, eine Verletzung der notariellen Unparteilichkeit per definitionem ausscheidet⁶⁶. Ein Notar, der einen Grundstückskaufvertrag beurkundet, ist selbstverständlich nach wie vor nicht gehindert, später die Bestellung der Grundpfandrechte zu beurkunden. Zu beachten ist allerdings, daß beim Anwaltsnotar regelmäßig die Vermutung des § 24 Abs. 2 Satz 2 BNotO eingreift, so daß eine betreuende Tätigkeit durch ihn regelmäßig zur „Vorbefassung“ und damit zum Beurkundungsverbot führt.

b) Einbeziehung der verbundenen Personen

Die Erstreckung des Mitwirkungsverbots auf alle mit dem Notar i.S. der Nr. 4 verbundenen Personen schließt Mandatsverlagerungen oder -beschränkungen innerhalb der Sozietät aus. War oder ist nicht der Notar selbst, sondern einer seiner Sozies oder Partner als Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer oder in sonstiger – auch privater – Weise tätig, ist der Notar von der

Beurkundung ausgeschlossen. Dies erscheint dem Gesetzgeber notwendig, um das notwendige Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der notariellen Amtstätigkeit angesichts der sich fortentwickelnden Organisationsformen beruflicher Zusammenarbeit sicherzustellen⁶⁷.

Scheidet ein Sozietätsmitglied nach einer abgeschlossenen Tätigkeit aus der Sozietät aus, so wird diese vom Mitwirkungsverbot frei, weil eine frühere Berufsverbindung nicht erfaßt wird⁶⁸. Für die neue aufnehmende Sozietät greift jedoch das Mitwirkungsverbot der Nr. 7 ein, da es auch abgeschlossene Sachverhalte erfaßt⁶⁹, so daß die frühere Vorbefassung eines Sozies weiteres Tätigwerden der neuen Sozietät verhindert. Es kommt nicht darauf an, daß eine Tätigkeit in der gleichen Sozietät ausgeübt worden ist, sondern auf die Person des Sozies⁷⁰.

c) Tätigkeit

Das Wort *Tätigkeit* ist im Gegensatz zur bloßen Bevollmächtigung zu sehen. Sowohl § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 (früher Nr. 5) als auch Nr. 7 betreffen „dieselbe Angelegenheit“, unterscheiden sich aber dadurch, daß Nr. 8 im wesentlichen nur dann eingreift, wenn der Notar zwar bevollmächtigt, aber noch nicht tätig geworden ist⁷¹. Sobald der Notar oder eine mit ihm beruflich verbundene Person – über die bloße Bevollmächtigung hinaus – jedoch in irgendeiner Weise tätig wird, ist Nr. 7 einschlägig. Es genügt dabei bereits die Entfaltung jeder Tätigkeit im internen Bereich der Kanzlei und ist nicht erforderlich, daß sie nach außen dringt. § 3 will nicht nur den äußeren Schein der Parteilichkeit vermeiden, sondern die Unparteilichkeit überhaupt gewährleisten.

d) Begriff „derselben Angelegenheit“

Der Begriff „in derselben Angelegenheit“ ist bereits im § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 a.F. enthalten und wie im bisherigen Recht auszulegen; entscheidend ist der einheitliche Lebenssachverhalte⁷² und der Gesamtzusammenhang, so daß das Mitwirkungsverbot relativ weit, jedenfalls „nicht zu eng“ auszulegen ist⁷³.

Je umfassender der Bereich ist, auf den sich die außernotarielle Tätigkeit bezieht oder bezogen hat, um so weiter greift auch das notarielle Mitwirkungsverbot. Ist, wie in der Praxis üblich, einem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer die dauernde steuer- oder wirtschaftsberatende Tätigkeit übertragen, so darf sein Sozies als Notar keine Beurkundung vornehmen, durch die steuerliche Interessen der Beteiligten in irgendeiner Weise betroffen sind⁷⁴. Der Notar ist also an der Beurkundung gehindert, wenn sie mit den vom Mandanten verfolgten wirtschaftlichen oder steuerlichen Zielen zu tun hat, an deren Festlegung der Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer beratend beteiligt war⁷⁵. Der Notar darf also eine Fusion oder einen

⁶² Lischka NotBZ 1998, 208; dazu auch unter g) aa).

⁶³ Ausführlich dazu Heller/Vollrath, MittBayNot 1998, 322 = Notar 1998, Heft 4, S. 13; Hermanns MittRhNotK 1998, 359.

⁶⁴ BT-Drucksache 13/4184, S. 36; Eylmann NJW 1998, 2929, 2932; Mihm DNotZ 1999, 8, 16.

⁶⁵ Dies führt allerdings zu einer Bindung an die Kostenordnung, die oft unerwünscht und vielfach auch dem Aufwand nicht angemessen ist.

⁶⁶ Vaasen/Starke DNotZ 1998, 661, 670.

⁶⁷ BT-Drucksache 13/4184, S. 37; Eylmann NJW 1998, 2929, 2931.

⁶⁸ Oben Ziffer 1 e.

⁶⁹ Siehe unten e.

⁷⁰ Mihm DNotZ 1999, 8, 18.

⁷¹ Dazu unten Ziffer 4.

⁷² Vgl. Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 56 ff.

⁷³ Vgl. Huhn/von Schuckmann a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 14, 33; Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 13; Soergel § 3 BeurkG Rdnr. 4; Vaasen/Starke DNotZ 1998 661, 671.

⁷⁴ Eylmann NJW 1998, 2929, 2931.

⁷⁵ Vaasen/Starke DNotZ 1998, 661, 671

Ehevertrag nicht beurkunden, wenn sein Sozios einen Fusionspartner als Wirtschaftsprüfer⁷⁶ oder einen Ehepartner als Steuerberater beraten hat. Ebenso darf der Notar Versammlungsbeschlüsse, etwa einer GmbH oder die Hauptversammlung einer AG, nicht beurkunden, wenn die Gesellschaft von einem seiner Sozien als Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater betreut wird. Wie *Vaasen/Starke* hervorheben, zieht ein dauerndes Beratungsverhältnis häufig ein Beurkundungsverbot des Notarsozios gemäß Nr. 7 in Angelegenheiten des betreffenden Mandanten nach sich⁷⁷.

e) Einbeziehung abgeschlossener Sachverhalte

Mit der Einbeziehung in der Vergangenheit abgeschlossener Sachverhalte, die auch der neuen Regelung im anwaltlichen Berufsrecht (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO) entspricht, werden Umgehungen durch willkürliche Mandatsniederlegungen verhindert und Abgrenzungen zwischen noch laufenden oder schon beendeten Mandaten entbehrlich⁷⁸. Das Mitwirkungsverbot der Nr. 7 greift unabhängig davon ein, ob die anderweitige Vorbefassung des Notars oder seines Sozios noch andauert oder bereits abgeschlossen ist. Auch vergangene Angelegenheiten werden erfaßt. Entgegen der früheren Regelung im § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BeurkG a.F., die auf eine gegenwärtige Bevollmächtigung abstellte und durch eine Niederlegung des Anwaltsmandats leicht umgangen werden konnte, schließt also jetzt auch eine in der Vergangenheit liegende Tätigkeit eine spätere notarielle Befassung in derselben Angelegenheit aus⁷⁹; hatte z.B. ein Miterbe den Anwaltsnotar mit seiner Vertretung in der Auseinandersetzung beauftragt, so durfte der Anwaltsnotar nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BeurkG a. F. den Auseinandersetzungsvertrag beurkunden, wenn der Miterbe die Mandatserteilung zurücknahm, was auch durch schlüssige Handlung geschehen konnte⁸⁰. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ist dies nunmehr untersagt.

f) Auftrag aller Personen

Eine Ausnahme läßt Nr. 7 für den Fall zu, daß die außernotarielle Tätigkeit im Auftrag aller Personen ausgeübt wurde oder wird, die auch an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Als Beispiel mag die steuerliche Beratung eines Unternehmens dienen, die zur Gründung einer Ein-Mann-GmbH führt; hier darf der Notar den GmbH-Vertrag beurkunden, auch wenn er selbst oder sein Sozios die steuerliche Beratung vorgenommen hat⁸¹.

aa) Soweit es sich aber um mehrere Beteiligte handelt, erscheint der Zweck des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, bei Fällen vorangegangener parteilicher Interessenwahrnehmung eine Mitwirkung an der Beurkundung zu verhindern, genauso gegeben. Die Meinung des Gesetzgebers, es bestehe keine Konfliktsituation i.S.v. Nr. 7, wenn der Notar oder sein Sozios in derselben Angelegenheit für alle späteren Urkundsbeteiligten bereits als Anwalt in widerstreitendem Interesse tätig war oder ist⁸², ist schon im Ansatz falsch und lebensfremd. Der Gesetzgeber hat hier etwa die vorherige anwaltliche Beratung mehrerer im gleichgerichteten Interesse im Auge mit anschließender Beurkundung, z.B. bei Gesellschaftsverträgen

oder Überlassungen im Weg vorweggenommener Erbfolge. Es ist aber zu bezweifeln, ob es sich bei Beteiligung mehrerer Personen um gleichgerichtete Interessen handeln kann, die eine Ausnahme rechtfertigen. Im Gegenteil wird dadurch, worauf *Vossius* hinweist, die Kanzlei belohnt, die am umtriebigsten alle Mandate mehrerer Beteiligter an sich zieht und sich dabei an die Grenze des Parteiverrats begibt⁸³.

Ein Rechtsanwalt, der in einer ihm anvertrauten Rechtssache einer Partei durch Rat oder Beistand gedient hat oder dient, verwirklicht den äußeren Tatbestand des § 356 StGB, wenn er in derselben Rechtssache der anderen Partei pflichtwidrig, d.h. im entgegengesetzten Interesse dient. Durch Einverständnis, das in der Sache zwischen den Parteien besteht, kann die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen aufgehoben sein. Ist dies nicht der Fall, gilt das Verbot des § 356 StGB unabhängig vom Willen der Parteien, denn die Vorschrift schützt nicht in erster Linie die Treuepflicht des Rechtsanwalts (oder sonstigen Rechtsbeistands) gegenüber dem Auftraggeber, sondern das öffentliche Vertrauen in die Integrität der Rechtspflege⁸⁴.

bb) Bei der Prüfung der Ausnahmeregelung ist auf den Zeitpunkt der Übertragung des anwaltlichen Mandates oder des Auftrages an den Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater etc. abzustellen, nicht aber auf den Zeitpunkt der Erteilung des Beurkundungsauftrages. Es reicht nicht aus, wenn nach Abschluß der Beratung durch den Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer nunmehr alle Beteiligten übereinstimmend den mit dem Wirtschaftsprüfer in Sozietät verbundenen Anwaltsnotar mit der Beurkundung beauftragen wollen. Es ist vielmehr erforderlich, daß alle Beteiligten schon vor der Aufnahme der als Vorbefassung zu qualifizierenden Tätigkeit sich darüber im Klaren sind, daß im Anschluß an diese Vorbefassung eine notarielle Beurkundung erfolgen muß und daß diese Beurkundung durch den Sozios des beauftragten Steuerberaters etc. erfolgen soll.

cc) Die Vorbefassung muß im Auftrag *aller Personen* erfolgt sein, die an der Beurkundung *beteiligt* sein sollen. Der Begriff der Beteiligung ist in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 i.S. der „Angelegenheit“ wie in den vorigen Fällen des § 3 und anders als in § 6, materiell und nicht formell zu verstehen. D.h. eine Person ist in diesem Sinn beteiligt, wenn ihre Rechte oder Pflichten durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden⁸⁵. Dies folgt daraus, daß der Begriff der Angelegenheit in § 3 einen materiellrechtlichen Inhalt hat. Nach der ratio legis ist der Notar gleichsam als „befangen“ anzusehen, wenn er oder sein Sozios außerhalb des Notaramts für jemanden einseitig tätig war, dessen sich aus derselben Angelegenheit ergebenden Rechte und Pflichten unmittelbar durch die spätere Beurkundung berührt werden⁸⁶. Das kann auch dann der Fall sein, wenn eine formelle Beteiligung an der Beurkundung nicht vorliegt. Ist der Anwaltsnotar als Anwalt mit der Regelung von Verbindlichkeiten betraut, darf er für seinen Mandanten, obwohl er nur in seinem Auftrag handelt, ein Schuldanerkenntnis oder ein Grundpfandrecht nicht beurkunden, weil materiellrechtlich auch der Gläubiger an diesem Beurkundungsvorgang beteiligt ist⁸⁷. Ebenso ist es etwa bei Erteilung

⁷⁶ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2932.

⁷⁷ *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 671; *Mihm* DNotZ 1999, 8, 19.

⁷⁸ BT-Drucksache 13/4184, S. 36; *Mihm* DNotZ 1999, 8, 17.

⁷⁹ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931.

⁸⁰ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 56; *Rohs* a.a.O., S. 153.

⁸¹ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931.

⁸² BT-Drucksache 13/11034, S. 58.

⁸³ Notar 1998, Heft 3, S. 17, 20.

⁸⁴ Vgl. BGHSt 15, 332, 336 = NJW 1961, 929; BayObLG NJW 1981, 832 zum Interessengegensatz hinsichtlich des Versorgungsausgleichs.

⁸⁵ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 12; *Mihm* DNotZ 1999, 8, 20.

⁸⁶ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931.

⁸⁷ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2931; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 16.

einer Vollmacht oder Abgabe eines Angebots: formell am Urkundsvorgang beteiligt sind zwar nur der Vollmachtgeber und der Anbietende, materiellrechtlich handelt es sich aber auch um eine Angelegenheit des Bevollmächtigten bzw. des Angebotsempfängers⁸⁸.

Wenn im Einzelfall tatsächlich alle im materiellen Sinn am Urkundsgeschäft Beteiligten zugleich Auftraggeber für die Vortätigkeit des Notars oder seines Soziums gewesen sein sollten, greift Nr. 7 nicht ein. In diesen – seltenen – Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, daß bereits die Vortätigkeit im gleichgerichteten Interesse aller Beteiligten und damit unparteiisch ausgeübt worden ist⁸⁹ – bei mehreren Beteiligten sicher lebensfremd und unzutreffend.

g) Fragepflicht

Die hohe Bedeutung, die der Gesetzgeber der Vorschrift der Nr. 7 zumißt, wird auch daran deutlich, daß er in § 3 Abs. 1 Satz 2 zugleich die Verpflichtung festgelegt hat, vor jeder Beurkundung nach einer Vorbefassung i.S. der Nr. 7 zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken. Hierdurch soll dem in einer beruflichen Verbindung tätigen Anwaltsnotar die Bedeutung dieses Mitwirkungsverbots in besonderer Weise bewußt gemacht und eine effektive Überwachung seiner Einhaltung durch die Aufsichtsbehörde gewährleistet werden⁹⁰.

aa) Auf den *hauptberuflichen* Notar findet auch die Fragepflicht keine Anwendung – bei ihm ist ein Fall der Nr. 7 dennotwendig ausgeschlossen⁹¹. Hinzu kommt der praktische Aspekt:

Der hauptberufliche Notar müßte etwa wie folgt fragen: „War ich für Sie bereits außerhalb meiner notariellen Amtstätigkeit im Rahmen einer Nebenbeschäftigung tätig?“, um dies sofort aus eigener Kenntnis zu verneinen⁹².

Ein ähnlicher Gesichtspunkt ist auch für den *Anwaltsnotar* denkbar, der nicht in einer Berufsverbundung i.S.d. § 9 BNotO tätig ist. Seine eigene Vorbefassung kennt er selbst am besten, ohne die Beteiligten hiernach fragen zu müssen. Wenn er die Beteiligten nach seiner eigenen Vorbefassung fragt, bedeutet dies im Klartext nichts anderes als „Ich bin so vergeßlich, daß ich Sie bitte, mir zu sagen, ob ich für Sie schon tätig war“, um dies sofort zu verneinen. Auch aus der Vorgeschichte dieser Vorschrift kann dies geschlossen werden. *Heller/Vollrath* verneinen daher in diesem Fall eine Fragepflicht⁹³. Selbstverständlich gilt das Mitwirkungsverbot der Vorbefassung nach Nr. 7 für alle Notare und damit auch für den nicht in einer Berufsverbundung nach § 9 BNotO tätigen Anwaltsnotar.

bb) Dabei darf sich der Notar, wie auch sonst, nicht einfach darauf verlassen, daß die Beteiligten den Inhalt der Frage ohne weiteres verstehen, sondern muß sie mit eigenen Worten verdeutlichen. Dies ist etwa der Fall, wenn die Frage lediglich nach einer „Vorbefassung i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7“ gestellt wird. Die Verneinung der Frage entlastet den Notar nicht in jedem Fall, denn den vor ihm erschienenen Beteiligten können Tätigkeiten für nicht erschienene materiell Beteiligte verborgen geblieben sein⁹⁴.

cc) Da § 3 für die gesamte Urkundstätigkeit des Notars gilt, gleichgültig, ob Willenserklärungen einschließlich Verfügungen von Todes wegen oder andere Erklärungen, Tatsachen oder Vorgänge (§ 36) zu beurkunden sind⁹⁵, ist die Frage nach der Vorbefassung sowohl bei Niederschriften als auch bei Beglaubigungen zu stellen.

dd) Bei *Unterschriftsbeglaubigungen* ohne Fertigung eines Entwurfs ist die Urkunde gemäß § 40 Abs. 2 nur darauf zu prüfen, ob Gründe bestehen, die Amtstätigkeit zu verweigern, insbesondere also auch, ob ein Mitwirkungsverbot des § 3 besteht⁹⁶. Dies ist bei einer Vorbefassung, wie ausgeführt, der Fall.

Hierzu wird in der Praxis erörtert, ob Beglaubigungen nicht von der Frage- und Vermerkpflcht ausgenommen werden können; der Schutz der Unparteilichkeit erstarrt hier zu einer bloßen Förmlichkeit. Schließlich bedeutet die Beglaubigung der Unterschrift nur die Feststellung der Identität einer Person oder die Abschriftsbeglaubigung nur die Feststellung der Übereinstimmung zweier Schriftstücke, ohne daß für die Urkundsperson irgendeine Einfluß- oder Gestaltungsmöglichkeit besteht. In solchen Fällen ist ein parteisches oder einseitiges Handeln ausgeschlossen. Hier ist aber auf § 16 BNotO zu verweisen; selbst wenn man Beglaubigungen dem Beurkundungsbegriff des § 3 entziehen wollte, würde der Anwendungsbereich des § 3 über § 16 BNotO erneut eröffnet. Ebenso wenig wäre es mit dem Gesetz vereinbar, Beglaubigungen von § 3 auszunehmen; selbst für Registerbescheinigungen nach § 21 BNotO, bei denen dem Notar ebenfalls kein Spielraum für einseitiges oder parteisches Handeln zusteht, verweist § 16 BNotO auf § 3. Angesichts des eindeutigen Wortlauts und der Stellung des § 3 in den allgemeinen Vorschriften, die auch für Vermerkkurkunden Geltung beanspruchen, ist ein solches – aus Praktikabilitätsgründen vielleicht wünschenswertes – Ergebnis nicht möglich⁹⁷. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß die Mitwirkungsverbote nicht disponibel sind.

ee) Ist die Erklärung, unter der die Unterschrift zu beglaubigen ist, in einer *fremden Sprache* abgefaßt, so besteht analog § 30 Satz 4 allgemein⁹⁸ eine Prüfungspflicht nicht, wenn der Notar die Fremdsprache nicht beherrscht⁹⁹. Wollte man anders entscheiden, und eine Beglaubigung nur zulassen, wenn der Notar die Fremdsprache oder die Schriftzeichen beherrscht¹⁰⁰, käme dies bei vielen Erklärungen einer Rechtsverweigerung gleich, was bei der heutigen internationalen Verflechtung nicht zu vertreten wäre. Besteht in diesen Ausnahmefällen aber keine Prüfungspflicht nach § 3, so kann auch keine Frage- und Vermerkpflcht gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 in Frage kommen, die lediglich die Pflichtwahrung gemäß § 3 sicherstellen wollen. Es ist auch vom Zweck der Vorschrift nicht erkennbar, wie in einem solchen Fall einer für den Notar unverständlichen Privaturkunde die Unparteilichkeit des Notars gefährdet sein kann. Es wäre unverhältnismäßig, wegen der Frage- und Vermerkpflcht einen Dolmetscher beiziehen zu müssen, während dies für die Beglaubigung selbst nicht erforderlich ist. Anders ist es selbstverständlich, wenn die zu beglaubigende fremdsprachige Privaturkunde für den Notar erkennbar von einem Sozium entworfen ist.

⁸⁸ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 14.

⁸⁹ *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 670.

⁹⁰ BT-Drucksache 13/4184, S. 37.

⁹¹ Vgl. Schreiben des Bay. Justizministeriums v. 28.10.98, zitiert oben a) bb).

⁹² Vgl. *Lischka* NotBZ 1998, 208.

⁹³ *MittBayNot* 1998, 322, 325 letzter Satz.

⁹⁴ *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2932; siehe oben f.

⁹⁵ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 3.

⁹⁶ *Keidel/Winkler* a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 44.

⁹⁷ Vgl. *Brambring* FGPrax 1998, 201; *Mihm* DNotZ 1999, 8, 11, zweifelnd 19, 21.

⁹⁸ Dazu *Keidel/Winkler* a.a.O. § 40 BeurkG Rdnr. 43.

⁹⁹ *Höfer* JurA 1970, 750; *Höfer/Huhn* a.a.O., S.210; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 40 BeurkG Rdnr. 43.

¹⁰⁰ So *Huhn/v. Schuckmann* a.a.O. § 40 BeurkG Rdnr. 39, 40.

h) Vermerkpflcht

aa) Die Formulierung der vom Notar in die Urkunde aufzunehmenden Frage könnte etwa lauten:

„Der Notar fragte die Erschienenen, ob er oder eine der mit ihm beruflich verbundenen Personen in einer Angelegenheit, die Gegenstand dieser Beurkundung ist, außerhalb des Notar-amts tätig war oder ist¹⁰¹“.

bb) Die vom Notar in die Urkunde aufzunehmende Antwort könnte etwa lauten: „Eine Vorbefassung wurde von den Beteiligten verneint¹⁰²“.

Auch eine Kurzfassung von Frage und Antwort ist möglich, etwa:

„Die Frage des Notars nach einer Vorbefassung i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG wurde von den Beteiligten verneint.“

In einem solchen Fall wird es aber, wie ausgeführt, notwendig sein, dem nicht geschäftserfahrenen Beteiligten den Sinn der Frage mit eigenen Worten zu verdeutlichen.

cc) Liegt eine Vorbefassung vor, so ist zu unterscheiden: Betrifft die Vorbefassung nur einen von mehreren (materiell)¹⁰³ Beteiligten, ist der Notar an der Beurkundung verhindert. Wurde die Vorbefassung im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung (materiell) beteiligt sein sollen, darf der Notar die Beurkundung vornehmen. Es reicht in diesem Fall jedoch nicht aus, in der Urkunde lediglich anzugeben, daß ein Fall von Nr. 7 letzter Satzteil vorliege¹⁰⁴. Aus Gründen der Nachprüfbarkeit durch die Aufsichtsbehörde ist es erforderlich, die Vorbefassung konkret anzugeben; dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 letzter Satzteil, wo von „dieser Tätigkeit“ die Rede ist. Die Formulierung einer solchen Antwort könnte lauten:

„Hierzu erklären alle Beteiligten, daß sie auftragsgemäß von Herrn Steuerberater ... beraten wurden.“

dd) Da der Notar vor der Beurkundung fragen soll, ist der Vermerk anschließend an den Urkundeneingang vor dem sachlichen Inhalt der Niederschrift, also den Erklärungen der Beteiligten, aufzunehmen¹⁰⁵. Bei Beglaubigungen ist der Vermerk im Beglaubigungsvermerk gemäß § 40 Abs. 3 anzubringen¹⁰⁶; es dürfte bei Unterschriftsbeglaubigungen aber auch ausreichend sein, den entsprechenden Vermerk zu dem zu verwahrenden Vermerkblatt zu nehmen.

ee) Da das Mitwirkungsverbot von Nr. 7 für den hauptberuflichen Notar der Sache nach ausgeschlossen ist, trifft ihn auch keine Vermerkpflcht¹⁰⁷.

i) Verstöße

Zu prüfen ist, welche Folgen Verstöße gegen die Frage- und die Vermerkpflcht nach sich ziehen. Die Formulierung, daß der Notar zu fragen und zu vermerken „hat“, zeigt die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Frage der Vorbefassung bei-

mißt. Hieraus könnte man schließen, daß die Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt. Die Formulierung entspricht nicht der sonst einheitlichen Terminologie des BeurkG, das zwischen den zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzungen („muß“ bzw. „ist unwirksam“) und den Ordnungsvorschriften („soll“) unterscheidet, so daß kein Zweifel darüber entstehen kann, ob von der Beachtung einer Vorschrift die Wirksamkeit der Beurkundung abhängt. Dabei werden selbstverständlich auch durch Soll-Vorschriften unbedingte Amtspflichten des Notars begründet, von denen dieser nicht nach seinem Ermessen abweichen darf¹⁰⁸.

Alle Alternativen der Mitwirkungsverbote des § 3 sind als Soll-Vorschriften ausgestaltet, die also vom Notar unbedingt zu beachten sind, von deren Einhaltung die Wirksamkeit der Beurkundung aber nicht abhängt¹⁰⁹. Die Ausschließungsgründe, die zur Unwirksamkeit führen, sind in §§ 6, 7 abschließend aufgezählt, also äußerlich von den Mitwirkungsverboten getrennt. Ist aber die Beachtung des Mitwirkungsverbots der Vorbefassung selbst nur als Soll-Vorschrift ausgestaltet, kann nicht die seiner Durchsetzung dienende Frage- und Dokumentationspflicht schärfer sanktioniert sein, d.h. ihre Verletzung zur Unwirksamkeit führen. Dem Gesetzgeber ist wohl das Wörtchen „soll“ als zu schwach erschienen, durch die Formulierung „hat zu fragen und zu vermerken“ wollte er die Pflichten des Notars insoweit verstärken, aber sicher nicht mit der Folge der Unwirksamkeit im Fall ihrer Nichtbeachtung.

Eine solche Folge wäre auch mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar. Das BeurkG hat den Kreis der Muß-Vorschriften bewußt sehr eng gezogen und frühere Muß-Vorschriften weitgehend durch Soll-Vorschriften ersetzt. Soweit Muß-Vorschriften beibehalten sind, greifen sie häufig erst ein, wenn sich ihre Verletzung aus der Urkunde selbst ergibt, wie dies etwa bei den Ausschließungsgründen des § 6 weitgehend schon aufgrund der Namen offensichtlich ist¹¹⁰. Für die Mitwirkungsverbote des § 3 ist dies nicht der Fall.

j) Zustimmung aller Beteiligten

Wie bei den sonstigen Mitwirkungsverboten des § 3 läßt auch eine Zustimmung aller Beteiligter das Mitwirkungsverbot nicht entfallen; dies läßt sich schon im Weg des Umkehrschlusses aus § 3 Abs. 2 entnehmen. Der sich aus der Vorbefassung ergebende Anschein einer Beeinträchtigung der Unparteilichkeit reicht aus¹¹¹.

4. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 entspricht der bisherigen Nr. 5. Das Mitwirkungsverbot in Angelegenheiten einer Person, die den Notar in derselben Angelegenheit bevollmächtigt hat, bleibt inhaltlich unverändert. Es gilt nunmehr auch für die gemäß Nr. 4 mit dem Notar verbundenen Personen; dies ist zwar nur für die zweite Alternative ausgedrückt, gilt aber nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch für die Bevollmächtigung; es handelt sich hier um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift wird allerdings durch die neu eingefügten Mitwirkungsverbote, die als speziellere

¹⁰¹ Eylmann NJW 1998, 2929, 2932.

¹⁰² Wagner DNotI-Rep. 1998, 184.

¹⁰³ S. oben e.

¹⁰⁴ So aber Wagner DNotI-Rep. 1998, 184.

¹⁰⁵ Brambring FGPrax 1998, 202, vgl. die ähnliche Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 2; dazu Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 84.

¹⁰⁶ Brambring FGPrax 1998, 202; Mihm DNotZ 1999, 8, 21; vgl. oben a) bb).

¹⁰⁷ Brambring FGPrax 1998, 202.

¹⁰⁸ Keidel/Winkler a.a.O. Einl. Rdnr. 13.

¹⁰⁹ Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 7.

¹¹⁰ Keidel/Winkler a.a.O. Einl. Rdnr. 11; § 3 BeurkG Rdnr. 9.

¹¹¹ BT-Drucksache 13/4184, S. 36; Eylmann NJW 1998, 2929, 2931; Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 110.

Regelungen vorgehen, weitgehend eingeschränkt. Nr. 8 erfaßt im wesentlichen nur noch den Fall, in dem das Mitwirkungsverbot der Nr. 7 deshalb ausscheidet, weil der Notar in derselben Angelegenheit zwar bevollmächtigt, aber noch nicht tätig geworden ist¹¹². In dem mehr theoretischen Fall, daß der Notar von allen Beteiligten bevollmächtigt wurde, aber noch nicht tätig geworden ist, dürfte das Mitwirkungsverbot der Nr. 8 nicht mehr greifen; denn wenn in diesem Fall selbst das Tätigwerden nach Nr. 7 nicht schadet, kann die bloße Bevollmächtigung erst recht die Beurkundung nicht hindern¹¹³.

5. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9

Neu eingeführt wird das Mitwirkungsverbot in Angelegenheiten einer Gesellschaft, an der der Notar mit mehr als 5% der Stimmrechte oder mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 5.000,- DM beteiligt ist. Damit ist die Beurkundung in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten bei einer Beteiligung an der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossen. Bereits dem Anschein, der Notar selbst habe ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Angelegenheit, soll entgegengewirkt werden.

Die Vorschrift gilt nur für die Beteiligung des Notars selbst, nicht aber die seiner Ehefrau (Nr. 2) oder sonstiger Angehöriger (Nr. 3) oder des Sozius (Nr. 4). Für sie kann ein Mitwirkungsverbot aber unmittelbar aufgrund Nr. 2, 3 oder 4 bestehen, wenn es sich nach allgemeinen Grundsätzen auch um ihre Angelegenheit handelt¹¹⁴.

Hinsichtlich der einzelnen Gesellschaften ist zu unterscheiden:

a) Personengesellschaften, wie BGB-Gesellschaft, OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft unterliegen dem Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, der überflüssigerweise der eigenen Angelegenheit die Mitberechtigung oder Mitverpflichtung gleichstellt. Ist der Notar Mitglied einer der genannten Gesellschaften, so ist er von der Beurkundung von Rechtsgeschäften für diese generell ausgeschlossen, ohne daß es auf die Höhe seiner Stimmrechte oder seiner Beteiligung ankommt¹¹⁵.

Nr. 9 kann also Bedeutung nur für andere Gesellschaften beanspruchen. Der Umkehrschluß, daß Nr. 9 die speziellere Regelung gegenüber Nr. 1, 2, 3, 4 darstellt, somit das Mitwirkungsverbot auch bei Personengesellschaften erst über den Grenzen der Nr. 9 eingreift, ist unzulässig, da der Gesetzgeber hieran nichts ändern wollte. In der Begründung ist ausdrücklich die Rede davon, daß Beteiligungen an Personengesellschaften bereits unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen¹¹⁶.

b) Bei allen anderen Gesellschaften ist der Notar an der Beurkundung verhindert, wenn er mit mehr als 5% der Stimmrechte beteiligt ist. Dies gilt z.B. für AG, KGaA, GmbH, Genossenschaft. Entscheidend ist dabei der Einfluß des Notars, also seine Stimmkraft, so daß auch Mehrstimmrechte zu berücksichtigen sind, nicht aber stimmrechtslose Anteile. Auf die tatsächliche Ausübung des Stimmrechts kommt es nicht an, auch nicht darauf, ob im konkreten Fall das Stimmrecht ausgeschlossen ist, etwa wegen § 47 Abs. 4 GmbHG oder § 136 AktG.

c) Hat der Notar an Gesellschaften, die nicht als Personengesellschaften ohnehin unter das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen, nicht mehr als 5% der Stimmrechte, so kommt es darauf an, ob er „mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 5000,- DM beteiligt ist.“ Die Vorschrift löst Unsicherheit aus, weil die Formulierung „anteiliger Betrag des Haftkapitals“ unklar ist¹¹⁷. Dieser Begriff wird außer bei Kommanditeinlagen (vgl. §§ 171 ff. HGB) nur noch bei der Genossenschaft (vgl. §§ 6, 119 GenG) gebraucht.

Um die Vorschrift nicht ins Leere laufen zu lassen, muß Nr. 9 neben der Genossenschaft auch AG, KGaA und GmbH erfassen, zumal der Gesetzgeber selbst erkannt hat, daß Personengesellschaften bereits unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen¹¹⁸. Der Begriff „anteilig“ kann sich aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf das Innenverhältnis beziehen, sondern nur auf den nach außen ersichtlichen Nominalwert der Beteiligung. Wie in der Begründung ausgeführt, berücksichtigt der vorgeschlagene Grenzwert von 5.000,- DM, „daß der Marktwert regelmäßig ein Vielfaches des Nominalwertes der Beteiligung ausmacht“¹¹⁹. Der Notar darf also dann nicht beurkunden, wenn der Nominalwert seiner Aktien oder Geschäftsanteile an GmbH oder Genossenschaft über 5.000,- DM beträgt.

d) Zur Vermeidung von Umgehungen ist die Bestimmung weit auszulegen. Werden Beteiligungen auf mehrere Gesellschaften verteilt oder verlagert, etwa durch Schachtelbeteiligungen, Beherrschungsverträge, die Gründung verbundener Unternehmen, von Tochtergesellschaften etc.¹²⁰, so sind mehrere Beteiligungen und Stimmrechte des Notars nicht formal, sondern wirtschaftlich als eine Einheit zu betrachten.

6. § 3 Abs. 2

§ 3 Abs. 2, der in bestimmten Fällen eine Hinweispflicht, aber kein Mitwirkungsverbot begründet, bleibt unverändert. Sein Anwendungsbereich wird allerdings durch die neuen Mitwirkungsverbote, die als speziellere Regelung vorgehen, erheblich eingeschränkt. Soweit § 3 Abs. 2 2. Alt die frühere Tätigkeit des Notars als Bevollmächtigter in derselben Angelegenheit betrifft, dürfte er keine Bedeutung mehr haben, da insoweit stets Nr. 7 einschlägig ist. § 3 Abs. 2 2. Alt, erfaßt im wesentlichen nur noch den Fall, in dem das Mitwirkungsverbot der Nr. 7 deshalb ausscheidet, weil die anderweitige Tätigkeit des Notars im Auftrag *aller* Personen ausgeübt wurde, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Dies führt dann zur Hinweispflicht und zum Ablehnungsrecht nach § 3 Abs. 2.

7. § 3 Abs. 3

Nach § 3 Abs. 3 besteht eine Hinweispflicht des Notars, wenn es sich um eine Angelegenheit bestimmter Personen handelt, deren Organen der Notar angehört.

a) Die unveränderte Nr. 1 dieser Vorschrift betrifft die Mitgliedschaft in *nicht zur Vertretung* berechtigten Organen, wie Aufsichtsrat, Beirat, Verwaltungsrat juristischer Personen des privaten und öffentlichen Rechts, Gemeinderat, Kirchenvorstand, Parlament (Bundestag, Landtag).

Bei Beurkundung von *Versammlungsbeschlüssen* gilt dies für die Organe der Gesellschaft nicht, weil Beschlüsse bereits nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 Angelegenheit der Gesellschaft

¹¹²Vaasen/Stärke DNotZ 1998, 661, 672; Mihm DNotZ 1999, 8, 22.

¹¹³Anders Vaasen/Stärke DNotZ 1998, 661, 672.

¹¹⁴Siehe oben Ziffer 1 (zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4).

¹¹⁵Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 40.

¹¹⁶BT-Drucksache 13/11034, S. 59.

¹¹⁷Vgl. Vossius, a.a.O., S. 20.

¹¹⁸BT-Drucksache 13/10589, S. 39.

¹¹⁹BT-Drucksache 13/10589, S. 39.

¹²⁰Vgl. Roth/Altmeyen § 30 GmbHG Rdnr. 31 ff.

und damit ihrer Organe sind¹²¹. Soweit der Aufsichtsrat nicht als solches Organ angesehen wird, ist der Notar, der Mitglied des Aufsichtsrats ist, nicht generell von der Beurkundung ausgeschlossen, sondern muß nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 die Beteiligten über ihr Ablehnungsrecht belehren¹²².

Bei sonstigen *Rechtsgeschäften* gilt für vertretungsberechtigte Organe § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und für nichtvertretungsbefugte Organe Abs. 3 Nr. 1. Wegen des Begriffs des Organs wird auf die Ausführungen oben Ziffer 1. f) cc) verwiesen: Der Notar muß danach die Beteiligten über ihr Ablehnungsrecht belehren, wenn er Aufsichtsratsmitglied, Gesellschafter der GmbH¹²³ oder Mitglied der Vertreterversammlung (§ 43 a GenG) der am Rechtsgeschäft beteiligten AG, GmbH oder Genossenschaft ist.

b) Nr. 2 und 3 betrafen bisher die Mitgliedschaft in *vertretungsberechtigten* Organen einer Gemeinde, eines Kreises (Nr. 2) oder einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft (Nr. 3). Dadurch soll erreicht werden, daß der Notar, der einer Gemeinde-, Kreis- oder Kirchenvertretung angehört, nicht schlechter gestellt wird als andere Notare, die sich für die kommunale und kirchliche Arbeit nicht zur Verfügung stellen¹²⁴.

Nr. 2 und Nr. 3 n.F. ändern an der geltenden Rechtslage nichts, sondern dienen nur der Klarstellung, indem sie nicht mehr auf die Vertretungsbefugnis des betreffenden Organs abstellen. Eine Hinweispflicht, kein Mitwirkungsverbot, besteht im Fall der Zugehörigkeit zu einem nicht zur Vertretung berechtigten Organ der Gemeinde und der weiteren genannten Personen¹²⁵. Das gleiche gilt für die Mitgliedschaft in einem zur Vertretung berechtigten Organ von Gemeinde, Kreis oder Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft, wie der Ausschluß von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 in § 3 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich klarstellt¹²⁶. Die Mitgliedschaft in vertretungsberechtigten Organen anderer Personen führt dagegen zu einem Mitwirkungsverbot nach Nr. 6.

8. Verstöße

Wie ausgeführt, sind sämtliche Mitwirkungsverbote in § 3 als Soll-Vorschriften gestaltet, so daß ihre Verletzung nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt. Aber auch Soll-Vorschriften begründen unbedingte Amtspflichten des Notars¹²⁷. Die Neufassung der BNotO hat die Sanktionen bei einem Verstoß gegen Mitwirkungsverbote verschärft; verstößt der Notar wiederholt grob gegen Mitwirkungsverbote, hat dies zwingend die Amtsenthebung zur Folge.

Nach § 28 BNotO hat der Notar die Einhaltung der Mitwirkungsverbote „durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen.“ Gemäß § 93 Abs. 4 Satz 2 BNotO sind mit dem Notar verbundene Personen verpflichtet, „den Aufsichtsbehörden

Auskünfte zu erteilen und Akten vorzulegen, soweit dies für die Prüfung der Einhaltung der Mitwirkungsverbote erforderlich ist.“ Damit ist die Führung von Mandanten- und Mandatsregistern zwingend, ferner besteht eine Pflicht zur Vorlage anwaltlicher Handakten und derjenigen der Nur-Steuerberater, Nur-Wirtschaftsprüfer etc.¹²⁸. Schließlich zeigt auch die in § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 BNotO aufgenommene Sanktion des Amtsverlustes bei wiederholten groben Verstößen gegen die Mitwirkungsverbote, welche Bedeutung diesen vom Gesetzgeber beigemessen wird. Sie sind, um mit *Eylmann* zu sprechen, „im Anwaltsnotariat der Preis für die Möglichkeit, Nebenberufe ausüben zu dürfen“¹²⁹.

III. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens (§ 17 Abs. 2a)

1. Allgemeines

Die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars sind im Grundsatz in § 17 Abs. 1 und 2 geregelt. Die durch § 17 normierten Pflichten bestehen grundsätzlich nur gegenüber den formell i.S.v. § 6 Abs. 2 an der Beurkundung Beteiligten¹³⁰. Besondere Gestaltungen können daher dazu führen, daß gerade die Personen, die einer Belehrung bedürfen, insbesondere „unerfahrene und ungewandte Beteiligte“ (§ 17 Abs. 1 Satz 2), von ihr ausgeschlossen sind. Anlaß für den neu eingefügten Abs. 2a waren systematische Beurkundungen mit vollmachtlosen Vertretern. Dem Vertretenen wird in diesen Fällen nur ein Genehmigungsentwurf übersandt, unter den er seine Unterschrift setzen und diese notariell beglaubigen lassen soll. Eine Belehrung durch den die Unterschrift beglaubigenden Notar sieht das Gesetz nicht vor (§ 40 Abs. 2).

Durch eine solche Gestaltung des Urkundsverfahrens wird die Belehrung der materiell Beteiligten verhindert. Aber auch systematische Beurkundungen aufgrund isolierter Vollmachten, mit Mitarbeitern des Notars als Vertreter, die systematische Aufspaltung von Verträgen in Angebotsabgabe durch den Verkäufer und Annahme durch den Käufer sowie die Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden bergen ähnliche Gefahren. In allen diesen Fällen wird die Idealvorstellung des BeurkG, daß alle materiell Beteiligten bei der Beurkundung des vollständigen Rechtsgeschäfts anwesend sind, nicht erfüllt. Irrtümer und Zweifel werden am besten vermieden, wenn allen der gesamte Text vorgelesen wird. Die Beurkundung eines Kaufvertrags in der Weise, daß nur ein Vertragsteil auftritt, schaltet diese Grundsätze zum Nachteil des anderen aus. Dieser wird von jeder Möglichkeit ausgeschlossen, auf die Formulierung des Vertrags einzuwirken, auf etwaige Irrtümer in der Niederschrift hinzuweisen oder Ergänzungen zu verlangen. Eine solche Form der Beurkundung kann auch den Schein erwecken, der Notar wolle einer Partei einen Vorteil einräumen; schon der Anschein einer Parteilichkeit muß aber vermieden werden¹³¹. Auch die Notarkammern haben sich mit Nachdruck gegen eine Beurkundungspraxis gewandt, bei der ein Vertragsteil planmäßig nicht an der Beurkundung beteiligt wird¹³².

¹²⁸ Vossius a.a.O., S. 21.

¹²⁹ Eylmann NJW 1998, 2929, 2931.

¹³⁰ Keidel/Winkler a.a.O. § 17 BeurkG Rdnr. 10.

¹³¹ Keidel/Winkler a.a.O. § 17 BeurkG Rdnr. 15; Seybold/Schippel a.a.O. § 14 BNotO Rdnr. 37.

¹³² Z.B. Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern v. 31.7.1973; vgl. BayObLGZ 1983, 292 = DNotZ 1984, 250; BayObLGZ 1993, 198 = DNotZ 1994, 492; Rohs a.a.O., S. 75 ff.

¹²¹ Es wird auf die Ausführungen zu Nr. 4 Ziffer 1 f cc verwiesen.

¹²² Seybold/Schippel a.a.O. § 16 BNotO Rdnr. 58.

¹²³ A.A. Huhn/v. Schuckmann a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 25, der wegen der Beteiligung an Gewinn und Verlust hier § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ff. für einschlägig hält.

¹²⁴ Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 75.

¹²⁵ BT-Drucksache 13/11034, S.59, Keidel/Winkler a.a.O. § 3 BeurkG Rdnr. 74.

¹²⁶ Der Ausschluß des § 3 Nr. 4 a.F. in § 3 Abs. 3 Satz 2 a.F. war demgegenüber inhaltlich zwar identisch, aber nur deklaratorisch, weil § 3 Abs. 3 Nr. 2 und 3 a.F. für Gemeinden, Kreise und Kirchen eine Spezialregelung enthielt.

¹²⁷ Keidel/Winkler a.a.O. Einl. Rdnr. 13; § 3 BeurkG Rdnr. 7.

§ 17 Abs. 2a verlangt daher vom Notar, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach Abs. 1 und 2 gewährleistet ist. Da diese Pflichten aber im Grundsatz nur gegenüber den formell Beteiligten bestehen¹³³, sagt Abs. 2a nichts Neues, jedenfalls nicht das, was er nach dem Willen des Gesetzgebers bezweckt. Um seine Pflichten gegenüber den formell Beteiligten sachgerecht zu erfüllen, muß der Notar das Beurkundungsverfahren nicht besonders „gestalten“¹³⁴. Es bedarf also der Auslegung, welche Gestaltung den Zweck des Gesetzes erfüllt.

2. Gesetzliche Regelung

Das vom Gesetzgeber mit der notariellen Beurkundung verfolgte Ziel wird am besten erfüllt, wenn nicht nur die formell Beteiligten (§ 6 Abs. 2), sondern auch alle materiell Beteiligten (vgl. § 3) an der Beurkundung teilnehmen. In diesem Idealfall wird die Schutz- und Belehrungsfunktion¹³⁵ am sichersten für alle gewährleistet. Das ist wohl auch der Wunsch des Abs. 2a¹³⁶. Nicht selten ist dies jedoch so nicht durchführbar, weil ein Beteiligter nicht selbst am Urkundstermin teilnehmen kann, sei es wegen auswärtigen Wohnsitzes, Krankenhausaufenthalt, Urlaub, Arbeitsüberlastung u.ä. Es kommt auch vor, daß Beteiligte nicht miteinander zusammentreffen wollen, etwa zerstrittene Miterben oder getrenntlebende oder geschiedene Ehegatten.

Für diese Fälle sieht das materielle Recht u.a. verschiedene Möglichkeiten vor:

- a) vollmachtlose Vertretung mit anschließender Genehmigung (§ 184 BGB),
- b) Erteilung einer Vollmacht (§§ 164 ff. BGB),
- c) Aufspaltung des Vertrags in Angebot und Annahme.

Sowohl die Vollmacht als auch die Genehmigung bedürfen nicht der Form des Hauptgeschäfts (§ 167 Abs. 2, § 182 Abs. 2 BGB). Sie sind auch privatschriftlich möglich und bedürfen keiner notariellen Form, soweit eine solche nicht ausnahmsweise gilt, etwa die Beglaubigungsform bei im Grundbuch zu vollziehenden Urkunden (§ 29 GBO)¹³⁷. Erst kürzlich hat der BGH bestätigt, daß die (widerrufliche) Vollmacht zu einem Ehevertrag formfrei erteilt werden kann¹³⁸. Das materielle Recht erkennt also Gestaltungen an, bei denen nicht alle Beteiligten gemäß § 17 belehrt werden, und akzeptiert es, daß gegebenenfalls der eine oder andere Beteiligte der Schutz- und Belehrungsfunktion des § 17 verlustig geht. Es kann aber nicht Aufgabe des Verfahrensrechts sein, dies außer Kraft zu setzen.

Das materielle Recht selbst kennt nur wenige Ausnahmen, die diese Gestaltung verhindern bzw. deren Verletzung das Rechtsgeschäft nichtig macht. So können bestimmte Rechtsgeschäfte nur höchstpersönlich, also nicht durch Vertreter vorgenommen werden: der Erblasser kann ein Testament (§ 2064 BGB), einen Erbvertrag (§ 2274 BGB) und einen Erbverzicht (§ 2347 Abs. 2 BGB) nur selbst abschließen oder aufheben (§§ 2290, 2296, 2351 BGB), die Einwilligungserklärung zur Adoption kann gemäß § 1750 Abs. 3 BGB nicht durch einen

Vertreter erteilt werden; Vater und Kind können einen Gleichstellungsvertrag nur persönlich schließen (§ 10 a Abs. 2 NEhelG). Die Aufspaltung in Angebot und Annahme ist ausgeschlossen, wenn das Gesetz gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien vorschreibt, wie bei Auflassung (§ 925 BGB), Ehevertrag § 1410 BGB), Erbvertrag (§ 2276 BGB) und dessen Aufhebung (§ 2290 Abs. 4 BGB); können die Beteiligten nicht gleichzeitig beim Notar sein, müssen sie sich bei der Auflassung und beim Ehevertrag vertreten lassen; beim Erbvertrag ist, wie ausgeführt, auch diese Möglichkeit verschlossen.

3. Diskrepanz zwischen materiellem und Verfahrensrecht

Ist aber materiellrechtlich, von den wenigen geschilderten Ausnahmen abgesehen, eine Vertragsgestaltung mittels Vertretung, Vollmacht sowie Angebot und Annahme zulässig, so kann sich das Verfahrensrecht nicht einfach darüber hinwegsetzen. Das Verfahrensrecht dient dem materiellen Recht und hat die Aufgabe, es durchzusetzen, nicht aber es einzuschränken. Zu einer solchen Folge käme man aber, wenn man den neuen Abs. 2a auf die materiell Beteiligten erstrecken würde¹³⁹. Es müßten alle materiell Beteiligten bei der Beurkundung anwesend sein, weil sie sonst des Schutzes des § 17 verlustig gingen. Da, wie oben ausgeführt, auch Soll-Vorschriften unbedingte Amtspflichten des Notars begründen, dürfte dieser hiervon nicht nach seinem Ermessen abweichen, obwohl das materielle Recht nur in wenigen Ausnahmefällen persönliche Anwesenheit vorschreibt bzw. die Aufspaltung in Angebot und Annahme verbietet. Ein wahrhaft, um mit *Kanzleiter*¹⁴⁰ zu sprechen, „abstruses“ Ergebnis! Eine verfahrensrechtliche Vorschrift kann nicht die nach dem materiellen Recht eröffnete Möglichkeit, Erklärungen durch einen Bevollmächtigten oder Vertreter oder im Rahmen von Angebot und Annahme abzugeben, für beurkundungsbedürftige Geschäfte außer Kraft setzen.

4. Verhältnis Regel – Ausnahme

Brambring schlägt daher vor, die Vorschrift so zu lesen, daß der Notar diese Amtspflicht „grundsätzlich“ hat:

„Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß ein materiell Beteiligter nicht vollmachtlos vertreten wird oder durch Erteilung einer Vollmacht von einer Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen wird.“¹⁴¹

Im juristischen Bereich bedeutet das Wort „Grundsatz“ oder „grundsätzlich“, daß eine Regelung nicht stets gilt, sondern Ausnahmen zuläßt. Die vorgeschlagene Formulierung besagt somit, daß die soeben als materiellrechtlich grundsätzlich gültig herausgearbeiteten Regeln im beurkundungsrechtlichen Bereich nur ausnahmsweise gelten. Diese Meinung führt also zwar nicht dazu, daß das Verfahrensrecht das materielle Recht aus den Angeln hebt – wie es ohne das Wörtchen „grundsätzlich“ der Fall wäre¹⁴² – aber immerhin dazu, daß das Verfahrensrecht die im materiellen Recht allgemein gültigen Regeln im beurkundungsrechtlichen Bereich zur Ausnahme abstempelt. Während im BGB die höchstpersönliche Anwesenheit

¹³³*Brambring* FGPrax 1998, 203; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 17 BeurkG Rdnr. 10.

¹³⁴*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 185.

¹³⁵*Keidel/Winkler* a.a.O. Einl. Rdnr. 19 ff., 24.

¹³⁶*Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 674.

¹³⁷Dazu *Keidel/Winkler* a.a.O. § 12 BeurkG Rdnr. 5.

¹³⁸BGH NJW 1998, 1857 = MittBayNot 1998, 350 = DNotZ 1999, 46.

¹³⁹*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 185; *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 674.

¹⁴⁰DNotI-Rep. 1998, 185.

¹⁴¹*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 185; *ders.* FGPrax 1998, 203.

¹⁴²Siehe oben Ziffer 3.

und das Verbot der Aufspaltung eines Vertrags in Angebot und Annahme die seltene Ausnahme sind, würde im beurkundungsrechtlichen Bereich die materiellrechtliche Ausnahme zur Regel und umgekehrt. Da nach dem Gesagten das Verfahrensrecht die Aufgabe hat, das materielle Recht auszuführen, nicht aber es einzuschränken, erscheint mir dies so nicht zulässig. Auch *Vaasen/Starke*¹⁴³ betonen, daß man auch nach der Neufassung des Gesetzes nicht davon ausgehen kann, daß die genannten Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens per se und in jedem Fall unzulässig sind. Es ist m.E. aber auch nicht notwendig, so weit zu gehen.

5. Der Zweck des Abs. 2a

Wie der Begründung¹⁴⁴ zu entnehmen ist, will § 17 Abs. 2a die *planmäßige, systematische, mißbräuchliche* Gestaltung durch Beteiligung vollmachtloser Vertreter verbieten. Das ist insbesondere der Fall bei sog. Kapitalanlage- und Abschreibungs-, Bauherren- und Erwerbermodellen, Bauträgerverträgen etc. Die Vorschrift erfaßt also nicht den Normalfall, wenn ein Bevollmächtigter aufgrund General- oder Spezialvollmacht für einen am Rechtsgeschäft materiell Beteiligten auftritt. Andererseits ist eine systematische mißbräuchliche Beurkundung möglich nicht nur mit vollmachtlosen Vertretern, sondern auch mit bevollmächtigten Vertretern, mittels Aufspaltung in Angebot und Annahme oder Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden (§ 13 a). Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß ein belehrungsbedürftiger Beteiligter von der nach § 17 vorgeschriebenen Belehrung ferngehalten wird. Die Schutz- und Belehrungsfunktion der notariellen Beurkundung wird in diesen Fällen für diesen Beteiligten umgangen.

Die geschilderte Gestaltung geht in solchen Fällen typischerweise vom Verkäufer, Bauträger, Treuhänder, Initiator aus, die dadurch den Kunden, Käufer, Erwerber, Treugeber, also regelmäßig den schwächeren Teil, von der ausführlichen Beratung und Belehrung durch den Notar fernhalten wollen. Meist handelt es sich um gleichlautende Verträge über Eigentumswohnungen oder Gesellschaftsanteile, die der Verkäufer, Bauträger etc. dem jeweiligen Erwerber bei Abschluß des Vertrags stellt. Dabei sind Verkäufer, Initiator und Bauträger meistens „vom Fach“ und haben mit dem Notar, der den Entwurf des Bauträger- und Treuhandvertrags gefertigt hat, über den Inhalt der Verträge regelmäßig schon ausführlich verhandelt. Die Käufer, Bauherren, Treugeber tätigen dagegen solche Geschäfte normalerweise nur selten, vielfach das erste Mal im Leben, und sind oft unerfahren und ungewandt. Typischerweise ist also davon auszugehen, daß in solchen Fällen der Käufer, Bauherr, Treugeber der *belehrungsbedürftigere* Teil ist. Demgemäß muß also die Gestaltung so sein, daß dieser als der schutzbedürftigere Vertragsteil in den Genuß der notariellen Belehrung kommt.

6. Auslegungsvorschlag

Geht man davon aus, daß die geschilderten Vertragsgestaltungen materiellrechtlich zulässig sind und daher nicht per se vom Verfahrensrecht zur Ausnahme gemacht werden können, bietet sich folgende Lesart an:

„Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß der erkennbar belehrungsbedürftigere Beteiligte von der Beurkundung nicht ausgeschlossen wird.“

¹⁴³DNotZ 1998, 661, 675.

¹⁴⁴Siehe oben Ziffer 1.

Durch eine solche Formulierung werden die geschilderten nach dem materiellen Recht zulässigen Gestaltungen durch das Beurkundungsverfahrensrecht nicht eingeschränkt. Es wird aber erreicht, daß die „Wohltat“ der in § 17 Abs. 1 aufgestellten Forderung, unerfahrene und ungewandte (formell) Beteiligte nicht zu benachteiligen, grundsätzlich demjenigen unter den materiell Beteiligten zugute kommt, der dieser „Wohltat“ am meisten bedarf. Das entspricht dem Zweck des neuen Abs. 2a, nämlich die systematische mißbräuchliche Umgehung der Schutzvorschrift des § 17 zu verhindern. Dabei ist nach dem Gesagten bei den genannten Gestaltungen typischerweise und regelmäßig der Verkäufer, Bauträger, Initiator weniger belehrungsbedürftig als der Käufer und Bauherr.

Selbstverständlich muß für den Notar *erkennbar* sein, daß durch die Gestaltung der belehrungsbedürftigere Vertragsteil von der Beurkundung ausgeschlossen werden soll. Es ist hier nicht anders als bei § 4, nach dem der Notar die Beurkundung ablehnen soll, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Bloßer Verdacht genügt nicht¹⁴⁵. Ohne besonderen Anlaß ist der Notar nicht verpflichtet, Ermittlungen über die verborgenen Zielsetzungen der Beteiligten anzustellen. Rechnet er mit unredlichen Absichten, hat er die Verhältnisse klarzustellen¹⁴⁶. Ist die Gestaltung jedoch so gelagert wie in den geschilderten Fällen, so drängt sich ein entsprechender Verdacht der systematischen mißbräuchlichen Gestaltung geradezu auf. Hier muß der Notar davon ausgehen, daß nicht der Verkäufer, Bauträger und Initiator, sondern der Käufer, Bauherr und Treugeber der belehrungsbedürftigere Vertragsteil ist. Dieser hat daher bei der Niederschrift anwesend zu sein bzw. das Angebot abzugeben.

Aber auch hier gibt es selbstverständlich Ausnahmen, etwa wenn Käufer ein Rechtsanwalt ist, der unter Hinweis auf seine Stellung eindeutig erklärt, mit den fraglichen Rechtsfolgen vertraut zu sein¹⁴⁷, oder wenn der Käufer sich im Ausland aufhält und auf ausdrücklichen Wunsch vollmachtlos vertreten wird. In einem solchen Fall darf der Notar auch ohne den belehrungsbedürftigere Vertragsteil beurkunden. Die Pflicht des Notars, diesen nicht auszuschließen, kann also nur eine *grundsätzliche* – Ausnahmen zulassende – sein. Der Notar hat jedoch in eigener Verantwortung zu prüfen, ob eine solche, eine Ausnahme von der neuen Regel des § 17 Abs. 2a rechtfertigende Situation gegeben ist. Dem ohne jede Begründung vorgetragenen Wunsch des belehrungsbedürftigen Beteiligten ein Beurkundungsverfahren zu wählen, das ihn von der Belehrung ausschließt, darf der Notar nicht nachgeben. Ist jedoch eine die Ausnahme rechtfertigende Ausnahmesituation gegeben, wird der Notar den drohenden Belehrungsdefiziten durch andere Maßnahmen entgegenwirken, z.B. durch rechtzeitige vorherige Übermittlung des Vertragsentwurfs an den vollmachtlos Vertretenen mit dem Angebot zur telefonischen Erläuterung und der Bitte um Mitteilung etwaiger Änderungswünsche¹⁴⁸.

Auf die Einzelheiten wird nachfolgend bei den jeweiligen Gestaltungsformen eingegangen.

¹⁴⁵Huhn/von Schuckmann a.a.O. § 4 BeurkG Rdnr. 28; Keidel/Winkler a.a.O. § 4 BeurkG Rdnr. 29.

¹⁴⁶Brambring FGPrax 1998, 203; Seybold/Schippel a.a.O. § 18 BNotO Rdnr. 47.

¹⁴⁷Vgl. OLG Koblenz DNotZ 1996, 128.

¹⁴⁸Vaasen/Starke DNotZ 1998, 661, 675.

7. Vollmachtlose Vertretung

Die Beurkundungspraxis unter Beteiligung vollmachtloser Vertreter war nach der Begründung des Gesetzes Anlaß für die Neuregelung des § 17 Abs. 2a¹⁴⁹. Soweit dies *planmäßig* und *systematisch* geschieht, um Beteiligte von der Belehrung auszuschließen, ist eine solche Gestaltung unzulässig. Dies ist insbesondere der Fall, wenn dieses Beurkundungsverfahren von der anderen Vertragspartei, etwa dem Bauträger, ausgeht. Ausnahmsweise kann es für dieses Verfahren einen sachlichen Grund geben, wenn nämlich etwa der Käufer selbst den Notar darum bittet, weil er sich im Ausland oder im Krankenhaus aufhält oder aus anderen persönlichen Gründen einen Termin beim Notar nicht wahrnehmen kann; ob bloße Zeitgründe eine Ausnahme rechtfertigen, erscheint zweifelhaft. Wenn der Gesetzgeber für bestimmte Rechtsgeschäfte die notarielle Beurkundung und nun auch die formelle Beteiligung des belehrungsbedürftigeren Teils vorschreibt, so muß sich der Beteiligte eben dem vorgeschriebenen Verfahren unterziehen, wenn er das Rechtsgeschäft abschließen will. Der fehlenden Belehrung soll der Notar durch andere Maßnahmen entgegenwirken, wie rechtzeitige vorherige Übersendung eines Entwurfs mit der Bitte um Mitteilung etwaiger Änderungsünsche¹⁵⁰. In Anlehnung an einen Vorschlag von *Brambring* könnte in solchen Fällen, in der Niederschrift folgender Vermerk aufgenommen werden.

„Herr ... wird auf seinen ausdrücklichen Wunsch bei der heutigen Beurkundung vollmachtlos vertreten. Er hat mit Schreiben vom ... bestätigt, vom Notar vor der heutigen Beurkundung den Vertragsentwurf erhalten zu haben mit der Aufforderung, von ihm gewünschte Änderungen mitzuteilen und eine telefonische Beratung des Notars in Anspruch zu nehmen. Herr ... hat bestätigt, daß er mit dem Inhalt des Vertrages und seiner vollmachtlosen Vertretung bei der Beurkundungsverhandlung einverstanden ist¹⁵¹.“

Hält sich der belehrungsbedürftige Käufer auswärts, aber in Deutschland auf, also im Geltungsbereich des BeurkG, so kann dem Zweck der Beurkundung noch besser entsprochen werden, wenn der Zentralnotar den Beurkundungsentwurf an den Käufer schickt, und dieser bei seinem Orts-Notar vorbehaltlich Genehmigung durch den Verkäufer protokolliert.

Keinerlei Bedenken bestehen dann, wenn ein „erfahrener und gewandter“ Beteiligter, wie z.B. im eben gebrachten Beispiel der Bauträger oder Immobilienhändler, eine Bank, die Gemeinde, das Land, der Bund, sonstige öffentliche Körperschaften oder Anstalten vollmachtlos vertreten werden. Dieser Personenkreis ist weitgehend „vom Fach“, hat vor dem Beurkundungstermin den Vertrag geprüft und ist in der Lage, seine Interessen ausreichend zu vertreten¹⁵².

Die Forderung des § 17 Abs. 2a richtet sich nur an den Notar, der das Beurkundungsverfahren gestalten kann. Hat dieser die Vorschrift nicht beachtet, besteht für den Notar, zu dem der Käufer zur Beglaubigung seiner Unterschrift kommt, weder das Recht noch die Pflicht, die Unterschriftsbeglaubigung abzulehnen¹⁵³.

¹⁴⁹BT-Drucksache 13/4184, S. 47.

¹⁵⁰*Brambring* FGPrax 1998, 203; *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661, 675.

¹⁵¹*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 186.

¹⁵²*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 185.

¹⁵³Unten Ziffer 12 b.

8. Isolierte Vollmacht

Die gleichen Überlegungen gelten nicht nur in den vorgenannten Beispielen der systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern vorbehaltlich Genehmigung, sondern gleichermaßen bei systematischer Beurkundung mit bevollmächtigten Vertretern. Auch solche Gestaltungen können bezwecken, einen wirtschaftlich oder intellektuell unterlegenen Beteiligten eines Rechtsgeschäfts der Sachverhaltsaufklärung, Beratung und Belehrung durch den Notar oder der Chance von Verhandlungen mit dem Vertragspartner zu entziehen.

a) Beurkundung einer isolierten Vollmacht

Bei der Beurkundung der Vollmacht selbst soll der Notar, soweit möglich, prüfen, ob der Vollmachtgeber von sich aus oder auf Veranlassung eines Dritten die Vollmacht erteilt und ob der Bevollmächtigte eine Vertrauensperson des Vollmachtgebers ist oder nicht¹⁵⁴. Auch hier gilt, daß der Notar dann nicht mitwirken darf, wenn der erkennbar schwächere Teil systematisch von der Beurkundung und Belehrung ferngehalten werden soll. Anders ist es, wenn ein Beteiligter aus sachlichen Gründen an der Beurkundung nicht teilnehmen kann oder will und deshalb die Vollmacht einer Vertrauensperson erteilt, etwa bei auswärtigem Wohnsitz, Urlaubsreise, oder wenn der Notar wegen Krankheit des Beteiligten in dessen Wohnung oder ins Krankenhaus gerufen wird. Gewinnt der Notar aber den Eindruck, daß die Vollmacht zur mißbräuchlichen Umgehung der Beurkundung dient, ist er berechtigt, die Beurkundung oder Beglaubigung der Vollmacht abzulehnen.

Dies gilt auch bei der bloßen Unterschriftsbeglaubigung: hier gelten zwar die allgemeinen Belehrungspflichten nicht und ist vom Notar nur zu prüfen, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen (§ 40 Abs. 2); das ist bei der systematischen mißbräuchlichen Verwendung isolierter Vollmachten zu bejahen¹⁵⁵. In jedem Fall sollte der Notar den Vollmachtgeber über die kaum kalkulierbaren Risiken der Erteilung einer Vollmacht an eine ihm nicht bekannte Person belehren¹⁵⁶.

Darüber hinaus begegnet die Beurkundung oder Beglaubigung isolierter Vollmachten auch materiell-rechtlichen Zweifeln. Wie der BGH betont hat, ist ein Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag beurkundungspflichtig¹⁵⁷; die Formbedürftigkeit des Treuhandvertrages kann aber nicht dadurch umgangen werden, daß die vom Bauherrn erteilte Vollmacht beurkundet wird¹⁵⁸. Es empfiehlt sich, unter dem Gesichtspunkt des einheitlichen Rechtsgeschäfts darüberhinaus auch die Vollmacht zu beurkunden, obwohl diese an sich nicht der Form des Hauptgeschäfts bedarf (§ 167 Abs. 2 BGB)¹⁵⁹.

b) Beurkundung mit bevollmächtigtem Vertreter

Die Erteilung von Vollmachten, die auf Veranlassung des anderen Vertragspartners (Bauträger, Initiator) erfolgt, zielt regelmäßig auf ein Beurkundungsverfahren, bei dem der belehrungsbedürftige Teil von der Beurkundung beim Notar

¹⁵⁴*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 186; *Brambring* FGPrax 1998, 203.

¹⁵⁵Vgl. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 40 BeurkG Rdnr. 44.

¹⁵⁶*Brambring* DNotI-Rep. 1998, 186.

¹⁵⁷BGH DNotZ 1985, 295; 1990, 658, 659; 1988, 547 mit Anm. *Lichtenberger* NJW 1988, 132; DB 1992, 1925.

¹⁵⁸Vgl. BGH DNotZ 1988, 511 = NJW 1988, 687 im Anschluß an BGH DNotZ 1985, 298 = NJW 1985, 730.

¹⁵⁹Vgl. dazu *Keidel/Winkler* a.a.O. § 12 BeurkG Rdnr. 5 ff; oben Ziffer 2.

bewußt ferngehalten werden soll. Der Notar soll deshalb Verträge nicht beurkunden, wenn der Bauträger, Initiator oder eine für diese handelnde Person aufgrund einer Vollmacht für den schutzbedürftigeren Teil, wie den Käufer, Bauherren etc. auftritt. Nach § 17 Abs. 2a hat der Notar die Pflicht, die Beurkundung bei einer solchen mißbräuchlichen Gestaltung des Beurkundungsverfahrens abzulehnen (vgl. § 4)¹⁶⁰.

Anders ist es, wenn durch vorausgehende Beurkundung mit dem Vollmachtgeber sichergestellt ist, daß dieser über den Inhalt der abzuschließenden Rechtsgeschäfte ausreichend belehrt werden konnte, etwa wenn in einer beurkundeten Vollmacht (nebst Geschäftsbesorgungsvertrag) die wesentlichen Teile der Rechtsgeschäfte enthalten sind, zu deren Abschluß der Bevollmächtigte befugt ist. So ist es etwa, wenn in dem in Anwesenheit des Käufers beurkundeten Kaufvertrag oder Angebot auf Abschluß eines Kaufvertrages Vollmachten des Käufers für den Verkäufer zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten aufgenommen sind; hier lautet die Vollmacht regelmäßig konkret auf Bestellung des Grundpfandrechts bis zu einem bestimmten Betrag und Nebenleistungen in bestimmter Höhe, Abgabe eines abstrakten Schuldanerkenntnisses, Rücktritt der Eigentumsvormerkung des Käufers hinter das Grundpfandrecht etc.; dabei sollte der Notar den Käufer über die Gefahr der Abstraktheit sowie die Bedeutung der Sicherungsabrede belehren. In einem solchen Fall wird dem Erwerber die Tragweite seiner Erklärung deutlich vor Augen geführt¹⁶¹. Nicht dagegen reicht es aus, wenn solche Vollmachten in einer Bezugsurkunde enthalten sind, auf die nach § 13 a verwiesen wird.

Nicht hierher gehören die Normalfälle, wenn der Vertreter erkennbar eine Vertrauensperson des Vollmachtgebers ist, den dieser ausgewählt hat, etwa ein Familienangehöriger oder Rechtsanwalt. Hierbei handelt es sich regelmäßig um notariell beurkundete Generalvollmachten oder den Umfang der Vertretungsmacht konkret beschreibende Spezialvollmachten¹⁶².

9. Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars

§ 17 Abs. 2a soll auch verhindern, daß der Notar systematisch die Beteiligten von der Beurkundung und damit auch der Belehrung ausschließt, indem er die Erteilung von Vollmachten für seine Angestellten oder die seines Sozios vorsieht¹⁶³.

Es handelt sich dabei insbesondere um folgende Fälle:

- Bestellung von Kaufpreisfinanzierungsgrundpfandrechten,
- Bestellung von Dienstbarkeiten für die Ver- und Entsorgung,
- Änderung der Teilungserklärung.

Läßt ein Notar systematisch und regelmäßig seine Angestellten aufgrund solcher Vollmachten handeln, liegt ein schwerer Mißbrauch vor¹⁶⁴. Eine solche Praxis erscheint bedenklich auch im Hinblick auf die Unparteilichkeit und die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht des Notars¹⁶⁵.

§ 17 Abs. 2a betrifft nicht Vollmachten, die Mitarbeitern des Notars lediglich zum *Vollzug* erteilt werden, z.B. um verfahren-

rensrechtliche Eintragungshindernisse zu beseitigen. Hier ist allerdings eine Bevollmächtigung des Notars selbst vorzuziehen, mittels einer Eigenurkunde die verfahrensrechtlichen Erklärungen der Beteiligten zu ergänzen und zu ändern. Zu denken ist etwa an Eintragungsanträge, Rangbestimmungen, Identitätserklärungen, Klarstellung der Grundstücksbezeichnung oder des Grundbuchstandes, Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung¹⁶⁶.

10. Aufspaltung in Angebot und Annahme

Der Gesetzgeber ist bei dem Erlaß des BeurkG davon ausgegangen, daß bei der Beurkundung eines Vertrages grundsätzlich beide Beteiligten bei der Beurkundung anwesend sind, da sie nur so uneingeschränkt in den Genuß der Schutz- und Belehrungsfunktion des § 17 kommen. Die Beurkundung z.B. eines Bauträgervertrags in der Weise, daß nur *ein* Vertragsteil auftritt und ein Angebot abgibt, erschwert zumindest die Belehrung des anderen Vertragsteils, da die Beurkundung der Annahme im Prinzip nur aus der Bejahung des Angebots besteht und der Annehmende den Vertragsinhalt nicht mehr vom Notar vorgelesen bekommt. Die Erfahrung zeigt nämlich, daß sich die Fragen der Beteiligten oft erst anknüpfend an einen ihnen durch Vorlesung bewußt werdenden Vertragstext ergeben.

Die Aufspaltung in Angebot und Annahme wird aus Kostengründen einer Bevollmächtigung oft vorgezogen. Das Verfahren hat gegenüber der Bevollmächtigung den Vorteil, daß bei der Aufspaltung in Angebot und Annahme *zwei Niederschriften* aufgenommen werden, während die Bevollmächtigung durch den anderen Vertragsteil nur mittels einer Unterschriftsbeglaubigung erfolgt¹⁶⁷. Für die Niederschriften über das Angebot und die Annahme gelten alle Vorschriften der §§ 6 ff. über die Beurkundung von Willenserklärungen, insbesondere treffen den Notar alle Belehrungs- und Beratungspflichten bei der Beurkundung nicht nur des Angebots, sondern auch der Annahme. Er hat also über deren Tragweite zu belehren, was nur möglich ist, wenn er dazu auch das Angebot beizieht. Die *Belehrungsfunktion* ist hier also für beide Vertragsteile gewährleistet¹⁶⁸.

Die Aufspaltung in Angebot und Annahme kann aus verschiedenen Gründen zweckmäßig und sachlich geboten sein. So ist z.B. in manchen Fällen der Bauträger zu einer Annahme erst in der Lage, wenn er für eine genügende Zahl von Wohnungen Angebote hat, oder er will abwarten, ob ein Mieter sein Vorkaufsrecht nach § 570 b BGB ausübt¹⁶⁹. Hauptfall der getrennten Beurkundung ist, wenn die Vertragsteile wegen verschiedener Wohnsitze nicht gleichzeitig an einem Beurkundungstermin teilnehmen können. Wird eine Eigentumswohnanlage bundesweit vertrieben, können regelmäßig weder die Käufer zum Zentralnotar¹⁷⁰ noch der Verkäufer zu allen Notarterminen seiner in verschiedenen Orten wohnenden Käufer kommen. Das gleiche gilt, wenn Beteiligte aus persönlichen (z.B. berufs-, urlaubs- oder krankheitsbedingten) Gründen keinen gemeinsamen Beurkundungstermin wahrnehmen können.

¹⁶⁰ Brambring DNotI-Rep. 1998, 186.

¹⁶¹ Vgl. Maaß ZNotP 1999, 69 ff.

¹⁶² Brambring DNotI-Rep. 1998, 186.

¹⁶³ A.A. Maaß ZNotP 1999, 69 ff.

¹⁶⁴ BayObLG DNotZ 1994, 493; Tiffert Deutscher Notartag 1973, 129, 142.

¹⁶⁵ Keidel/Winkler a.a.O. § 17 BeurkG Rdnr. 21.

¹⁶⁶ Keidel/Winkler a.a.O. § 1 BeurkG Rdnr. 6; § 3 BeurkG Rdnr. 62; § 6 BeurkG Rdnr. 15.

¹⁶⁷ S. oben Ziffer 7. und 8.

¹⁶⁸ Dazu Keidel/Winkler a.a.O. Einl. Rdnr. 24.

¹⁶⁹ Der Mieter kann selbstverständlich verlangen, daß ihm ein wirksam abgeschlossener Kaufvertrag vorgelegt wird; in der Praxis wird dies aber häufig so gehandhabt.

¹⁷⁰ Zu diesem Begriff unten Ziffer 12.

In solchen Fällen muß das Angebot vom Käufer abgegeben und vom Bauträger angenommen werden und nicht umgekehrt, da der Notar nur so seiner Pflicht, unerfahrene und ungewandte Beteiligte zu schützen, ohne weitere Maßnahmen, nachkommen kann. Zwar ist, wie ausgeführt, auch der Annahmende bei der Beurkundung der Annahme vom Notar zu belehren; die Schutz- und Belehrungsfunktion wird aber stets am besten durch das Vorlesen der Urkunde gewährleistet, die die wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts enthält. Dies ist regelmäßig nicht die Annahmeprotokolle, sondern die Angebotsurkunde, die den Kaufvertrag oder, etwa bei Bauherrenmodellen, den Gesellschaftsvertrag enthält. Beratungs- und Vorlesungspflicht korrespondieren weitgehend miteinander¹⁷¹. Dadurch ist die Belehrung und Beratung des belehrungsbedürftigeren Teils in höherem Maße sichergestellt und hat dieser leichter die Möglichkeit, durch Änderungen und Ergänzungen den Inhalt des Vertrags mitzubestimmen. Verkäufer, Initiator und Treuhänder sind meistens „vom Fach“ und haben mit dem Notar, der den Entwurf des Bauträger- oder Treuhandvertrags gefertigt hat, über den Inhalt des Vertrags regelmäßig schon ausführlich verhandelt¹⁷².

Es verstößt deshalb gegen § 17 Abs. 2a, wenn das Angebot vom Bauträger, Initiator, Treuhänder oder gewerbsmäßigen Immobilienverkäufer abgegeben wird und der belehrungsbedürftigere Erwerber die Annahme erklären soll, wenn nicht der das Angebot beurkundende Notar durch – dem Verlesen des Vertragsinhalts gleichwertige – Maßnahmen sichergestellt hat, daß der Zweck der notariellen Beurkundung für beide Vertragsteile erreicht wird.

Hat ein Notar eine mißbräuchliche Aufspaltung vorgenommen, darf der um Annahmeprotokolle ersuchte Notar nicht ablehnen, bloß weil das Angebot unter Verstoß gegen § 17 Abs. 2a beurkundet wurde. Will er dem Käufer die „Wohltat“ der Belehrung auch über den im Angebot enthaltenen Vertrag zuteil werden lassen, kann er sich dadurch helfen, daß er den Text des Angebots als Anlage i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 2 der Annahmeprotokolle beifügt und dem Käufer mitvorliest.

11. Verweisungsurkunde

Auch die nach § 13 a grundsätzlich zulässige Bezugnahme auf andere notarielle Urkunden wird der Pflicht des Notars, Irrtümer und Zweifel zu vermeiden und sachgemäß zu beraten und zu belehren, und dem Ziel der möglichst klaren Beweissicherung weniger gerecht als die nochmalige vollständige Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten. Die Zusammenfassung wiederkehrender allgemeiner Bedingungen von Erwerbsverträgen in einer diese „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ umfassenden Urkunde ist abzulehnen. Auch bei Bauherren-, Bauträger- und Erwerber-Modellen ist vor umfangreichen Bezugnahmen auf sog. Mutterurkunden und Verweisung auf anderweitig beurkundete „Vertragspakete“ zu warnen. Auch die vorherige Aushändigung von Vertragsmustern kann die mit der notariellen Beurkundung verfolgte Beratungs- und Belehrungsfunktion nicht in gleicher Weise erreichen wie eine alle für den Erwerber wichtigen Gesichtspunkte enthaltende Beurkundungsverhandlung¹⁷³.

In jedem Fall sollten die geschäftswesentlichen Vereinbarungen in der vorzulesenden Niederschrift enthalten sein. Das ist

z.B. der vollständige Wortlaut des Bauträgerkaufvertrags bzw. bei einem Bauherren-Modell des Gesellschaftsvertrags. Dagegen ist es unbedenklich, bei Beurkundung eines Bauträgervertrags auf die notariell beurkundete Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung sowie die Baubeschreibung zu verweisen. Häufig werden sonstige Verträge, etwa Finanzierungsvermittlungs-, Mietgarantie-, Verwaltungs-, Geschäftsbesorgungsvertrag, in die Bezugsurkunde ausgelagert. Dies kann sinnvoll sein, wenn dadurch eine Überfrachtung der vorzulesenden Urkunde verhindert wird; andererseits sollten die geschäftswesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts in die vorzulesende Niederschrift aufgenommen werden¹⁷⁴, so daß es sich z.B. empfehlen kann, den Inhalt solcher Verträge gekürzt in der Niederschrift wiederzugeben.

Die oben in Ziffer 6. formulierte Auslegung des § 17 Abs. 2a könnte also unter Einbeziehung der mißbräuchlichen Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden ergänzt werden wie folgt:

„Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß der erkennbar belehrungsbedürftigere Beteiligte von der Beurkundung geschäftswesentlicher Vereinbarungen nicht ausgeschlossen wird.“

12. Verhältnis „Zentralnotar“ – „Ortsnotar“

Die Pflicht, das Beurkundungsverfahren gemäß § 17 Abs. 2a so zu gestalten, daß auch der Zweck der Beurkundung erreicht und jeder Anschein einer Gefährdung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit vermieden wird, trifft primär den sog. „Zentralnotar“. Dieser ist verpflichtet, ihm angesonnene Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens, durch die die dargestellten Zwecke verfolgt werden, abzulehnen (§§ 4, 17 Abs. 2a BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO).

Für die Beantwortung der Frage, ob auch der „Ortsnotar“, dem die Mitwirkung an einer derartigen Gestaltung in der Weise angesonnen wird, daß er eine Annahme beurkunden, die Unterschrift unter eine Genehmigung oder eine Vollmacht beglaubigen oder einen Vertrag beurkunden soll, dessen wesentlicher Inhalt Gegenstand von Verweisungsurkunden ist, die beantragte Amtshandlung ablehnen darf bzw. muß, sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

a) Jedenfalls in Fällen von Beurkundungen nach §§ 8 ff. BeurkG treffen den beurkundenden Notar sämtliche Pflichten des § 17 BeurkG. Er hat demnach den Sachverhalt zu ermitteln, den Willen der Beteiligten zu erforschen, sie über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu beraten sowie über rechtliche Risiken zu belehren. Dies könnte z.B. dadurch geschehen, daß er, wenn er eine Annahme durch den Käufer zu beurkunden hat, auf die Angebotsurkunde oder deren wichtigste Teile gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 verweist und sie als Anlage zu seiner Niederschrift nimmt mit der Folge, daß auch sie vorgelesen und über sie belehrt wird. Genauso könnte verfahren werden, wenn bei Beurkundung eines Geschäftsbesorgungsvertrags, der auf eine Mutterurkunde Bezug nimmt, aus dieser der Kaufvertrag kopiert und als vorzulesende Anlage gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 zum Geschäftsbesorgungsvertrag genommen wird¹⁷⁵.

Wünschen die Beteiligten sofortige Beurkundung, ohne daß dem beurkundenden Notar die Zeit gelassen wird, sich an-

¹⁷¹ BayObLGZ 1973, 213, 216 = DNotZ 1974, 49, 51; Keidel/Winkler a.a.O. § 13 BeurkG Rdnr. 2.

¹⁷² Vgl. LG Passau MittBayNot 1982, 189; BayObLGZ 1983, 292 = DNotZ 1984, 250 = MittBayNot 1983, 238.

¹⁷³ Einzelheiten Keidel/Winkler a.a.O. § 13 a BeurkG Rdnr. 5 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Keidel/Winkler a.a.O. § 13 a BeurkG Rdnr. 5 ff.

¹⁷⁵ Oben Ziffer 10 2. Absatz.

hand der ihm vorzulegenden vollständigen Unterlagen (Angebotsurkunde, Verweisungsurkunden) über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu unterrichten, so darf er die sofortige Beurkundung mit ausreichendem Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO ablehnen. Die Wahrnehmung seiner Pflichten wird ihm hier unmöglich gemacht.

Ein Ablehnungsrecht steht dem Notar weiter dann zu, wenn die Beteiligten an der Ermittlung des Sachverhalts nicht mitwirken, beispielsweise dadurch, daß dem Notar nicht sämtliche Verweisungsurkunden vorgelegt werden. Diese Mitwirkungspflicht trifft sie als Obliegenheit im Beurkundungsverfahren, das als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹⁷⁶ vom Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG) beherrscht wird. Die Vereitelung der Amtsermittlung des Notars durch die Beteiligten ist Grund für die Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrags.

b) In Fällen, in denen der Notar nur mit der Beglaubigung einer Unterschrift beauftragt wird, hat er nach § 40 Abs. 2 keine Belehrungspflicht über den rechtlichen Inhalt der Erklärung, unter der sich die zu beglaubigende Unterschrift befindet. Da sich die Forderung des § 17 Abs. 2a auch nur an den Notar richtet, der das Beurkundungsverfahren gestalten kann, also an den sog. „Zentralnotar“, besteht keine Pflicht des „Ortsnotars“, die Unterschriftsbeglaubigung abzulehnen¹⁷⁷.

IV. Eingeschränkte Vorlesungspflicht (§ 14)

1. Die Neuregelung

Im Beurkundungsverfahren muß grundsätzlich jede Niederschrift mit ihren Anlagen vorgelesen werden (§ 13). § 14 a. F. schränkt die Vorlesepflicht ein und sieht eine besondere Form der Bezugnahme vor. Die Bestimmung eröffnet die Möglichkeit, das Verfahren bei Bestellung von Grundpfandrechten für einen weniger wichtigen Teil der zu beurkundenden Erklärungen durch Verzicht auf die Vorlesung zu vereinfachen. Diese geltenden Ausnahmen sind unverändert in § 14 Abs. 1 Satz 2 n.F. übernommen worden.

§ 14 n. F. erstreckt diese Erleichterung bei der Verlesung auch auf Bilanzen, Inventare, Nachlaßverzeichnisse oder sonstige Bestandsverzeichnisse. Diese mußten bisher dann nach § 9 vorgelesen werden, wenn sie Bestandteil des Rechtsgeschäfts waren (z. B. Unternehmenskauf, Spaltungsvertrag etc.). Nach der Neuregelung brauchen derartige Bestandsverzeichnisse, auf die in der Niederschrift verwiesen wird und die dieser beigefügt werden, nicht vorgelesen zu werden, wenn die Beteiligten auf das Vorlesen verzichten. Zusätzlich wird allerdings verlangt, daß diese Anlagen den Beteiligten nicht nur zu Kenntnis vorgelegt und von ihnen unterschrieben werden, sondern, wenn das Schriftstück aus mehreren Seiten besteht, auch jede Seite vor ihnen unterzeichnet werden soll. Dies gilt nunmehr auch für die Anlagen bei Grundpfandrechten.

Für das Beurkundungsverfahren nach § 14 bedeutet dies:

- a) Zwingend erforderlich ist, daß
- auf das Schriftstück in der Niederschrift verwiesen wird,
 - die Beteiligten auf das Vorlesen verzichten und dieser Verzicht nach § 14 Abs. 3 in der Niederschrift festgestellt wird,

- das Schriftstück der Niederschrift beigefügt, also nach § 44 Satz 2 mit Schnur und Prägiesiegel mit der Niederschrift verbunden wird.

Wird gegen eine dieser Muß-Vorschriften verstoßen, führt dies zur Formungültigkeit der Urkunde und des beurkundeten Rechtsgeschäfts.

b) Darüber hinaus hat der Notar Soll-Vorschriften zu beachten, die für ihn unbedingte Amtspflichten sind:

- das Schriftstück ist allen Beteiligten zur Kenntnisnahme vorzulegen und von ihnen zu unterschreiben und zwar auf jeder Seite, wenn es aus mehreren Seiten besteht;
- der Notar hat in der Niederschrift festzustellen, daß den Beteiligten das beigefügte Schriftstück zur Kenntnisnahme vorgelegt worden ist.

c) Ein solcher Vermerk könnte etwa lauten, wenn es sich nur zum Teil um Anlagen handelt, die die Voraussetzungen des § 14 erfüllen:

„Auf die Anlagen 1–12 wird verwiesen, auf das Vorlesen der Anlagen 2, 4–10 wird verzichtet; diese Anlagen wurden den Beteiligten zur Kenntnisnahme vorgelegt und von ihnen auf jeder Seite unterschrieben. Die Anlagen 1, 3, 11 und 12 wurden mit vorgelesen.“

2. Begriff der Anlage

§ 14 spricht von einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigefügt wird; er wiederholt damit die Legaldefinition der Anlage (§ 9 Abs. 1 Satz 2). Es handelt sich also um das Verhältnis von Niederschrift und Anlage¹⁷⁸.

a) Allgemeines

§ 9 gibt den Beteiligten zwei Möglichkeiten, ihre Willenserklärungen in den Beurkundungsvorgang einzuführen: sie können nach Abs. 1 Nr. 2 ihren Willen in Form von „Erklärungen“ darlegen oder aber auf ein Schriftstück „verweisen“ (Abs. 1 Satz 2). Diese Verweisung führt dazu, daß die in dem Schriftstück enthaltenen Erklärungen ebenso beurkundet sind wie die nach Abs. 1 Nr. 2 abgegebenen Erklärungen. Die Verweisung ersetzt eine Wiedergabe in der Niederschrift selbst¹⁷⁹, unterliegt daher grundsätzlich auch allen deren Erfordernissen. Das BeurkG kennt zwei erleichterte Verweisungsmöglichkeiten, nämlich § 13 a und § 14.

b) Abgrenzung zum Identifizierungsbehelf

Daraus folgt, daß auch die Verweisung nur materiellrechtlich für das Rechtsgeschäft relevante Erklärungen zum Inhalt haben kann. Wird auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse mit Dritten verwiesen, etwa bei Übernahme einer Verbindlichkeit aus einem bestehenden Schuldverhältnis oder *Eintritt* in einen Mietvertrag, muß der Inhalt der übernommenen Verpflichtungen nicht mitbeurkundet werden; denn die Vereinbarung bezieht sich auf die Übernahme einer schon rechtsgeschäftlich begründeten Verpflichtung und legt diese nicht erst fest, es genügt, den Eintritt als solchen zu beurkunden; die Bezeichnung der zu übernehmenden Schuld oder des Mietverhältnisses dient nur als Identifizierungsmittel¹⁸⁰. Erst kürzlich hat

¹⁷⁶Siehe *Keidel/Winkler* a.a.O. Einl. Rdnr. 28, 29.

¹⁷⁷Siehe zum gesamten Fragenkreis Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern v. 24.03.1994; *Schollen*, Sonderheft zum 18. Notartag, DNotZ 1969, 51, 69; BNotK DNotZ 1971, 3–7; 1976, 326–330; BayObLG DNotZ 1984, 519; OLG München DNotZ 1984, 250.

¹⁷⁸*Keidel/Winkler* a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 2.

¹⁷⁹BGH NJW 1994, 1288 = DNotZ 1995, 26 = MittBayNot 1994, 271; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 9 BeurkG Rdnr. 23.

¹⁸⁰BGHZ 125, 235 = NJW 1994, 1347 = DNotZ 1994, 476; *Brambring* FGPrax 1996, 161, 164; *Staudinger/Wufka* § 313 BGB Rdnr. 209.

der BGH hierzu eine Parallele gezogen und betont, daß der Inhalt einer in einem Kaufvertrag übernommenen Baugenehmigungsplanung nicht zum Regelungsinhalt des Kaufvertrags gehört, sondern nur der – entbehrlichen – Erläuterung des – hinreichend genau bestimmten und bestimmbaren – Gegenstands des Kaufs dient, also nur ein nicht beurkundungsbedürftiger „Identifizierungsbehelf“ ist¹⁸¹.

Von der Möglichkeit des § 14 sollte also nur Gebrauch gemacht werden, wenn das Bestandsverzeichnis auch wirklich zum materiellrechtlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts gehört und für seine Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit erforderlich ist. Da die Abgrenzung hier schwierig sein kann, besteht die Gefahr, daß vorsorglich und vorsichtshalber auch unnötigerweise über die erleichterte Form des § 14 Bestandsverzeichnisse u. ä. in das Beurkundungsverfahren eingeführt werden, so wie nicht selten die überflüssige Bezugnahme auf andere Niederschriften gemäß § 13 a zu beobachten ist.

Dies könnte zur Folge haben, daß Verweisungen ohne die Beachtung des § 14 dem Verdacht eines Gesetzesverstosses ausgesetzt sein werden, auch wenn § 14 gar nicht anwendbar ist, weil es sich lediglich um einen Identifizierungshinweis handelt. Geht man aber vom Sinn des § 14 aus, reduziert sich das Problem auf die einfache Frage, ob ein Bestandsverzeichnis u.ä. aus materiellrechtlichen Gründen beurkundet und damit nach § 13 vorgelesen werden muß; ist das nicht der Fall, benötigt man auch keinen Vorlesungsersatz und ist damit § 14 nicht einschlägig.

3. Bestandsverzeichnisse

a) Beispiele

Der Begriff des Bestandsverzeichnisses, den § 14 Abs. 1 Satz 2 als Oberbegriff verwendet, knüpft an die Formulierung in § 260 BGB an. Danach hat der, der verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Als weitere Beispiele nennt das Gesetz Bilanzen, Inventare, Nachlaßverzeichnisse.

Unter Inventar ist dabei die Gesamtheit der beweglichen Sachen zu verstehen, die in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis zu einem Grundstück stehen und dazu bestimmt sind, das Grundstück entsprechend seinem wirtschaftlichen Zweck durch Betrieb zu nutzen (vgl. §§ 582, 98 BGB); es umfaßt auch Zubehör (§ 97 BGB) und darüberhinaus je nach Verkehrsauffassung weitere Sachen¹⁸². Es handelt sich also um Aufzählungen und Zahlenwerke von rein *tatsächlicher Bedeutung*, die lediglich *beschreibender Natur* sind.

Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt bei *Unternehmenskaufverträgen*: Neben den bereits genannten Verzeichnissen sind hier zu erwähnen die Gewinn- und Verlustrechnung sowie Aufstellungen und Verzeichnisse über bewegliche mitverkaufte Wirtschaftsgüter, über bestehende Verträge, in die der Käufer eintritt, über Forderungen, Verbindlichkeiten, Beteiligungen an anderen Gesellschaften, Versicherungen, Patente, gewerbliche Schutzrechte, Lizenzen, anhängige Prozesse, Arbeitnehmerlisten, Verzeichnisse über den Auftragsbestand etc.¹⁸³.

Als sonstige Verzeichnisse gemäß § 14 sind zu erwähnen:

- Bei *Kaufverträgen* über ein Grundstück oder eine Wohnung kann hinsichtlich des mitverkauften Inventars auf eine Inventarliste nach § 14 verwiesen werden. Für die Baubeschreibung gilt § 14 nicht; sie ist stets nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG mitzubeurkunden, soweit nicht auf sie nach § 13 a BeurkG verwiesen werden kann.
- Beim *Ehevertrag* das Vermögensverzeichnis nach § 1377 BGB.
- Bei der Scheidungsvereinbarung ein Verzeichnis über Verteilung des Hausrats und der Wohnungseinrichtung (vgl. § 630 ZPO)¹⁸⁴.
- Bei einem *Erbauseinandersetzungsvertrag* kann ein Nachlaßverzeichnis als Bestandsverzeichnis beigelegt werden, das ausweist, welcher Erbe welche Nachlaßgegenstände zu Alleineigentum erhält. Auch bei der Auflassung kann auf die Angaben zum Grundbesitz im Nachlaßverzeichnis nach § 14 verwiesen werden, da die Einschränkung für die Beurkundung von Grundpfandrechten, bei denen die im Grundbuch anzugebenden Erklärungen in die Niederschrift selbst aufgenommen werden müssen, hier nicht gilt.

Dagegen gilt § 14 *nicht* für die *Aufnahme von Nachlaßverzeichnissen*, die der Notar gemäß §§ 2002, 2003, 2121, 2215, 2314 Abs.1 Satz 3 BGB vorzunehmen hat. Die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses richtet sich nach §§ 36, 37. Die Aufnahme einer (zu verlesenden) Niederschrift ist nicht erforderlich¹⁸⁵.

b) Baubeschreibung u.a.

Wie ausgeführt, will die Neuregelung Zahlenwerke und sonstige Aufzählungen rein tatsächlicher Bedeutung aus der Vorlesungspflicht ausklammern, soweit sie sich auf einen real existierenden „Bestand“, was also schon „besteht“, beziehen¹⁸⁶. Daraus ergibt sich, daß Beschreibungen und Auflistungen von Gegenständen, die erst noch beschafft und hergestellt werden müssen, wie Baubeschreibung oder Leistungsverzeichnis im Rahmen eines Bauträgervertrags, nicht unter § 14 fallen. Die Baubeschreibung dient der Konkretisierung der Rechte und Pflichten aus dem Bauträgervertrag und unterliegt daher nach wie vor der uneingeschränkten Vorlesungspflicht des § 13. Soll die Baubeschreibung bei Abschluß des Kaufvertrags vom Vorlesungszwang ausgenommen werden, was durchaus Sinn macht, muß sie in eine andere notarielle Niederschrift (Verweisungsurkunde) gemäß § 13 a aufgenommen werden.

Ähnliche Überlegungen gelten für die Aufstellung der 1000stel-Miteigentumsanteile und der ihnen zugeordneten Sondereigentumseinheiten im Rahmen einer Teilungserklärung. Eine solche Liste enthält zwar, gerade bei größeren Anlagen, eine Vielzahl von Zahlen und tatsächlichen Beschreibungen. Die einzelnen Einheiten sollen aber erst noch mit den einzelnen Miteigentumsanteilen verbunden werden und entstehen als selbständige Rechte erst mit Eintragung im Grundbuch. Sie unterliegen bei Beurkundung der Teilungserklärung, soweit diese nicht nur in Beglaubigungsform errichtet wird, daher der uneingeschränkten Vorlesungspflicht.

Auch wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift verbietet sich eine entsprechende Anwendung auf andere als die in § 14 genannten Schriftstücke¹⁸⁷.

¹⁸¹BGH NJW 1998, 3197 = MittBayNot 1998, 428 = DNotZ 1999, 50.

¹⁸²Palandt/Putzo § 582 BGB Rdnr. 2.

¹⁸³Vaasen/Stärke DNotZ 1998, 661, 676.

¹⁸⁴Brambring FGPrax 1998, 202; zweifelnd Vössius a.a.O. S. 22.

¹⁸⁵Brambring FGPrax 1998, 202.

¹⁸⁶BT-Drucksache 13/11034, S. 60.

¹⁸⁷Brambring FGPrax 1998, 202.

c) rechtsgeschäftliche Erklärungen

Aus dem Zweck des Gesetzes und dem oben Gesagten folgt, daß die Erleichterung des § 14 auch dann nicht gilt, wenn sich in dem Bestandsverzeichnis Erklärungen befinden, die rechtsgeschäftlicher Natur sind. Hierauf sollte der Notar besonderes Augenmerk richten. Nicht selten findet sich nämlich bei der Beurkundung von Inventaren auf irgendeiner Seite ein versteckter Vermerk mit rechtsgeschäftlichem Charakter¹⁸⁸. Es sei nur an den Satz erinnert, daß die Beteiligten über den Eigentumsübergang vorstehender beweglicher Gegenstände einig sind; dieser Satz gehört im Fall des § 14 in die Niederschrift.

4. Vorlesungsverzicht und Vorlage zur Kenntnisnahme

Hieran hat die Neuregelung nichts geändert. Sind die Anforderungen an die Anlage erfüllt, so kann der Notar das Vorlesen ersetzen. Dies ist dann möglich, wenn sämtliche Beteiligte (§ 6 Abs. 2) auf das Vorlesen verzichten. Verzicht nur eines Beteiligten genügt nicht. Verzicht eines vollmachtlosen Vertreters reicht aus, wenn die Urkunde später genehmigt wird¹⁸⁹.

Die nicht vorgelesene Anlage soll den Beteiligten aber zur Kenntnisnahme vorgelegt werden. Wie die Kenntnisnahme geschieht, ist vom Gesetz nicht vorgeschrieben, insbesondere muß sie nicht durch Lesen erfolgen; auch ein Blinder kann daher Kenntnis nehmen¹⁹⁰.

5. Prüfungs- und Belehrungspflicht

Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des § 17 gilt unverändert auch im Fall des § 14 uneingeschränkt. Der Notar hat über das beigelegte Schriftstück ebenso zu belehren wie über die Niederschrift. Dies stellt § 14 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich klar¹⁹¹.

6. Unterzeichnung

a) Zweck der Vorschrift

Da die Unterschriften unter der Niederschrift gleichzeitig die Erklärungen in der beigelegten Anlage decken¹⁹², ist eine besondere Unterzeichnung der mitverlesenen Anlage nicht als Gültigkeitsvoraussetzung vorgeschrieben. Sollte aber bisher die Verantwortlichkeit der Beteiligten dadurch besonders herausgestellt werden, daß die nicht vorgelesene Anlage gesondert zu unterzeichnen ist, so schreibt Abs. 2 nunmehr die Unterzeichnung jeder Seite der Anlage vor, um den Beteiligten die Bedeutung und den Umfang – und damit die Tragweite – des Rechtsgeschäfts bewußt zu machen und ihnen insoweit auch eine Kontrollmöglichkeit zu geben¹⁹³.

b) alle Seiten

Im Gegensatz zur früheren Regelung, nach der die Anlage im Rahmen einer Grundpfandrechtsbestellung lediglich am Ende unterschrieben werden sollte, schreibt § 14 Abs. 2 nunmehr die Unterzeichnung jeder Seite vor, wenn die Anlage aus

mehreren Seiten besteht, und zwar auch für die früher allein in § 14 geregelten Grundpfandrechtsformulare. Nach dem eindeutigen Wortlaut reicht es nicht aus, wenn nur die Vorder- oder die Rückseite oder ein Blatt oder Bogen, falls darauf mehrere Seiten enthalten sind, unterzeichnet werden. Die Unterschrift ist räumlich unter dem Text jeder Seite anzubringen, nicht seitlich oder oben.

c) Unterzeichnung

§ 14 Abs. 2 spricht davon, daß jede Seite zu unterzeichnen ist. Leserlichkeit der Unterschrift ist nicht erforderlich; es genügt ein die Identität des Unterzeichnenden ausreichend kennzeichnender individueller Schriftzug, der einmalig ist, entsprechende charakteristische Merkmale aufweist und sich als Unterschrift eines Namens und nicht nur als Abzeichnung mit einer Abkürzung des Namens (Paraphe oder Handzeichen) darstellt¹⁹⁴. Die Übergänge können hier fließend sein. Hierzu wird auf die allgemeinen Regeln verwiesen¹⁹⁵. Der Zweck der Vorschrift – Bewußtsein der Tragweite und Kontrollmöglichkeit der Anlage – würde auch durch die Paraphierung erfüllt.

Ist ein Beteiligter schreibunfähig oder zwar in der Lage, die Urkunde, aber nicht alle Seiten der Anlage zu unterzeichnen, was bei dem Umfang der Anlagen etwa eines Unternehmenskaufs in der Praxis vorkommen kann, so ist auch hier nach § 25 ein Schreibzeuge zuzuziehen, der die Seiten unterzeichnet, soweit der Beteiligte zur Unterzeichnung selbst nicht in der Lage ist.

7. Wirkungen, Verstöße

Die in dem beigelegten Schriftstück enthaltenen Erklärungen sind nicht etwa nur privatschriftlicher Natur, sondern wie die Niederschrift selbst öffentlich beurkundet, da es sich um das Verhältnis von Niederschrift und Anlage handelt (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2)¹⁹⁶. Sie nehmen an der Beweiskraft des § 415 ZPO teil¹⁹⁷.

Erfüllt eine nicht vorgelesene Anlage die Voraussetzungen des § 14 nicht, hat ein Beteiligter auf ihre Verlesung nicht verzichtet oder ist der Verzicht in der Niederschrift nicht festgestellt, so ist diese Erklärung nicht öffentlich beurkundet. Ob sie und die anderen in der Niederschrift und in der Anlage enthaltenen Erklärungen rechtswirksam oder nichtig sind, richtet sich nach materiellem Recht¹⁹⁸. Die Verletzung der anderen Bestimmungen als Sollvorschriften, insbesondere die Unterzeichnung, hat auf die Gültigkeit der Beurkundung dagegen keinen Einfluß¹⁹⁹.

V. Sonstige Änderungen

An sonstigen Änderungen der BeurkG seien der Vollständigkeit halber erwähnt:

1. Verwahrung des Erbvertrags (§ 34 Abs. 3)

Haben die Beteiligten bei einem Erbvertrag die besondere amtliche Verwahrung ausgeschlossen, so bleibt die Urkunde

¹⁸⁸ Vossius a.a.O. S. 22.

¹⁸⁹ Keidel/Winkler a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 11.

¹⁹⁰ Keidel/Winkler a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 12.

¹⁹¹ Keidel/Winkler a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 17.

¹⁹² Keidel/Winkler a.a.O. § 9 BeurkG Rdnr. 57.

¹⁹³ BT-Drucksache 13/11034, S. 60.

¹⁹⁴ BGH LM Nr. 8 zu § 170 ZPO; Rpfleger 1964, 211; NJW 1959, 734; 1982, 1467; Keidel/Winkler a.a.O. § 13 BeurkG Rdnr. 39.

¹⁹⁵ Keidel/Winkler a.a.O. § 13 BeurkG Rdnr. 39 ff.

¹⁹⁶ Keidel/Winkler a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 2.

¹⁹⁷ Huhn/v. Schuckmann a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 4.

¹⁹⁸ Jansen § 14 BeurkG Rdnr. 8; Keidel/Winkler a.a.O. § 14 BeurkG Rdnr. 19; ausführlich Schalkhauser MittBayNot 1972, 271.

¹⁹⁹ Jansen § 14 BeurkG Rdnr. 7; Schalkhauser a.a.O.

in der Verwahrung des Notars und ist nach Eintritt des Erbfalls an das Nachlaßgericht abzuliefern. Diese bisher in § 25 Abs. 2 BNotO enthaltene Bestimmung wurde als nicht dem Berufsrecht, sondern dem Beurkundungsverfahrensrecht zugehörig als neuer § 34 Abs. 3 eingefügt.

2. Änderung von Urkunden (§ 44 a)

Der neu eingefügte § 44 a übernimmt die bisher in § 30 Abs. 3 und 4 DNotO enthaltenen Bestimmungen über die Änderung der Niederschrift während und nach der Beurkundung unverändert in das BeurkG. Durch Abs. 2 Satz 2 wird klargestellt, wo ein etwaiger Nachtragsvermerk niederzulegen ist. Die bisherige landesrechtliche Regelung der DNot wird dadurch sachgerecht ins Beurkundungsverfahrensrecht integriert²⁰⁰.

²⁰⁰Dazu *Brambring* FGPrax 1998, 203; *Reithmann* DNotZ 1999, 27; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 8 BeurkG Rdnr. 14 ff.; § 36 BeurkG Rdnr. 7 ff.; § 37 BeurkG Rdnr. 12.

3. Verwahrung der Urschrift (§ 45 Abs. 1)

Die bisher in § 25 Abs. 1 BNotO enthaltene Regelung, daß die Urschrift, wenn sie nicht ausnahmsweise auszuhändigen ist, in der Verwahrung des Notars bleibt, wird aus Gründen der Gesetzessystematik unverändert ins BeurkG eingefügt.

4. Verwahrungsvorschriften (§§ 54 a ff.)

Das notarielle Verwahrungsverfahren war bisher nicht gesetzlich, sondern nur durch Verwaltungsvorschriften (§§ 11 bis 13 DNotO) geregelt. Seiner Bedeutung entsprechend ist nunmehr eine gesetzliche Normierung erfolgt²⁰¹.

²⁰¹Ausführlich dazu *Hertel* ZNotP 1998, Beilage zu Heft 12; *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft 1998; vgl. auch *Brambring* FGPrax 1998, 203; *Lerch* NJW 1998, 3697.

Das neue Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger*

Von Prof. Dr. Mathias Habersack, Regensburg

I. Einführung

1. Vorgeschichte und Tendenz des MHbeG

Am 1.1.1999 trat das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger¹ in Kraft. Es bildet den vorläufigen Schlußpunkt einer Reihe von im Jahre 1998, dem „Jahr des Familienrechts“², verabschiedeten Reformgesetzen. Bekanntlich ist der Gesetzgeber mit dem MHbeG einem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nachgekommen. Dieses hatte mit Beschluß vom 13.5.1986 entschieden, daß § 1629 Abs. 1³ i.V. mit § 1643 Abs. 1 insoweit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger nicht vereinbar sei, als danach Eltern ihre Kinder bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können⁴. Der Gesetzgeber sei deshalb gehalten, zum Schutze des Minderjährigen Regelungen zu treffen, die es verhindern, daß der Minderjährige als Folge der gesetzlichen Vertretungsmacht seiner Eltern mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit entlassen wird. Das BVerfG hatte dem Gesetzgeber seinerzeit zwei Wege zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustands aufgezeigt, nämlich zum einen die Erweiterung des Katalogs der nach § 1643 i.V. mit §§ 1821, 1822 BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte, zum anderen den Erlass einer Vorschrift, die sicherstellt, daß der Minderjährige als Miterbe eines Handelsgeschäfts jedenfalls nicht über den Umfang des ererbten Vermögens hinaus haftet⁵. Der Gesetzgeber hat sich für das Haftungsbeschränkungsmodell und gegen eine weitere Einschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters entschieden. Er ist freilich deutlich über die Vorgaben des BVerfG hinausgegangen. So ist nicht nur der Kreis der Altverbindlichkeiten, hinsichtlich derer die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung besteht, sehr weit gezogen. Vielmehr hat nunmehr der volljährig Gewordene auch das Recht, sich seiner Haftungsrisiken, soweit diese auf einem im Stadium der Minderjährigkeit begründeten unternehmerischen Engagement beruhen, mit Wirkung für die Zukunft zu entledigen. Mag auch das Anliegen des Gesetzgebers, für einen lückenlosen Schutz des volljährig Gewordenen zu sorgen, im Grundsatz zu begrüßen sein, so

läßt doch das MHbeG bisweilen die gebotene Rücksicht auf berechnete Interessen der Gläubiger und Mitgesellschafter vermissen⁶.

2. Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf

Das nunmehr verabschiedete Gesetz entspricht weitgehend dem bereits am 7.5.1996 vorgelegten Regierungsentwurf⁷. Änderungen haben sich vor allem im Hinblick auf das zwischenzeitlich verabschiedete Handelsrechtsreformgesetz⁸ ergeben. Es hat dafür gesorgt, daß bei der Eintragung natürlicher Personen auch deren Geburtsdatum anzugeben ist. Der noch im Regierungsentwurf eines MHbeG vorgesehenen Sonderregelung für minderjährige Kaufleute und persönlich haftende Gesellschafter bedurfte es somit nicht mehr⁹. Die Übergangsvorschrift des Art. 3 Abs. 3 MHbeG bestimmt demgemäß, daß das Geburtsdatum bereits eingetragener minderjähriger Einzelkaufleute oder persönlich haftender Gesellschafter mit der ersten das eingetragene Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Handelsregister, spätestens aber bis zum 1.7.1999 zur Eintragung anzumelden ist. Dadurch wird sichergestellt, daß der bereits eingetragene Minderjährige der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nicht bereits mit Inkrafttreten des MHbeG verlustig geht¹⁰: Zwar findet § 15 Abs. 1 HGB auch zu Lasten des Minderjährigen Anwendung¹¹; eine „einzutragende Tatsache“ im Sinne des § 15 Abs. 1 HGB liegt aber nach Art. 3 Abs. 3 MHbeG grundsätzlich¹² erst ab dem 1.7.1999 vor. Kommt der Minderjährige seiner Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 3 MHbeG nicht nach, so haftet er gegenüber seinen Gläubigern auch nach Eintritt der Volljährigkeit unbeschränkt.

3. Das MHbeG im Überblick

a) Beschränkte Haftung für Altverbindlichkeiten

Das MHbeG will dem volljährig Gewordenen vor allem die Möglichkeit geben, seine Haftung für die zuvor in seinem Namen begründeten Verbindlichkeiten auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen zu beschränken. Dem dient die durch Art. 1 Nr. 2 MHbeG eingefügte Vorschrift des § 1629a BGB. Dessen Abs. 1 definiert zunächst den Kreis der Verbindlichkeiten, die von der Möglichkeit der Haftungsbe-

* Vorveröffentlichung des Beitrags in FamRZ 1999, 1 ff. Die Schriftleitung der MittBayNot dankt dem Autor und den Herausgebern der FamRZ für die freundliche Genehmigung zum Abdruck dieses Aufsatzes.

¹ Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz – MHbeG) vom 25.8.1998, BGBl. I, S. 2487; im folgenden wird die Abkürzung MHbeG gebraucht.

² Schwab, FamRZ 1998, 777.

³ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

⁴ BVerfGE 72, 155 = FamRZ 1986, 769; dazu K. Schmidt, BB 1986, 1238; Fehrmann, JZ 1986, 1055; Hertwig, FamRZ 1987, 124.

⁵ BVerfGE 72, 155, 174 = FamRZ 1986, 769; für Haftungsbeschränkungsmodell etwa Dauner-Lieb, ZIP 1996, 1818; Peschel-Gutzeit, FamRZ 1993, 1009; M. Wolf, AcP 187 (1987), 319; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 57 VI 2, S. 880; Habersack/Schneider, FamRZ 1997, 649; für Genehmigungslösung dagegen Hüffer, ZGR 1986, 603; K. Schmidt, BB 1986, 1238; Thiele, FamRZ 1992, 1001.

⁶ S. im einzelnen unter II 1 c) betreffend Verbindlichkeiten aus familiengerichtlich genehmigten Rechtsgeschäften und Nachlaßverbindlichkeiten; ferner unter III 2, 3 zum Kündigungsrecht nach § 723 I BGB.

⁷ BT-Drucks. 13/5624; dazu Dauner-Lieb, ZIP 1996, 1818 ff.; Habersack/Schneider, FamRZ 1997, 649 ff.

⁸ Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22.6.1998, BGBl. I, S. 1474.

⁹ Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/10831, S. 6, 8.

¹⁰ Vgl. im Zusammenhang mit Art. 5 III der Entwurfsfassung Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 15.

¹¹ Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 22; Koller/Roth/Morck, HGB, § 15 Rdnr. 54; K. Schmidt, JuS 1990, 517, 519.

¹² Anderes gilt in den Fällen, in denen nach dem 1.1.1999, aber vor dem 1.7.1999 eine das eingetragene Unternehmen betreffende Anmeldung zu erfolgen hat.

schränkung erfaßt sind; darüber hinaus bestimmt er, daß die Haftungsbeschränkung einredeweise geltend zu machen ist¹³. § 1629a Abs. 2 nimmt sodann bestimmte Verbindlichkeiten von der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung aus. Kommt es zur Haftungsbeschränkung nach § 1629a Abs. 1, so läßt dies nach § 1629a Abs. 3 etwaige Rechte des Gläubigers gegen Mitschuldner und Mithaftende sowie Rechte aus einer für die Forderung bestellten Sicherheit¹⁴ auch dann unberührt, wenn diese Rechte akzessorischen Charakter haben. Dies entspricht der Rechtslage bei Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung¹⁵ und trägt dem Umstand Rechnung, daß der Sicherungszweck trotz Nichtdurchsetzbarkeit der gegen den volljährig Gewordenen gerichteten Hauptforderung fortbesteht¹⁶. § 1629a Abs. 4 enthält schließlich zwei Vermutungen, die die Abgrenzung zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten erleichtern sollen.

Die Vorschrift des § 1629a handelt von den Verbindlichkeiten, die die Eltern als gesetzliche Vertreter oder „sonstige vertretungsberechtigte Personen“ mit Wirkung für das Kind begründet haben. Hinsichtlich der durch den Vormund begründeten Verbindlichkeiten stellt der durch Art. 1 Nr. 3 MHBeG eingefügte § 1793 Abs. 2 klar, daß das Mündel „entsprechend § 1629a“ haftet; indes hätte es dieser Klarstellung nicht bedurft, ist doch der Vormund ohnehin zum Kreis der „sonstigen vertretungsberechtigten Personen“ im Sinne des § 1629a Abs. 1 zu zählen. Ebenfalls nur klarstellende Bedeutung hat der durch Art. 1 Nr. 4 MHBeG eingefügte § 1915 Abs. 3, dem zufolge § 1793 Abs. 2 auf die Pflegschaft für Volljährige keine Anwendung findet. Hinsichtlich der Pflegschaft für Minderjährige bewendet es dagegen bei der Verweisung des § 1915 Abs. 1 auf die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften und damit bei Geltung des § 1793 Abs. 2.

b) Beseitigung von Zukunftsrisiken

Die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung bezieht sich auf im Stadium der Minderjährigkeit begründete Verbindlichkeiten. Sie vermag den persönlich haftenden Gesellschafter einer GbR, OHG oder KG nicht zu schützen, soweit dieser für nach Eintritt der Volljährigkeit begründete Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen wird. Durch Art. 1 MHBeG ist deshalb § 723 Abs. 1 dahin gehend geändert worden, daß der Gesellschafter mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Gesellschaft aus wichtigem Grund kündigen kann; über §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB soll dies auch für den Gesellschafter einer OHG und den Komplementär einer KG gelten. Mit dieser weitreichenden, deutlich über die Vorgaben des BVerfG hinausgehenden Vorschrift soll es dem volljährig Gewordenen ermöglicht werden, ein im Stadium der Minderjährigkeit begründetes unternehmerisches Engagement aufzugeben und frei von derlei Haftungsrisiken in die Volljährigkeit zu treten. Was den volljährig gewordenen Miterben betrifft, so hat der Gesetzgeber vom Erlass einer entsprechenden Vorschrift abgesehen. Ausweislich der Amtlichen Begründung geschah dies vor dem Hintergrund, daß zumindest in den Fällen, in denen sich die Erbengemeinschaft wirtschaftlich betätigt, der Ein-

tritt der Volljährigkeit als wichtiger Grund im Sinne der §§ 2044 Abs. 1 S. 2, 749 Abs. 2 anzusehen sei und somit ungeachtet einer anderslautenden Anordnung des Erblassers die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangt werden könne¹⁷. Dem wird man zwar im Hinblick auf die Neufassung des § 723 Abs. 1 zustimmen können; indes wäre eine Klarstellung seitens des Gesetzgebers durchaus wünschenswert gewesen.

II. Beschränkte Haftung für Altverbindlichkeiten

1. Die erfaßten Verbindlichkeiten

a) Grundlagen

Nach § 1629a Abs. 1 S. 1 beschränkt sich die Haftung des Minderjährigen für sämtliche Verbindlichkeiten, „die die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht oder sonstige vertretungsberechtigte Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft oder eine sonstige Handlung mit Wirkung für das Kind begründet haben, oder die aufgrund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen entstanden sind“, auf den Bestand seines bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens; „dasselbe gilt für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Minderjährige gemäß §§ 107, 108 oder § 111 mit Zustimmung seiner Eltern vorgenommen hat, oder für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, zu denen die Eltern die Genehmigung des Familiengerichts erhalten haben“. Nach § 1629a Abs. 2 gilt die Haftungsbeschränkung allerdings „nicht für Verbindlichkeiten aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, soweit der Minderjährige hierzu nach § 112 ermächtigt war, und für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die allein der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse des Minderjährigen dienen“. Vorbehaltlich des Tatbestands des § 112 werden demnach sämtliche mit Wirkung gegenüber dem Minderjährigen begründete Verbindlichkeiten erfaßt, die nicht der privaten Bedarfsdeckung dienen, sondern aus einem unternehmerischen Engagement des Minderjährigen herühren. Da der Minderjährige zur Abgabe von rechtlich nachteiligen Willenserklärungen nicht imstande ist, knüpft § 1629a grundsätzlich an das Handeln des gesetzlichen Vertreters oder einer anderen vertretungsbefugten Person an. Eine Ausnahme gilt allein für Verbindlichkeiten, für die der Minderjährige kraft Erbrechts einzustehen hat.

b) Vertreterhandeln

aa) Gesetzliche Vertreter

Der systematischen Stellung und dem Entstehungshintergrund des § 1629a entsprechend, erfaßt dieser zunächst die durch die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht mit Wirkung für das Kind begründeten Verbindlichkeiten. § 1629a Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. bezieht ausdrücklich Verbindlichkeiten ein, die der Minderjährige selbst gemäß §§ 107, 108 oder 111 mit Zustimmung seiner Eltern begründet hat; denn auch insoweit ist der Minderjährige schutzbedürftig. Steht der Minderjährige unter Vormundschaft oder Pflegschaft, so folgt die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung aus §§ 1793 Abs. 2, 1915 Abs. 1 und 3 BGB¹⁸.

¹³ Der durch Art. 2 MHBeG geänderte § 786 ZPO erklärt zudem §§ 780 I, 781 und 785 ZPO für entsprechend anwendbar, s. dazu unter II 2.

¹⁴ § 1629a Abs. 3 führt des weiteren etwaige Rechte aus einer die Bestellung einer Sicherheit sichernden Vormerkung an.

¹⁵ Vgl. etwa §§ 768 Abs. 1 S. 2, 884, 1137 Abs. 1, S. 2, 1211 Abs. 1, S. 2 BGB.

¹⁶ Näher dazu *Habersack*, JZ 1997, 857, 863 f.

¹⁷ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624 S. 10.

¹⁸ S. bereits unter I. 2. a).

bb) Sonstige vertretungsberechtigte Personen

Nach § 1629a Abs. 1 S. 1 fallen auch Verbindlichkeiten unter die Haftungsbeschränkung, die „sonstige vertretungsberechtigte Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht“ für den Minderjährigen begründet haben. Davon betroffen sind der Testamentsvollstrecker¹⁹ und etwaige Bevollmächtigte des Minderjährigen, darunter auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte. Ausweislich der Begründung des RegE²⁰ sollen mit der Einbeziehung „sonstiger vertretungsberechtigter Personen“ aber vor allem Verbindlichkeiten aus „Gemeinschaftsverhältnissen“ erfaßt werden. Gedacht ist dabei namentlich an die nach § 714 BGB, § 125 HGB vertretungsberechtigten Gesellschafter von Personengesellschaften, denen der Minderjährige angehört, ferner an Prokuristen und sonstige Bevollmächtigte dieser Gesellschaften²¹.

Das vom MHBeG angestrebte Ziel, dem Minderjährigen die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für seine auf der unternehmerischen Betätigung basierende Außenhaftung zu verschaffen, wird durch den Wortlaut des § 1629a Abs. 1 freilich teilweise verfehlt. Ist nämlich der Minderjährige Gesellschafter einer OHG oder KG²², so haftet er zwar nach §§ 128, 161 Abs. 2 HGB kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Von den Gesellschaftern (als organschaftliche Vertreter) oder Bevollmächtigten vertreten wird allerdings die Gesellschaft als rechts- und verpflichtungsfähige Einheit²³. Die Vorschrift des § 1629a Abs. 1 handelt dagegen von der Vertretung des Minderjährigen; mit „sonstigen vertretungsberechtigten Personen“ sind offensichtlich Vertreter des Minderjährigen gemeint. Haftungsverbindlichkeiten gem. §§ 128, 161 Abs. 2 HGB werden mithin vom Wortlaut des § 1629a Abs. 1 nicht erfaßt²⁴. Mit Rücksicht auf die ausdrückliche Verlautbarung des gegenteiligen Willens des Gesetzgebers und den umfassenden, deutlich über die Vorgaben des BVerfG hinausgehenden Ansatz des MHBeG wird man freilich die textliche Unschärfe des § 1629a Abs. 1 darauf zurückzuführen haben, daß die Gesetzesverfasser – ungeachtet einer vor Verabschiedung des Gesetzes ausgesprochenen Änderungsempfehlung²⁵ – die gesellschaftsrechtlichen Prämissen verkannt und der Abfassung des Gesetzes eine längst überholte²⁶, nämlich die Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaft ignorierende Ansicht zugrunde gelegt haben.

¹⁹ Dies gilt ungeachtet des Umstands, daß der Minderjährige als Erbe die Möglichkeit hat, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken; allg. dazu *Staudinger/Reimann*, BGB, 13. Bearbeitung, § 2206 Rdnr. 17.

²⁰ BT-Drucks. 13/5624, S. 8, 12 f.

²¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 8: „Denn es ist letztlich unerheblich, wer im Einzelfall mit Wirkung für ihn (scil.: den Minderjährigen) gehandelt hat, die Eltern des Minderjährigen oder andere vertretungsberechtigte Personen, wie etwa Mitgesellschafter oder Prokuristen einer Handelsgesellschaft, in denen der Minderjährige Gesellschafter ist, ...“.

²² Entsprechendes gilt bei Mitgliedschaft in einer Partnerschaftsgesellschaft, s. § 8 Abs. 1 PartGG; zur Rechtslage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts s. Fn. 24.

²³ Vgl. statt aller *Schlegelberger/K.Schmidt*, HGB, 5. Aufl., § 125 Rdnr. 1 ff.; *Staub/Habersack*, HGB, 4. Aufl., § 125 Rdnr. 4 ff., 16 f.

²⁴ Anderes gilt für die Haftung des Gesellschafters einer GbR, die nach der sog. Doppelverpflichtungstheorie durch Handeln im Namen des Gesellschafters begründet wird; zu allen Einzelheiten s. *MünchKomm/Ulmer*, BGB, 3. Aufl., § 714 Rdnr. 23 ff.; *Habersack*, JuS 1993, 1 ff.

²⁵ *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 652 f.

Werden somit Haftungsverbindlichkeiten aus §§ 128, 161 Abs. 2 HGB, § 8 Abs. 1 PartGG erfaßt, so besteht aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger die Gefahr, daß sie es mit einer Gesellschaft zu tun haben, der keine unbeschränkt haftende natürliche Person als Gesellschafter angehört. Vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes²⁷ sah es so aus, als ließe sich der damit verbundenen Gläubigergefährdung nur durch analoge Anwendung des § 19 Abs. 5 HGB a.F. begegnen²⁸; denn danach war ein die Haftungsbeschränkung kennzeichnender Firmenzusatz für den Fall geboten, daß „kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person“ ist. Durch die Neuregelung des Firmenrechts ist der Anwendungsbereich der dem § 19 Abs. 5 HGB a.F. entsprechenden Vorschrift des § 19 Abs. 2 HGB erweitert worden; danach bedarf es nunmehr eines Firmenzusatzes, wenn in einer OHG oder KG „keine natürliche Person persönlich“, also unbeschränkt und unbeschränkbar, haftet. Ein Zusatz ist deshalb auch in dem Fall geboten, daß die Gesellschaft ausschließlich über juristische Personen, atypische Personenhandelsgesellschaften und/oder minderjährige natürliche Personen als Gesellschafter bzw. Komplementäre verfügt. Unterbleibt die Hinzufügung des Firmenzusatzes und kommt es zur Haftungsbeschränkung durch den oder die volljährig gewordenen Gesellschafter, so haften die Organwalter der Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 179 für die Gesellschaftsschulden²⁹.

cc) Die Rechtslage beim Betrieb eines einzelkaufmännischen Unternehmens

Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 HGB setzt freilich das Vorliegen einer Gesellschaft voraus; Einzelkaufleute werden von ihr nicht erfaßt. Dies erklärt sich daraus, daß Einzelkaufleute bis zum Inkrafttreten des MHBeG stets unbeschränkt hafteten; ein „Einpersonenunternehmen mit beschränkter Haftung“ nach Art der portugiesischen E.I.R.L.³⁰ war dem deutschen Recht unbekannt. Nunmehr läßt es allerdings das MHBeG zu, daß namens des Minderjährigen ein Einzelunternehmen betrieben wird und es mit Eintritt der Volljährigkeit hinsichtlich der Altverbindlichkeiten zur Geltendmachung der Haftungsbeschränkung durch den Kaufmann kommt. Zwar ist es nach dem MHBeG weder dem minderjährigen noch dem volljährig gewordenen Einzelkaufmann möglich, sein Unternehmens- und sein Privatvermögen in dem Sinne zu separieren, daß das Privatvermögen dem Zugriff der Geschäftsgläubiger entzogen ist³¹. Alt- und Neugläubiger können vielmehr sowohl auf das Privat- als auch auf das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmanns zugreifen. Es kommt jedoch zu einer zeitlichen Haftungszäsur, die für die Altgläubiger die Gefahr begründet, nicht mehr auf das Neuvermögen des volljährig gewordenen zugreifen zu können³². Zwar nimmt § 1629a Abs. 2 Verbindlichkeiten aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, zu dem der Minderjährige nach § 112 ermächtigt war,

²⁶ Zum Meinungsstand s. für die OHG *Staub/Habersack* (Fn. 23), § 124 Rdnr. 3; für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts *MünchKomm/Ulmer* (Fn. 24), § 705 Rdnr. 130 ff.

²⁷ S. Fn. 8.

²⁸ Für eine solche Analogie denn auch *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 652.

²⁹ BGH NJW 1991, 2627, 2628 mit Anm. *Canaris*; näher dazu *Canaris*, Handelsrecht, 22. Aufl., § 6 IV 2.

³⁰ Estabelecimento individual de responsabilidade limitada, dazu Gesetzesdekret Nr. 248/96 v. 25. 8. 1986.

³¹ Näher zum Folgenden *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818, 1820 f.

³² Näher unter 2 a).

von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung aus. Von § 1629a Abs. 2 nicht erfaßt ist dagegen der Fall, daß der gesetzliche Vertreter das Erwerbsgeschäft im Namen des Minderjährigen führt. Ungeachtet des Umstands, daß das Geburtsdatum des Kaufmanns in das Handelsregister einzutragen ist³³, erscheint insoweit eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 HGB geboten. Der minderjährige Einzelkaufmann hat danach also einen die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung andeutenden Zusatz in seine Firma aufzunehmen; andernfalls haftet sein gesetzlicher Vertreter persönlich, wenn der volljährig Gewordene seine Haftung auf das Altvermögen beschränkt³⁴.

c) Sachliche Reichweite der Haftungsbeschränkungslösung

aa) Rechtsgeschäft oder „sonstige“ Handlung

Was die sachliche Reichweite der von der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung betroffenen Verbindlichkeiten anlangt, so werden von § 1629a Abs. 1 nicht nur rechtsgeschäftlich begründete Primärverbindlichkeiten erfaßt. Die Vorschrift stellt vielmehr dem Rechtsgeschäft jede „sonstige Handlung“ gleich und ermöglicht dadurch die Haftungsbeschränkung auch hinsichtlich etwaiger Sekundärverpflichtungen, soweit das Kind für sie nach § 278 einzustehen hat. Unerheblich ist, ob die verletzte Primärverpflichtung rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Ursprungs ist; auch Schadensersatzansprüche, die etwa auf der nicht rechtzeitigen Erfüllung von Delikts- oder Bereicherungsschulden des Minderjährigen beruhen, werden also von § 1629a Abs. 1 erfaßt. Die Haftung für andere Realhandlungen des gesetzlichen Vertreters ist dagegen kaum vorstellbar; insbesondere eine Haftung aus § 831 kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der gesetzliche Vertreter nicht als Verrichtungsgehilfe des Kindes anzusehen ist³⁵. Anderes kann freilich hinsichtlich etwaiger Bevollmächtigter des Minderjährigen gelten.

bb) Familiengerichtlich genehmigte Geschäfte

Nach § 1629a Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. sind, über die Vorgaben des BVerfG hinaus³⁶, auch Verbindlichkeiten aus familiengerichtlich genehmigten Rechtsgeschäften in die Haftungsbeschränkung einbezogen. Begründet wird dies mit den Schutzlücken, die die Vorschriften der §§ 1643, 1821 f. insbesondere bei Schuldverhältnissen mit längerer Laufzeit hinterlassen³⁷. In der Tat läßt sich nicht bestreiten, daß namentlich in den Fällen des § 1822 Nr. 3, also bei Verträgen über den Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäft, bei Gründung einer Gesellschaft oder im Fall des Beitritts zu einer solchen Gesellschaft, die Genehmigung durch das Familiengericht das Schutzbedürfnis auf Seiten des Minderjährigen hinsichtlich der aus dem Betrieb des Gewerbes oder der Zugehörigkeit zur Gesellschaft herrührenden Verbindlichkeiten nicht entfallen läßt. Die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach § 1629a Abs. 1 mag insoweit als angemessene Ergänzung des Minderjährigenschutzes angesehen werden³⁸. Anders verhält es sich freilich hinsichtlich der in §§ 1821, 1822 Nr. 1, 8 bis

10 genannten Verträge³⁹. Bei ihnen ist der Prognosecharakter der familiengerichtlichen Entscheidung weniger stark ausgeprägt; eine Kumulation von Genehmigungs- und Haftungsbeschränkungslösung vermag insoweit nicht zu überzeugen. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist freilich zu akzeptieren. Insbesondere Darlehens- und Bürschaftsgläubiger können künftig also trotz Hinzuziehung des Familiengerichts nicht mehr darauf vertrauen, daß sie eine durchsetzbare Forderung gegen den minderjährigen Darlehensnehmer oder Bürgen erwerben.

cc) Die Abgrenzung zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten

Nach § 1629a Abs. 1 S. 1 besteht die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung für Verbindlichkeiten, die vor Eintritt der Volljährigkeit begründet worden sind⁴⁰. Dies entspricht dem Normzweck der Vorschrift: Soll diese nämlich sicherstellen, daß sich der volljährig Gewordene der vom Handeln seiner (nicht selbst ernannten) Vertreter herrührenden Haftungsrisiken entledigen kann, so kann es nicht darauf ankommen, daß sich diese Risiken bereits realisiert haben. Entsprechend den zur Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters entwickelten Grundsätzen⁴¹ findet § 1629a Abs. 1 S. 1 vielmehr schon dann Anwendung, wenn vor Eintritt der Volljährigkeit der Rechtsgrund für die jeweilige Verbindlichkeit gelegt worden ist. Unerheblich sind dagegen die Entstehung und die Fälligkeit des Anspruchs, bei einem gegenseitigen Vertrag des weiteren die Erbringung der Gegenleistung durch den Gläubiger.

Insbesondere Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen sind somit schon dann Altverbindlichkeiten im Sinne des § 1629a Abs. 1 S. 1, wenn das Dauerschuldverhältnis als solches vor Eintritt der Volljährigkeit begründet wurde, mag auch die Einzelforderung erst danach fällig werden⁴². In der amtlichen Begründung heißt es diesbezüglich, daß dem Vertragspartner des volljährig Gewordenen, der sich nunmehr auch hinsichtlich künftiger Ansprüche in der Rolle des Altgläubigers sieht, ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund zustehen dürfte, wenn es zur Geltendmachung der Haftungsbeschränkung kommt. Es erscheint allerdings fraglich, ob es dem Vertragspartner in jedem Fall zugemutet werden kann, mit der außerordentlichen Kündigung bis zur tatsächlichen Geltendmachung der Haftungsbeschränkung zuzuwarten; ist die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung absehbar, so wird man ihm vielmehr schon mit Eintritt der Volljährigkeit das Recht zur Kündigung einräumen müssen.

³⁹ S. bereits *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 652.

⁴⁰ Im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Haftung des Minderjährigen (dazu unter dd) spricht § 1629a Abs. 1, S. 1 zwar von der „Entstehung“ der Verbindlichkeit. Indes soll damit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß es vor Eintritt der Volljährigkeit zum Erbfall gekommen sein muß; Nachlaßverbindlichkeiten, die vor Eintritt der Volljährigkeit zwar begründet, aber noch nicht entstanden sind, gehören dagegen gleichfalls zu den Altverbindlichkeiten im Sinne des § 1629a Abs. 1, S. 1.

⁴¹ Dazu *Schlegelberger/K. Schmidt* (Fn. 23), § 128 Rdnr. 48 ff.; *Staub/Habersack* (Fn. 23), § 128 Rdnr. 62 ff.

⁴² Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 13, 5624, S. 9; zur vergleichbaren Problematik im Rahmen der §§ 128, 159, 160 HGB s. *Schlegelberger/K. Schmidt* (Fn. 23), § 128 Rdnr. 50; *Heymann/Emmerich*, HGB, 2. Aufl., § 128 Rdnr. 33 f.; *Staub/Habersack* (Fn. 23), § 128 Rdnr. 65, § 160 Rdnr. 2, 10 f. – Im Gesetzentwurf der Freien und Hansestadt Hamburg war noch eine Sonderregelung für Dauerschuldverhältnisse vorgesehen, s. BR-Drucks. 623/93; dazu *Peschel-Gutzeit*, FamRZ 1993, 1009, 1011 f.

³³ Dazu unter I. 1.

³⁴ Zur analogen Anwendung des § 179 s. die Nachw. in Fn. 29.

³⁵ Vgl. MünchKomm/Stein, BGB, 3. Aufl., § 831 Rdnr. 31.

³⁶ Vgl. BVerfGE 72, 155, 174 = FamRZ 1986, 769.

³⁷ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 8; s. ferner *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818, 1823.

³⁸ Zu Problemen im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts s. aber *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 652.

dd) Erwerb von Todes wegen

Nach § 1629a Abs. 1 S. 1 sind auch „auf Grund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen entstandene“ Verbindlichkeiten in die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung einbezogen. Die gesonderte Erwähnung dieser Verbindlichkeiten ist erfolgt, weil der Erwerb des Nachlasses durch Unterlassen der Ausschlagung und damit unabhängig von einem Rechtsgeschäft oder einer „sonstigen Handlung“ des gesetzlichen Vertreters erfolgen kann, der Minderjährige aber auch insoweit Schutz erfahren soll⁴³. Die erbrechtlichen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung werden freilich durch § 1629a Abs. 1 S. 1 nicht berührt; auch der minderjährige Erbe kann nach Maßgabe der §§ 1975 ff. seine Haftung auf den Nachlaß beschränken. § 1629a Abs. 1 S. 1 erweitert also diese erbrechtlichen Rechtsbehelfe um das Recht des minderjährigen Erben, mit Eintritt der Volljährigkeit seine Haftung auf das vorhandene Vermögen zu beschränken. Vor diesem Hintergrund schützt § 1629a Abs. 1 S. 1 letztlich den volljährig Gewordenen und – im Hinblick auf etwaige Schadensersatzverpflichtungen nach § 1664 – dessen gesetzlichen Vertreter vor den Folgen einer unbedachten Annahme einer Erbschaft und eines Verlusts des Rechts zur Haftungsbeschränkung nach §§ 1975 ff. Auch insoweit geht das MHBeG (zu) weit über die Vorgaben des BVerfG hinaus.

ee) Die Ausnahmen des § 1629a Abs. 2

Nach § 1629a Abs. 2 besteht für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, „die allein der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse des Minderjährigen dienen“, keine Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung⁴⁴. Ausweislich der amtlichen Begründung⁴⁵ sollen davon auch größere Geschäfte erfaßt werden, etwa der Kauf eines Fahrrades, eines Kleinkraftrades oder eines Computers, wobei das Eingreifen der Ausnahmebestimmung aber zu Recht unter den Vorbehalt gestellt wird, daß dem Minderjährigen der Gegenwert des Geschäfts unmittelbar zugute kommt und keine „unzumutbaren“ finanziellen Belastungen im Sinne der Entscheidung des BVerfG⁴⁶ begründet werden⁴⁷.

Als weitere Ausnahme nennt § 1629a Abs. 2 Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Minderjährige im Rahmen einer Ermächtigung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach § 112 eingegangen ist. Abweichend von der Rechtslage nach § 1629a Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. betreffend familiengerichtlich genehmigte Rechtsgeschäfte⁴⁸ vertraut der Gesetzgeber insoweit auf die Entscheidung des Familiengerichts. Begründet wird dies mit der Statusänderung, die der Minderjährige nach § 112 erfährt. Die Ermächtigung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts hat nämlich zur Folge, daß der Minderjährige für diese Art von Geschäften als unbeschränkt geschäftsfähig anzusehen und damit auch hinsichtlich der Haftung wie ein Volljähriger zu behandeln ist⁴⁹.

⁴³ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 13.

⁴⁴ S. dazu *Peschel-Gutzeit*, FamRZ 1993, 1009, 1013; *Laum/Dylla-Krebs*, FS Vieregge, S. 513, 539 f.

⁴⁵ BT-Drucks. 13/5624, S. 13.

⁴⁶ BVerfGE 72, 155, 173 = FamRZ 1986, 769.

⁴⁷ BT-Drucks. 13/5624, S. 13.

⁴⁸ Dazu unter II 1 c bb).

⁴⁹ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 13; allg. dazu MünchKomm/Gitter, BGB, 3. Aufl., § 112 Rdnr. 1, 8 ff.

2. Geltendmachung und Rechtsfolgen der Haftungsbeschränkung

a) Trennung von Alt- und Neuvermögen

Nach § 1629a Abs. 1 beschränkt sich die Haftung des volljährig Gewordenen „auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens“. Das Kind hat also bei Eintritt der Volljährigkeit im ungünstigsten Fall einen Vermögensstand von „Null“; ihm wird, der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO durchaus vergleichbar, die Chance eines finanziellen Neubeginns eingeräumt. Aus Sicht der Altgläubiger hat die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung eine Vermögensseparierung zur Folge, können sie doch auf das nach Eintritt der Volljährigkeit erworbene Vermögen grundsätzlich⁵⁰ nicht zugreifen. Im Grundsatz entsprechend stellt sich die Lage aus Sicht der Neugläubiger dar, wenn man davon ausgeht, daß der volljährig Gewordene berechtigt und im Verhältnis zu den Altgläubigern verpflichtet ist, einen Zugriff der Neugläubiger auf das Altvermögen durch Vollstreckungsgegenklage abzuwehren⁵¹. Das Altvermögen bliebe dann den Altgläubigern reserviert, was für den Fall, daß die Aktiva die Altverbindlichkeiten nicht decken, durchaus angemessen wäre. Ein positives Altvermögen dürfte allerdings nicht dem Zugriff der Neugläubiger entzogen werden; eine vom volljährig Gewordenen gleichwohl erhobene Abwehrklage sähe sich deshalb dem Einwand des Rechtsmißbrauchs ausgesetzt⁵².

b) Geltendmachung im Wege der Dürftigkeitseinrede

Der Gesetzgeber hat aus gutem Grund auf die Einführung eines amtlichen Liquidationsverfahrens verzichtet⁵³ und die Durchführung der Haftungsbeschränkung dem Schuldner überlassen. Dieser hat nach § 1629a Abs. 1 S. 2 die Dürftigkeitseinrede des § 1990 Abs. 1, kann also die Befriedigung der Altgläubiger insoweit verweigern, als das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen nicht ausreicht. Die Geltung der §§ 1990 f. bringt es mit sich, daß der volljährig Gewordene die Haftungsbeschränkung zeitlich unbefristet geltend machen kann⁵⁴: Er kann so lange seine Altgläubiger befriedigen, bis das Altvermögen erschöpft ist. Prozessual kann die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf zwei verschiedenen Wegen berücksichtigt werden: Zum einen kann bereits das Prozeßgericht über die Einrede entscheiden, indem es die Klage wegen Erschöpfung abweist oder bei ent-

⁵⁰ Etwas anderes gilt für den Fall, daß der volljährig Gewordene entgegen §§ 1991 Abs. 1, 1978 Abs. 1, 662 ff. mit Mitteln des Altvermögens Neugläubiger befriedigt; er hat dann die Altgläubiger so zu stellen, als wäre es nicht zur Vermögensseparierung gekommen; näher dazu *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 654 f.

⁵¹ Mit guten Gründen für analoge Anwendung des § 784 Abs. 2 ZPO bei Geltendmachung der Dürftigkeitseinrede durch den Erben (zur Geltung der §§ 1990 f. auch im Fall des § 1629a s. sogleich) *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., § 49 VIII 8e; *Soergel/Stein*, BGB, 12. Aufl., § 1990 Rdnr. 9; *Ermann/Schlüter*, BGB, 9. Aufl., § 1990 Rdnr. 9; aA MünchKomm/Siegmann, BGB, 3. Aufl., § 1990 Rdnr. 7; *Staudinger/Marotzke*, BGB, 13. Bearbeitung, § 1990 Rdnr. 28.

⁵² Näher *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 655.

⁵³ Für Einführung eines amtlichen Liquidationsverfahrens aber *Laum/Dylla-Krebs* (Fn. 44), S. 540 ff.; *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818, 1821 ff.; dagegen *Habersack/Schneider*, FamRZ 1997, 649, 654 f.

⁵⁴ Für Einführung einer Befristung entsprechend §§ 27, 139 HGB aber *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818, 1823.

sprechendem Antrag den volljährig Gewordenen zur Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmte, noch im Altvermögen vorhandene Gegenstände verurteilt. Zum anderen kann der volljährig Gewordene mit dem Vorbehalt der Haftungsbeschränkung verurteilt werden; die Haftungsbeschränkung ist in diesem Fall mittels Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 786, 785, 767 ZPO geltend zu machen. §§ 786, 780 I ZPO stellen zudem sicher, daß der volljährig Gewordene die Haftungsbeschränkung auch dann in Anspruch nehmen kann, wenn der Titel bereits gegen ihn als Minderjährigen, also zu einer Zeit, als ein Vorbehalt im Leistungsurteil noch gar nicht möglich war, erwirkt worden ist⁵⁵.

Macht der volljährig Gewordene die Dürftigkeitseinrede geltend, so hat er nach §§ 1629a Abs. 1, 1991 Abs. 1, 1978 Abs. 1, 662 ff. gegenüber den Altgläubigern die Stellung eines Beauftragten. Insbesondere muß er sicherstellen, daß mit den Mitteln des Altvermögens ausschließlich Altgläubiger befriedigt werden⁵⁶. Eine Gleichbehandlung der Altgläubiger ist dagegen nicht erforderlich. Nach §§ 1629a Abs. 1 S. 2, 1991 Abs. 3 gilt vielmehr das Präventionsprinzip; dem volljährig Gewordenen bleibt es deshalb unbenommen, begründete Ansprüche seiner Eltern oder Mitgesellschafter zu befriedigen, mag dies auch zur Erschöpfung des Altvermögens und damit zum Ausfall der sonstigen Altgläubiger führen. Auch die Einführung eines Inventarerrichtungsverfahrens im Sinne der §§ 1993 ff. erschien dem Gesetzgeber angesichts der dem volljährig Gewordenen obliegenden Beweis- und Initiativlast im Zusammenhang mit der Durchführung der Haftungsbeschränkung⁵⁷ als verzichtbar.

III. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung der Personengesellschaft

1. Inhalt und Anwendungsbereich des § 723 Abs. 1 S. 3

Die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung bezieht sich auf im Stadium der Minderjährigkeit begründete Verbindlichkeiten⁵⁸. Die mit dem MHBeG angestrebte Haftungsazsur drohte leerzulaufen, bliebe der Schuldner an eine im Stadium der Minderjährigkeit begründete unternehmerische Betätigung und die damit einhergehenden, sich gegebenenfalls erst nach Eintritt der Volljährigkeit realisierenden Risiken gebunden. Aus diesem Grund ist der Eintritt der Volljährigkeit in § 723 Abs. 1 S. 3 zu einem wichtigen Grund im Sinne dieser Vorschrift erklärt worden, so daß der volljährig gewordene persönlich haftende Gesellschafter das Recht zur außerordentlichen Kündigung der Gesellschaft hat. Mit Rücksicht auf das Interesse der Mitgesellschafter, alsbald Klarheit über den künftigen Bestand der Gesellschaft zu haben, ist die Kündigung nach § 723 Abs. 1 S. 4 innerhalb von drei Monaten zu erklären. Die Frist beginnt grundsätzlich mit dem Eintritt der Volljährigkeit zu laufen. Etwas anderes gilt aber, wenn dem volljährig Gewordenen seine Gesellschafterstellung weder bekannt war noch bekannt sein mußte; in einem solchen Fall ist Fristbeginn der Zeitpunkt der Kenntnis oder des Kennenmüssens. Eine weitere Einschränkung des Kündigungsrechts enthält § 723 Abs. 1 S. 5. Danach besteht kein Recht zur

außerordentlichen Kündigung, wenn der Gesellschafter bezüglich des Gegenstandes der Gesellschaft zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gem. § 112 ermächtigt war oder der Zweck der Gesellschaft allein der Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse diene; dadurch ist der Gleichlauf mit der – die Haftungsbeschränkung hinsichtlich Altverbindlichkeiten betreffenden – Vorschrift des § 1629a Abs. 2 hergestellt⁵⁹.

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung soll nicht nur für den Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Die Klarstellung in § 723 Abs. 1 S. 3, wonach der Eintritt der Volljährigkeit als wichtiger Grund anzusehen ist, soll vielmehr auch auf § 133 HGB ausstrahlen und dadurch auch den Gesellschafter einer OHG und – über § 161 Abs. 2 HGB – den Komplementär einer KG zur außerordentlichen Kündigung berechtigen⁶⁰. Auch eine ausdrückliche Klarstellung des Inhalts, daß das Mitglied einer ein Unternehmen fortführenden Erbengemeinschaft mit Eintritt der Volljährigkeit kündigen kann, erschien dem Gesetzgeber als entbehrlich⁶¹. Was schließlich den Einzelkaufmann betrifft, so erübrigt sich eine entsprechende Regelung; er kann jederzeit seinen Gewerbebetrieb einstellen.

2. Das Verhältnis zur Haftungsbeschränkung nach § 1629a Abs. 1 – Die Vermutungen des § 1629a Abs. 4

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Aufgabe der unternehmerischen Position – also die Kündigung nach § 723 Abs. 1, das Auseinandersetzungsverlangen nach §§ 2044 Abs. 1, 749 Abs. 2 oder die Einstellung des einzelkaufmännischen Unternehmens – zur Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung hinsichtlich der daraus resultierenden Altverbindlichkeiten zu machen⁶². Eine solche Koppelung hätte zwar den Vorteil einer „völlig klaren Trennung der aus der Zeit der Minderjährigkeit herrührenden Verbindlichkeiten von denjenigen, die nach Eintritt der Volljährigkeit entstanden sind“⁶³, wurde aber unter Hinweis auf andernfalls drohende verlustreiche Abwicklungen gesunder Unternehmen verworfen. Statt dessen enthält § 1629a Abs. 4 BGB für den Fall, daß die unternehmerische Betätigung fortgesetzt wird und es deshalb nicht zu einer klaren Haftungsazsur kommt, eine doppelte Vermutung. Nach S. 1 wird zunächst vermutet, daß Verbindlichkeiten aus einem nicht eingestellten unternehmerischen Engagement im Zweifel Neuverbindlichkeiten sind; sofern also der volljährig Gewordene die Vermutung nicht widerlegen kann, hat er insoweit keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nach § 1629a Abs. 1. Des weiteren wird nach § 1629a Abs. 4 S. 2 vermutet, daß es sich bei dem gegenwärtigen Vermögen um das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen und damit um Altvermögen handelt. Im Verhältnis zu den Altgläubigern obliegt es freilich dem volljährig Gewordenen, wenn er seine Haftung auf das Altvermögen beschränken will, schon nach allgemeinen Grundsätzen der Be-

⁵⁵ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 15.

⁵⁶ S. bereits unter a), dort auch zur Rechtslage bei positivem Altvermögen.

⁵⁷ Dazu unter III 2.

⁵⁸ Näher dazu unter II 1 c cc).

⁵⁹ Dazu unter II 1 c ee).

⁶⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 10.

⁶¹ S. unter I 3 b).

⁶² So aber der Vorschlag von M. Wolf, ACP 187 (1987), S. 319, 338 f.; ferner der Gesetzesentwurf der Freien und Hansestadt Hamburg (Fn. 42) und der Entwurf des Bundesjustizministeriums, abgedruckt bei Laum/Dylla-Krebs (Fn. 44), S. 521 ff.; s. ferner Habersack/Schneider, FamRZ 1997, 649, 651.

⁶³ So auch die – freilich nicht weiterverfolgte – ursprüngliche Überlegung im BMJ, s. BT-Drucks. 13/5624, S. 10.

weislastverteilung, das Vorliegen einer Altverbindlichkeit und die Zugehörigkeit des Gegenstands der Zwangsvollstreckung zum Neuvermögen zu beweisen⁶⁴. Insoweit hat also § 1629a Abs. 4 nur deklaratorischen Charakter. Anders stellt sich die Situation aus Sicht der Neugläubiger dar. Denn zu ihren Lasten scheint § 1629a Abs. 4 S. 2 zu vermuten, daß es sich bei dem gegenwärtigen Vermögen des Volljährigen um Altvermögen handelt und deshalb ein Zugriff in entsprechender Anwendung des § 784 Abs. 2 ZPO abgewehrt werden kann⁶⁵. Indes will § 1629a Abs. 4 nicht in das Verhältnis zwischen Alt- und Neugläubigern eingreifen; die Vorschrift soll vielmehr die Altgläubiger im Verhältnis zum Schuldner vor den Gefahren schützen, die sich aus der Fortsetzung der unternehmerischen Betätigung und dem damit verbundenen Verzicht auf eine klare Haftungszäsur ergeben. Unter Berücksichtigung dieses Normzwecks wird man deshalb die Vermutung des § 1629a Abs. 4 S. 2 den Neugläubigern gegenüber nicht zur Anwendung bringen können.

3. Die Unabdingbarkeit des Kündigungsrechts

Der Gesetzgeber konnte sich nicht dazu entschließen, unter Verzicht auf die Einführung eines Kündigungsrechts die Vorschrift des § 139 HGB um den Tatbestand des Eintritts der Volljährigkeit zu erweitern und dadurch dem volljährig Gewordenen die Befugnis einzuräumen, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird⁶⁶. Eine solche Regelung hätte es den Gesellschaftern gestattet, zwischen dem Ausscheiden des volljährig Gewordenen und dessen Wechsel in die Kommanditistenstellung zu wählen. Nunmehr muß sich also die Kautelarjurisprudenz mit dem Kündigungsrecht arrangieren. Dabei ist allerdings zu beachten, daß nach § 723 Abs. 3 jede das Kündigungsrecht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung nichtig ist. Zweifelsohne zulässig ist zwar eine Fortsetzungsvereinbarung im Sinne des § 736 BGB, der zufolge der kündigende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und diese unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll⁶⁷. Indes sehen sich in einem

solchen Fall die Gesellschaft und die Mitgesellschafter dem Abfindungsanspruch des Kündigenden ausgesetzt. Diesen Anspruch übermäßig beschränkende oder gar ausschließende Vereinbarungen sind wiederum geeignet, den volljährig Gewordenen an der Ausübung seines Rechts zu hindern, und deshalb nach § 723 Abs. 3 nichtig⁶⁸.

Die Vorschrift des § 723 Abs. 3 betrifft freilich nur Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander. Dagegen beurteilt es sich im Ausgangspunkt nach dem Schenkungsrecht, ob dem Minderjährigen ein Gesellschaftsanteil mit der Maßgabe geschenkt werden kann, daß der Schenker bei Ausübung des Kündigungsrechts zum Widerruf der Schenkung berechtigt sein soll⁶⁹. Entsprechendes gilt für den Erwerb des Anteils von Todes wegen; eine Auflage des Inhalts, daß der Gesellschafter-Erbe mit Ausübung des Kündigungsrechts zur Weiterübertragung des Anteils verpflichtet sein soll, beurteilt sich im Ansatz nach §§ 2192 ff.⁷⁰. Zwar sprechen gute Gründe dafür, die Trennung von Gesellschaftsrecht und Schenkungs- bzw. Erbrecht zu relativieren und entsprechende Klauseln in Schenkungsverträgen und in Verfügungen von Todes wegen auf der einen Seite und gesellschaftsvertragliche Ausschlussklauseln auf der anderen Seite nach einheitlichen Kriterien zu beurteilen⁷¹. Doch kann dies in vorliegendem Zusammenhang schon deshalb dahingestellt bleiben, weil die genannten Klauseln weder die Gesellschafterstellung des volljährig Gewordenen noch die Wirksamkeit einer etwaigen Kündigungserklärung in Frage stellen können. Auch für den Fall, daß der volljährig Gewordene mit seiner Kündigungserklärung einer schenkungsvertraglichen Abrede oder einer Auflage des Erblassers zuwider handelt, hat also die Kündigungserklärung die mit ihr beabsichtigte Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses herbeigeführt. Bei Existenz einer Fortsetzungsklausel ist deshalb der kündigende Gesellschafter auch mit Wirkung gegenüber dem Schenker oder dem durch die Auflage Begünstigten ausgeschieden. Der Anspruch auf Rück- oder Weiterübertragung sieht sich deshalb dem Einwand der Unmöglichkeit ausgesetzt; der volljährig Gewordene schuldet vielmehr gegebenenfalls die Abtretung des gegen die Gesellschaft gerichteten Abfindungsanspruchs oder Herausgabe der bereits vereinnahmten Abfindung. Nach allem sind entsprechende Klauseln kaum geeignet, den volljährig Gewordenen von der Ausübung seines Kündigungsrechts abzuhalten.

⁶⁴ S. auch Begr. RegE, BT-Drucks. 13/5624, S. 11: „Mittelbar ergibt sich aus diesen Vermutungen für den Minderjährigen eine dringende Notwendigkeit, bei Erreichen der Volljährigkeit über die Aktiva und Passiva seines Vermögens einen beweiskräftigen Status zu erheben, ohne daß es hierfür einer besonderen gesetzlichen Anordnung oder ausgebreiteter Regelungen über die Erstellung einer Bilanz bedarf.“

⁶⁵ Dazu unter II 2 a).

⁶⁶ So der Vorschlag von M. Wolf, AcP 187 (1987), S. 319, 339; ferner der Gesetzesentwurf der Freien und Hansestadt Hamburg (Fn. 42) und der Entwurf des Bundesjustizministeriums – abgedruckt bei Laum/Dylla-Krebs (Fn. 44), S. 521 ff.; s. des weiteren Habersack/Schneider, FamRZ 1997, 649, 651.

⁶⁷ MünchKomm/Ulmer (Fn. 24), § 723 Rdnr. 54; Schlegelberger/K. Schmidt (Fn. 23), § 133 Rdnr. 71.

⁶⁸ Zu sämtlichen Einzelheiten s. MünchKomm/Ulmer (Fn. 24), § 723 Rdnr. 56, § 738 Rdnr. 38 ff., 43.

⁶⁹ Näher zur Problematik der Anteilsschenkung unter Widerrufsvorbehalt Kollhosser, AcP 194 (1994), 231, 238 ff.; Heinemann, ZHR 155 (1991), 447, 460 ff.; K. Schmidt, BB 1990, 1992, 1995 f.; MünchKomm/Ulmer (Fn. 24), § 737 Rdnr. 18; s. ferner BGHZ 112, 40, 46 f.

⁷⁰ Für Vereinbarkeit einer entsprechenden Auflage mit § 139 V HGB denn auch Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 139 Rdnr. 64.

⁷¹ Dafür insbesondere Kollhosser und Ulmer, jew. a.a.O. (Fn. 69); s. ferner Jülicher, ZGR 1996, 82, 100 ff.

Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur

Von Prof. Dr. Johann Kindl, Augsburg/München

I. Erscheinungsformen des Elektronischen Rechtsverkehrs

1. Technische Entwicklung hin zur papierlosen Kommunikation

Der Mensch bedient sich in der heutigen Zeit in vielfältiger Weise der Technik, die ihm infolge der rasanten Entwicklung der Mikroelektronik und der Telekommunikation zur Verfügung steht. Die Bezahlung von Rechnungen oder das Abheben von Geld mittels einer Chipkarte¹ ist ein Vorgang, der sich jeden Tag millionenfach abspielt. Ebenso alltäglich ist die Inanspruchnahme von modernen Übermittlungstechniken. Breite Bevölkerungsschichten verfügen über ein Telefax, einen Internetzugang, eine E-mail-Adresse oder einen Btx-Anschluß. Bemerkenswert ist dabei die Zurückdrängung der papiergebundenen Verständigung. Während etwa beim herkömmlichen Telefax die vom Absender hergestellte Papiervorlage beim Empfänger als Faxe kopie ausgedruckt wird, ist dies bei einem vom Computer aus versendeten Telefax nicht zwingend der Fall, sofern auch der Empfänger über ein Fax-Modem verfügt. Vielmehr wird die übermittelte Nachricht zunächst als Datei im Computer des Empfängers abgespeichert, der darüber entscheidet, ob ein Ausdruck erstellt wird oder nicht². Bei der Versendung einer E-Mail existiert auf seiten des Absenders keine Papiervorlage und auch beim Empfänger erfolgt gewöhnlich kein Ausdruck. In der Literatur wird insofern von „papierloser Kommunikation“ gesprochen³: Die Botschaft wird zwar festgehalten, aber nicht auf Papier, sondern lediglich in Form eines digitalen Codes auf einem Datenspeicher⁴.

Das ungeheure Rationalisierungspotential, das die angesprochene technische Entwicklung in sich birgt, liegt auf der Hand. Berge von Papier werden überflüssig, wenn bisher in umfangreichen Bibliotheken enthaltene Informationen künftig in Form von digitalen Dokumenten festgehalten werden, und auch der Zugriff auf die Information dürfte erleichtert sein. Im Wege der Telekommunikation übermittelte Nachrichten gelangen praktisch zeitgleich mit der Abgabe zum Empfänger, der die Information in digital verkörperter Form erhält und gegebenenfalls bruchlos weiterverarbeiten kann.

2. Anwendungsfelder im Rechtsverkehr

Es verwundert daher nicht, daß die Nutzung der durch die technische Entwicklung eröffneten Möglichkeiten in vielfältiger Weise Einzug ins Rechtsleben gehalten hat. Vor allem in Rechtspflege und Verwaltung, bei der Erfüllung rechtlich vorgeschriebener Dokumentationspflichten sowie im rechtsgeschäftlichen Verkehr bedient sich der Mensch der modernen

Technik. In der Literatur wird insofern der Begriff „elektronischer Rechtsverkehr“⁵ verwendet.

a) Rechtspflege und Verwaltung

Aus dem Bereich der Rechtspflege ist an erster Stelle an die umfassende⁶, zum Teil verwirrende⁷ und durch verfassungsrechtliche Vorgaben geprägte⁸ Rechtsprechung im Hinblick auf die Einlegung bestimmender Schriftsätze⁹ bei Gericht mittels Telefax, Telex oder Telegramm zu erinnern. Mit einiger Vereinfachung wird man sagen können, daß sich die moderne Kommunikationstechnik gegenüber der Bestimmung des § 130 Nr. 6 ZPO durchgesetzt hat, die eine Unterschrift des bevollmächtigten Anwalts oder der Partei fordert¹⁰. Die Rechtsprechung verlangt diesbezüglich nur, daß das geleistet wird, was technisch möglich ist¹¹, daß also z. B. die Papiervorlage eines Telefaxes unterschrieben ist¹². Übermittlungsfehler gehen nicht zu Lasten des Rechtsuchenden, sofern sie auf einem Mangel beruhen, der in der Sphäre des Gerichts¹³ liegt. Insofern dürfte heute feststehen, daß es ausreicht, wenn mit der Übermittlung so rechtzeitig begonnen wird, daß unter normalen Umständen mit ihrem Abschluß vor 24.00 Uhr zu rechnen ist¹⁴. Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der

⁵ Siehe etwa *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182 ff.; *Bizer*, Beweis-sicherheit im elektronischen Rechtsverkehr, in: *Haratsch/Kugelmann/Repkewitz* (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, 1996, S. 141 ff.; von der Bundesnotarkammer wurde am 13. März 1997 in Köln ein „Drittes Forum Elektronischer Rechtsverkehr“ veranstaltet; ein Tagungsband kann bezogen werden über die Geschäftsstelle der Bundesnotarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln.

⁶ Vgl. die Übersichten von *Ebnet* NJW 1992, 2985 ff. und JZ 1996, 507 ff. sowie *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1823 f., 1825. Nachweise zur Rechtsprechung auch aus anderen Gerichtszweigen finden sich auch bei *Melullis* MDR 1994, 109, 110 Fußn. 9 ff. Aus neuester Zeit siehe OLG Köln CR 1998, 337 (Beschwerdeeinlegung per PC-Fax).

⁷ Besonderheiten gelten im Hinblick auf §§ 80 I ZPO, 62 III 1 FGO bei der Prozeßvollmacht, die dem Gericht im Original vorgelegt werden muß; siehe BGHZ 126, 266 und BFH JZ 1997, 255 mit Anm. *Bork*. Vgl. hierzu auch *Karst* NJW 1995, 3278 ff. und *Zárban* BB 1994, 2252 ff.

⁸ Vgl. etwa BVerfGE 69, 381 (385 f.); 74, 228 (233 f.); BVerfG NJW 1996, 2857; aus der Rechtsprechung des BGH vgl. etwa BGHZ 105, 40 (43 f.); BGH NJW 1993, 1126 (1127).

⁹ Dies sind Schriftsätze, „die eine das Verfahren unmittelbar gestaltende Prozeßhandlung enthalten. Dazu zählen alle schriftlichen Anträge, über die das Gericht ohne mündliche Verhandlung oder aufgrund freigestellter mündlicher Verhandlung zu entscheiden hat“; so BGH NJW 1994, 2097.

¹⁰ Die Entwicklung wurde bereits vom RG eingeleitet; vgl. RGZ 139, 45 und RGZ 151, 82.

¹¹ Deutlich in diesem Sinne BAG NJW 1989, 1822, 1823; vgl. auch BGHZ 105, 40 (42); strenger wohl BAG NJW 1990, 3165.

¹² Vgl. z. B. BGHZ 126, 266 (267); BGH NJW 1994, 2027; aus der Literatur *Ebnet* NJW 1992, 2985, 2987 und JZ 1996, 507, 508; *Wolf* NJW 1989, 2592; strenger *Melullis* MDR 1994, 109, 110, der für eine Bestätigung auf dem üblichen Postweg eintritt.

¹³ Zur Frage, welche Mängel im einzelnen der Sphäre des Gerichts zuzurechnen sind, vgl. etwa BGHZ 101, 276 (280); 105, 40 (43).

¹⁴ So BVerfG NJW 1996, 2857 (2858); ähnlich BGH NJW-RR 1997, 250; strenger noch BGH CR 1997, 210 sowie die in BVerfG NJW 1996, 2857 (2858) zitierten Entscheidungen.

¹ Zur ec-Karte siehe aus neuester Zeit *Gößmann* WM 1998, 1264 ff.

² Zum Computerfax vgl. *Schmittmann* DB 1993, 2575 2577.

³ *Mertes* CR 1996, 769, 770; siehe dort auch zu den Erscheinungsformen der papierlosen Kommunikation. Vgl. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des SigG, BT Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 72, wo vom „papierlosen, elektronischen Rechtsgeschäftsverkehr“ die Rede ist.

⁴ Siehe hierzu auch Fußn. 128.

Rechtspflege ist das aufgrund des § 690 Abs. 3 ZPO mögliche automatisierte Mahnverfahren per Datenfernübertragung (DFÜ-Mahnverfahren)¹⁵. Dieses Verfahren ist in einem Feldversuch in Baden-Württemberg getestet und mittlerweile bei den zentralen Mahngerichten der Bundesländer Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen für den Echtheitsatz freigegeben worden¹⁶. Abschließend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß auch das Grundbuch in maschineller Form geführt werden kann¹⁷. Eine vollständige Umstellung des Grundbuchs auf eine automatisierte Datei ist in den Bundesländern Bayern und Sachsen vorgesehen¹⁸.

Aus dem Bereich der Verwaltung seien die §§ 37 Abs. 4 VwVfG, 119 Abs. 4 AO genannt, die bei einem schriftlichen Verwaltungsakt, der formularmäßig oder mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen wird, das Fehlen von Unterschrift und Namenswiedergabe erlauben. Vor allem im Massenverkehr gegenüber dem Publikum ist die Zuhilfenahme moderner Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik unentbehrlich¹⁹.

b) Dokumentation

Im Hinblick auf die elektronische Dokumentation seien nur zwei Beispiele genannt. Nach § 257 Abs. 3 HGB können bestimmte Unterlagen, die nach Abs. 1 dieser Vorschrift geordnet aufzubewahren sind, auch als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden²⁰. Zulässigkeitsregelungen in Bezug auf eine elektronische ärztliche Dokumentation finden sich in verschiedenen gesetzlichen und berufsrechtlichen Bestimmungen²¹.

c) Rechtsgeschäftsverkehr

Selbstverständlich können auch Willenserklärungen mit Hilfe von moderner Elektrotechnologie erstellt oder im Wege der Telekommunikation dem Empfänger übermittelt werden.

Auch „elektronische Willenserklärungen“²² lassen sich in das herkömmliche Rechtssystem einordnen. Maßgebend ist dabei insbesondere, daß auch scheinbar vom Computer abgegebene Erklärungen letztendlich auf menschlichen Entscheidungen beruhen²³.

Ein bekanntes Anwendungsbeispiel ist Btx, das denjenigen, der über einen Anschluß verfügt, in die Lage versetzt, vom Wohnzimmersessel aus Verträge zu schließen, Informationen abzurufen oder im Wege des Homebanking seiner Bank Aufträge zu erteilen oder seinen Kontostand abzufragen²⁴. Hingewiesen sei ferner darauf, daß auf europäischer Ebene Ansätze erforscht werden, inwiefern es möglich ist, Wertpapiere elektronisch darzustellen²⁵. Von zunehmender Bedeutung ist des weiteren die Abwicklung von Geschäftsverbindungen im Wege des elektronischen Datenaustausches EDI (electronic data interchange). Auf der Basis eines technischen Standards²⁶ werden Nachrichten strukturiert und sodann unmittelbar von Computer zu Computer übermittelt. Diese Technik gewährleistet eine bruchlose Weiterverarbeitung beim Empfänger. Bei den Nachrichten handelt es sich um Geschäftsdaten wie Angebote, Bestellungen etc.; Kommunikationspartner sind größere Organisationen wie Unternehmen oder Behörden. Ziel ist die Automatisierung von einzelnen Geschäftsvorfällen und ganzen Geschäftsketten²⁷. Werden etwa unternehmensbezogene Daten wie Warenbestände von einer EDV-Anlage verwaltet, so ist es bei entsprechender Programmierung möglich, daß nach der Eingabe der erforderlichen Daten benötigte Waren beim Lieferanten automatisch bestellt werden, wo die Bestellung ebenfalls automatisch bestätigt und die Lieferung veranlaßt wird. Auf diese Weise ist ein Wirtschaften „Just in time“ möglich²⁸. EDI-Musterverträge, die Vereinbarungen über die technischen Standards sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen enthalten, wurden sowohl von deutscher Seite als auch von der Europäischen Kommission erarbeitet²⁹.

¹⁵ Siehe hierzu *Seidel*, Das DFÜ-Mahnverfahren, 1991, *ders.* CR 1990, 613 ff.

¹⁶ *Gräve/Lukies* NJW-CoR 1998, 228, 229.

¹⁷ §§ 12a, 126 ff. GBO (i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.5.1994, BGBl. 1994 I, S. 1114 ff.) sowie §§ 61 ff. GBVfg (i.d.F. der Bekanntmachung vom 24.1.1995, BGBl. 1995 I, S. 114 ff.). Siehe hierzu etwa *Bizer*, (Fußn. 5) S. 141, 142 f. und *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 185.

¹⁸ Zum Stand der bayerischen Entwicklung siehe *Joachimsky* NJW-CoR 1994, 280 ff., zu Sachsen *Heitmann* WM 1994, 1612. Zu einem Pilotversuch in Sachsen siehe *Göttlinger* DNotZ 1995, 370 ff.

Österreich ist diesbezüglich schon wesentlich weiter. Seit Ende 1992 ist dort das allgemeine Grundbuch vollständig elektronisch erfaßt. Darüber hinaus wurde im Jahr 1990 durch die §§ 89a ff. des Gerichtsorganisationsgesetzes der sogenannte Elektronische Rechtsverkehr zugelassen, der eine papierlose Kommunikation zwischen Parteien und Gerichten zum Gegenstand hat und grundsätzlich für alle Verfahrensarten eröffnet ist; vgl. hierzu im einzelnen *Rüßmann*, Elektrotechnologie und Informationsbeschaffung, in: Band 8 der Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e. V., herausgegeben von *Peter Schlosser*, S. 137, 162 f.

¹⁹ Zur „digitalen Finanzbehörde“ vgl. *Susallek/Stickelbrocks* und *Herzig*, beide in *Geis* (Hrsg.), Die digitale Kommunikation, 1997, S. 207 ff. bzw. 218 ff.

²⁰ Eine entsprechende Regelung für Steuerunterlagen findet sich in §§ 146 V, 147 AO.

²¹ Vgl. hierzu *Rüßmann* (Fußn. 18) S. 137, 141 m.w.N. Dort sind aufgeführt die §§ 95 Abs. 3 SGB V, 28 Abs. 1 und Abs. 2 RöntgenVO, 43 Abs. 1 und Abs. 2 StrlSchVO sowie § 11 Abs. 1 S. 1 der Musterberufsordnung i.d.F. des Beschlußprotokolls des 91. Dt. Ärzteskongresses.

²² Der Begriff wird beispielsweise verwendet von *Melullis* MDR 1994, 109 ff. und *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 6 ff.

²³ Ausführlich hierzu *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, 1991, S. 55 ff.; vgl. auch *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 6 ff.; *Köhler* AcP 182 (1982), 126, 132 ff.; *Melullis* MDR 1994, 109, 111.

²⁴ Siehe hierzu etwa *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 183 f.; zur verbraucherschutzrechtlichen Dimension vgl. *Melullis* MDR 1994, 109, 113 f.

²⁵ Siehe hierzu *Erber-Faller*, in *Geis* (Fußn. 19) S. 128, 135 f.; vgl. auch *Melullis* MDR 1994, 109, 112.

²⁶ In der Praxis wird offenbar der Standard UN/EDIFACT (United Nations/Electronic Data Interchange for Administration Commerce and Transport) bevorzugt; siehe *Reeder*, in *Geis* (Fußn. 19) S. 31, 33. Dieser Standard wurde von der Internationalen Standardisierungskommission ISO und der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen UN/ECE im Jahr 1987 durch die Veröffentlichung der Syntax ISO 9735 und der Datenelemente ISO 7327 begründet; vgl. hierzu *Geis* NJW 1997, 3000, 3001 f. und *Kilian* DuD 1993, 606 f.

²⁷ Der Begriff EDI ist etwa definiert bei *Geis*, in: *Geis* (Fußn. 19) S. 75, 76; *Kilian* DuD 1993, 606; *Reeder*, in: *Geis* (Fußn. 19) S. 31.

²⁸ Siehe *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 184; *Rüßmann* (Fußn. 18) S. 140.

²⁹ Deutscher EDI-Rahmenvertrag. AWV-Schrift 10 548, Eschborn 1994; Empfehlung der Kommission vom 19. Oktober 1994 über die rechtlichen Aspekte des elektronischen Datenaustausches. 94/820/EG, ABLEG Nr. L 338 vom 28.12.1994, S. 98 ff. Siehe zu beiden Musterverträgen *Geis*, in: *Geis* (Fußn. 19), S. 75 ff.; zur Unbeachtlichkeit von vereinbarten Beweisregeln in derartigen Verträgen vor staatlichen Gerichten vgl. ausführlich *Hoeren* CR 1995, 513 ff.

II. Risiken und Nachteile anhand des Beispiels der Versendung von Erklärungen mittels Telefax

1. Vertrauensverlust aufgrund von Manipulationsmöglichkeiten und technischen Risiken

Die Risiken und Nachteile neuer Technologien erschließen sich in der Regel erst einige Zeit, nachdem sie eingeführt worden sind und Erfahrungen gesammelt werden konnten.

Derartige Erfahrungen liegen insbesondere vor für den Fall der Versendung von Erklärungen durch Telefax. Hier bestehen vielfältige Manipulationsmöglichkeiten³⁰, insbesondere dann, wenn das Fax vom Computer aus versendet wird³¹. In der Literatur sind diese Risiken schon ausführlich erörtert worden. Einige wenige Beispiele mögen daher an dieser Stelle ausreichen, wobei im Hinblick auf die folgenden Ausführungen die Möglichkeiten der Manipulation von digitalen Dokumenten im Vordergrund stehen werden³². So können z.B. Unterschriften gescannt, als Graphikdatei gespeichert und unter jedes beliebige Dokument gesetzt werden. Die Kennungen von Faxgeräten, die an sich geeignet wären zu einer Identifizierung des Sende- und Empfangsgerätes, sind nicht amtlich; bei den meisten Geräten können sie ebenso wie z. B. Datum und Uhrzeit vom Anwender eingegeben werden. Wer über ein herkömmliches Faxgerät sowie über einen Computer mit Fax-Modem verfügt, ist daher in der Lage, nach Eingabe der von ihm gewählten unrichtigen Daten sowohl ein Empfangs- als auch ein Sendeprotokoll herzustellen, wobei die Fälschung im nachhinein in keiner Weise mehr erkennbar ist³³. Hinzukommt, daß sowohl Absender als auch Empfänger die jeweils in ihrem Computer abgespeicherte Datei inhaltlich verändern können, ohne Spuren zu hinterlassen³⁴. Weder Authentizität noch Integrität der Erklärung sind daher gewährleistet.

Es überrascht nicht, daß derart weitgehende Manipulationsmöglichkeiten einen Verlust des Vertrauens in die Zuverlässigkeit der Übermittlung von Erklärungen durch Telefax bewirkt haben. Bereits wesentlich fernliegendere Risiken sind geeignet, das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Verlässlichkeit der Technik nachhaltig zu erschüttern. Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, daß das OLG Hamm³⁵ in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 die Möglichkeit der Ausforschung der PIN einer ec-Karte bejaht hat. Mit seinem vereinzelt gebliebenen Urteil hat das OLG eine anhaltende Diskussion über die Sicherheit der PIN ausgelöst³⁶, und das, obwohl

untere Instanzen³⁷ daran festgehalten haben, daß der Beweis des ersten Anscheins für die Sicherheit der PIN spreche. In gleicher Weise beeinträchtigen technische Probleme die Rechtssicherheit. Wird die Übertragung infolge von Leitungsstörungen im Telefonnetz auch nur für Millisekunden unterbrochen, so ist es möglich, daß der Text nur verstümmelt oder überhaupt nicht ankommt. In der Rechtsprechung hat sich denn auch nicht von ungefähr die Auffassung durchgesetzt³⁸, daß die Vorlage eines Sendeprotokolls mit „OK“-Vermerk die Anwendung der Regeln über den prima-facie-Beweis³⁹ nicht rechtfertigt. Ausschlaggebend hierfür waren zum einen die dargestellten Manipulationsmöglichkeiten⁴⁰, zum anderen und insbesondere die Möglichkeit von technisch bedingten Übertragungsfehlern⁴¹. Dies hat zur Folge, daß ein Anscheinsbeweis im Hinblick auf den Zugang eines Telefaxdokumentes auch dann nicht in Betracht kommt, wenn durch die Zuziehung von Zeugen bewiesen werden kann, daß keine Manipulationen stattgefunden haben⁴². Nach alledem ist festzuhalten, daß die häufig benutzte Technik der Übermittlung von Erklärungen im Wege der Fernkopie für die Zwecke des geschäftlichen Verkehrs wenig geeignet ist⁴³.

2. Die rechtlichen Rahmenbedingungen

Nur kurz sei an dieser Stelle auf die rechtlichen Vorgaben eingegangen. Sie sind im Hinblick auf die anschließend zu behandelnden digital signierten Dokumente nur wenig aussagekräftig. Festgehalten sei daher lediglich, daß die Übermittlung von Willenserklärungen im Wege des Telefax der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB nicht genügt. Auch wenn die Faxvorlage unterschrieben ist, gelangt nur eine Kopie der in dieser Bestimmung geforderten eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers zum Empfänger. Dies wird als nicht ausreichend erachtet⁴⁴. Darauf hingewiesen sei schließlich noch, daß ein Telefax im Prozeß der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegt; die Beweisregel des § 416 ZPO ist nicht anwendbar⁴⁵.

³⁰ Siehe z. B. *Ebnet* JZ 1996, 507 f.; *Ernst* NJW-CoR 1997, 165, 166; *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3; *Melullis* MDR 1994, 109 f.; *Tschentscher* CR 1991, 141, 142; *Schmittmann* DB 1993, 2575, 2576 f.; *Wolf* NJW 1989, 2592 f.

³¹ Hierzu vor allem: *Melullis* MDR 1994, 109 f.; *Tschentscher* CR 1991, 141, 142; *Schmittmann* DB 1993, 2575, 2577; vgl. auch *Ernst* NJW-CoR 1997, 165, 166.

³² Der Reiz an der Verwendung des Beispiels Telefax liegt gerade darin, daß mit dem Computerfax der Übergang von der papiergebundenen zur papierlosen Kommunikation versinnbildlicht wird.

³³ Siehe im einzelnen die Darstellung bei *Tschentscher* CR 1991, 141, 142 und *Schmittmann* DB 1993, 2575, 2576.

³⁴ Vgl. etwa *Melullis* MDR 1994, 109, 110.

³⁵ NJW-CoR 1997, 361.

³⁶ Siehe einerseits *Niehoff* DuD 1997, 534 und *Stenger* NJW-CoR 1997, 363f.; andererseits *Hortmann* DuD 1997, 532f. und *Jahnke/Laackmann* DuD 1997, 657. Zu den neuen PIN-Systemen der ec-Karten siehe *Schindler* NJW-CoR 1998, 223 ff.

³⁷ AG Hannover NJW-CoR 1997, 360; LG Hannover NJW-CoR 1998, 304 mit Anm. *Stenger* S. 307 f.; w.N. bei *Niehoff* DuD 1997, 534 Fußn 7.

³⁸ Die vom OLG München NJW 1994, 527 vertretene Auffassung ist vereinzelt geblieben.

³⁹ Zur Definition des Begriffs Anscheinsbeweis siehe unten bei Fußn. 134.

⁴⁰ LG Darmstadt CR 1994, 100.

⁴¹ Siehe BGH NJW 1995, 665 (667); KG NJW 1994, 3172 f.; OLG München CR 1994, 98. Zu der Problematik vgl. im übrigen *Ebnet* NJW 1992, 2985, 2990 f. und JZ 1996, 507, 509 sowie 513.

⁴² Vgl. BGH NJW 1995, 665 (666 f.). Die Zuziehung von Zeugen wird vorgeschlagen von *Tschentscher* CR 1991, 141, 149; demgegenüber hält *Schmittmann* DB 1993, 2575, 2578 diesen Vorschlag bei der heutigen Büroorganisation für grotesk.

⁴³ Ebenso, aber noch schärfer (ungeeignet) *Melullis* MDR 1994, 109, 110.

⁴⁴ Vgl. z. B. BGH NJW 1993, 1126; OLG Frankfurt NJW 1991, 2154 (jeweils zur Bürgschaft) sowie zu beiden Entscheidungen *Cordes* NJW 1993, 2427 ff.; BGH WM 1997, 2000 (zum formbedürftigen Schuldbeitritt); a. A. OLG Düsseldorf NJW 1992, 1050 (zur Kündigung eines VOB-Vertrages).

Aus der Literatur siehe etwa *Jauernig/Jauernig*, BGB 8. Aufl. 1997, § 126 Rdnr. 4; *MünchKomm/Förschler*, BGB. 3. Aufl. 1993, § 126 Rdnr. 22; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Aufl. 1998, § 126 Rdnrn. 7 und 11; *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1826 f.; *Schmittmann* DB 1993, 2575 m.w.N.

⁴⁵ Siehe nur OLG Köln NJW 1992, 1774. Eine andere Frage ist die, ob der für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses gemäß § 592 S.2 ZPO erforderliche urkundliche Nachweis durch die Vorlage eines Telefax erbracht werden kann; vgl. hierzu ebenfalls OLG Köln a.a.O.

III. Die Reaktion des Gesetzgebers: Die im SigG getroffene Regelung

1. Überblick über Ziele und Vorgehensweise des Gesetzgebers

Das im folgenden zu besprechende SigG ist als Art. 3 in das Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG, sog. Multimedia-Gesetz⁴⁶) eingebettet. Es ist am 1.8.1997 in Kraft getreten⁴⁷, die dazugehörige SigV am 1.11.1997⁴⁸. Der Gesetzgeber hat die oben angesprochene Gefahr gesehen, die davon ausgeht, daß elektronisch übertragene oder gespeicherte Daten spurlos verändert werden können. Mit dem Erlaß des SigG sieht sich der Gesetzgeber in einer internationalen Vorreiterrolle⁴⁹, Standortvorteile für die Bundesrepublik Deutschland sollen gesichert werden⁵⁰. Das Gesetz soll einen administrativen Rahmen vorgeben, bei dessen Einhaltung digitale Signaturen möglichst eindeutig einer bestimmten Person zuzuordnen sind und die Signaturen als sicher vor Fälschung sowie signierte Daten als sicher vor Verfälschung gelten können⁵¹. Die Beweisfunktion digital signierter Daten soll über die faktische Sicherheit der digitalen Signatur erreicht werden, da davon ausgegangen werden könne, daß die Gerichte diese im Rahmen der freien Beweiswürdigung honorieren würden. In einem weiteren Schritt werde geprüft, ob Änderungen im Beweisrecht geboten seien. Ferner werde geprüft, ob und in welchen Fällen es zweckmäßig erscheine, neben der Schriftform auch die „digitale Form“ mit digitaler Signatur zuzulassen⁵².

⁴⁶ Siehe hierzu den Überblick von Bröhl CR 1997, 73 ff.

⁴⁷ BGBl. 1997 I, S. 1870 ff.

⁴⁸ BGBl. 1997 I, S. 2498 ff.

⁴⁹ Besondere Erwähnung verdient, daß die Europäische Kommission am 13.5.1998 einen Vorschlag über eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (KOM [1998] 297/2) unterbreitet hat; zu diesem Richtlinienentwurf siehe Brisch, CR 1998, 492 ff. Die dem Entwurf vorschwebende Liberalität insbesondere im Hinblick auf eine Genehmigungsfreiheit des Anbietens von Zertifizierungsdiensten ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen.

Zur internationalen Entwicklung vgl. im übrigen etwa Erber-Faller, in Geis (Fußn. 19) S. 128 ff. Zur Entwicklung in den USA vgl. Hein/Rieder DuD 1997, 469 ff.; zu dem in den USA vorgelegten „Electronic Data Security Act 1997“ siehe NJW-CoR 1997, 252. Eine Würdigung des SigG aus internationaler Sicht findet sich bei Kuner CR 1997, 643 ff.

⁵⁰ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 16 und 71.

⁵¹ Die Anwendung anderer Verfahren als des im SigG definierten ist in § 1 II SigG ausdrücklich freigestellt. Der Gesetzgeber wollte Raum lassen für unterschiedliche, innovative technische Lösungen; so die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 28. Kritisch zu dieser seiner Ansicht nach nur scheinbaren Liberalität Roßnagel DuD 1997, 75, 78.

⁵² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 16 f. und 26; vgl. sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, ebenda, S. 72. Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes vgl. Roßnagel DuD 1997, 75. Zur kontroversen Diskussion im Vorfeld siehe nur die umfangreichen Nachweise bei Malzer DNotZ 1998, 96, 98 Fußn. 6.

Entsprechende Überlegungen des Gesetzgebers über eine „Textform“ wurden laut telefonischer Auskunft beim BMJ wieder fallen gelassen, vgl. hierzu daher nur Malzer DNotZ 1998, 96, 117 f.; die Überlegungen haben im übrigen bereits Eingang in die Rechtsprechung gefunden, siehe BGH WM 1997, 2361 (2365).

2. Die Technik der digitalen Signatur

Die Technik der digitalen Signatur⁵³ beruht auf einem sogenannten Public-Key-System⁵⁴. Es werden Paare von nicht identischen Schlüsseln hergestellt⁵⁵, die jeweils einem Teilnehmer zugeordnet werden. Einer der Schlüssel ist geheim, der andere ist öffentlich bekannt oder kann aus öffentlich zugänglichen Verzeichnissen entnommen werden. Beide Schlüssel gehören zwar funktional zusammen, doch kann der geheime Schlüssel nicht aus dem öffentlichen berechnet werden⁵⁶. Er wird sofort nach seiner Erzeugung auf einer unausforschbaren Chipkarte gespeichert und ist niemandem bekannt. Die Chipkarte wird mittels PIN oder biometrischer Verfahren⁵⁷ wie Fingerabdruck oder Stimmprüfung gegen die Benutzung durch Unbefugte gesichert. Zur Vornahme der digitalen Signatur benötigt der Anwender einen Computer nebst Lesegerät, in das die Chipkarte einzuführen ist, um den geheimen Schlüssel zu benutzen. Der Akt der digitalen Signatur⁵⁸ selbst ist wie folgt zu beschreiben⁵⁹:

Der Aussteller eines elektronischen Dokuments ergänzt dieses um eine sogenannte Faltung⁶⁰. Die Faltung wird mittels

⁵³ Die Technik ist vielfach beschrieben worden; siehe z. B. Bizer (Fußn. 5) S. 145 f.; Bizer/Hammer DuD 1993, 619 f.; Ernst NJW-CoR 1997, 165 f.; Erber-Faller MittBayNot 1995, 182, 186; Fritzsche/Malzer DNotZ 1995, 3, 5 f.; Geis NJW 1997, 3000, 3001; Melullis MDR 1994, 109, 110 f.; siehe auch die Nachweise in Fußn. 59.

⁵⁴ Das bekannteste dieser Systeme wurde von den Mathematikern Rivest, Shamir, Adleman entwickelt und trägt dementsprechend den Namen RSA-Verfahren; vgl. hierzu Fox DuD 1997, 69 ff., dort sind auch andere Verfahren beschrieben.

⁵⁵ Die in SigG und SigV vorgesehene Erzeugung der Schlüsselpaare in Trust Centern wird kontrovers beurteilt; vgl. einerseits Nehl DuD 1997, 100 f., und andererseits Federrath DuD 1997, 98 f.; verschiedene Modelle von Schlüssel- und Zertifikatswechseln werden diskutiert bei Bauspieß/Scheerhorn DuD 1997 334 ff.

⁵⁶ Eine Schlüssellänge von 1024 Bit erfüllt nach Gräve/Lukies NJW-CoR 1998, 228, 232, die Anforderungen des SigG. Schlüssellängen zwischen 512 und 1024 Bit entsprechen Zahlen mit mehr als 150 Dezimalstellen, so Bizer (Fußn. 5) S. 145 Fußn. 21.

Die mathematische Sicherheit des RSA-Verfahrens beruht im wesentlichen darauf, daß die Zerlegung eines aus zwei sehr großen Primzahlen errechneten Produkts in seine Primfaktoren sehr schwierig zu bewerkstelligen ist, so daß bereits der Versuch aussichtslos erscheint; siehe wiederum Bizer (Fußn. 5) S. 145, sowie Rüßmann (Fußn. 18) S. 155 Fußn. 18.

Siehe im übrigen zur Fälschungssicherheit digitaler Signaturen Fox DuD 1997, 69 ff. und Pordesche/Nissen CR 1995, 562 ff. Der Gesetzgeber selbst weist auf verbleibende Restrisiken hin; siehe BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 26.

⁵⁷ Die Möglichkeit der Sicherung durch biometrische Verfahren wurde auch vom Gesetzgeber gesehen; siehe die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 27; vgl. auch Bieser CR 1996, 564, 566 und Hammer CR 1992, 435, 437.

⁵⁸ Innerhalb geschlossener Benutzergruppen ist das im SigG definierte Verfahren nach Aussagen des Gesetzgebers bereits im Einsatz; vgl. BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 25 und 71, sowie Glade/Reimer/Struif (Hrsg.), Digitale Signatur und sicherheitsintensive Anwendungen, 1995, S. 13 ff. Vor Inkrafttreten des SigG wurde kritisiert, daß es nur „zwei zarte Pflänzchen“ geben werde, die auf die digitale Signatur und dabei nicht einmal auf die i. S. des SigG verweisen würden: diskutiert wurde damals über Regelungen zur digitalen Einwilligungserklärung bei der Inanspruchnahme von Multimediadiensten und entsprechende Änderungen zum Fernunterrichtsgesetz, siehe Mertes CR 1996, 769, 771 mit Fußn. 12.

⁵⁹ Vgl. hierzu auch die anschaulichen Skizzen von Hammer CR 1992, 435, 437 und von Rüßmann (Fußn. 18) S. 154.

⁶⁰ Der Gesetzgeber spricht in diesem Zusammenhang von einem „digitalen Fingerabdruck“; Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 29.

des sogenannten Hash-Algorithmus errechnet und ist vergleichbar einer mathematischen Quersumme. Anschließend wird die Faltung mit dem geheimen Schlüssel des Ausstellers verschlüsselt. Die in dieser Weise verschlüsselte Faltung des Dokuments ist die digitale Signatur und dient als Authentifikator. Dem Empfänger wird das um die Signatur ergänzte Dokument zusammen mit dem öffentlichen Schlüssel des Ausstellers zugeleitet. Zur Überprüfung berechnet der Empfänger, ebenso wie der Absender, die Faltung des unverschlüsselten Dokuments und entschlüsselt mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders die Signatur. Stimmen beide dem Empfänger vorliegenden Faltungen überein, dann steht fest, daß das Dokument nach der Signatur nicht mehr verändert worden ist. Die Zuordnung des öffentlichen Schlüssels zum Absender ermöglicht darüber hinaus die Nachprüfbarkeit von dessen Identität. Das beschriebene Verfahren hat den Vorteil, daß es sich auch zur Anwendung außerhalb geschlossener Benutzergruppen eignet. Demgegenüber würde etwa die Benutzung eines Paßwortes jedem Teilnehmer, dem das Paßwort bekannt ist, Zugang zu und Zugriff auf alle Daten eröffnen; die Anwendung eines derartigen Verfahrens wäre nur innerhalb eines geschlossenen Personenkreises sinnvoll⁶¹.

3. Die maßgebliche Rolle der Zertifizierungsstellen

Dreh- und Angelpunkt⁶² der von SigG und SigV definierten Sicherheitsinfrastruktur sind die Zertifizierungsstellen. Diese Aussage wird bestätigt, wenn man sich vor Augen führt, welche Aufgaben⁶³ diesen Stellen im wesentlichen zugewiesen sind:

- Zuverlässige Identifikation des Teilnehmers, Erzeugung des betreffenden Schlüsselpaares⁶⁴, Zuordnung des öffentlichen Schlüssels zu dem Teilnehmer und Ausgabe des privaten Schlüssels an ihn (§§ 5 Abs. 1 SigG, 3 Abs. 1 und 5 f. SigV),
- Bestätigung dieser Zuordnung durch ein Signaturschlüssel-Zertifikat, das jederzeit für jeden über öffentlich erreichbare Telekommunikationsverbindungen nachprüfbar sein muß (§§ 5 Abs. 1 SigG, 8 SigV). Das Zertifikat ist selbst ein mit der Signatur der Zertifizierungsstelle versehenes digitales Dokument (Legaldefinition in § 2 Abs. 3 SigG),
- Aufnahme u. a. folgender Daten in das Zertifikat (§ 7 SigG):
 - Name des Schlüsselinhabers⁶⁵,
 - Bezeichnung des zugeordneten öffentlichen Signaturschlüssels,

- Gültigkeitsdauer des Zertifikats,
- Angaben, ob die Nutzung des Signaturschlüssels auf bestimmte Anwendungen nach Art und Umfang beschränkt ist,
- Vergabe von sogenannten Zeitstempeln (§ 9 SigG), durch die die Zertifizierungsstelle bescheinigt, daß ihr bestimmte digitale Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen haben (§ 2 Abs. 4 SigG).

Weitere Aufgaben sind etwa die Sperrung von Zertifikaten, die Unterrichtung der Teilnehmer über das Verfahren sowie eine umfassende Dokumentation (vgl. §§ 6, 8 und 10 SigG, 9 und 13 SigV).

Träger der eben beschriebenen Funktionen kann gemäß § 2 Abs. 2 SigG jede natürliche oder juristische Person sein. Die Dienstleistung der Zertifizierung soll im freien Wettbewerb durch private Unternehmen unter behördlicher Aufsicht erbracht werden⁶⁶. Hierzu ist eine Genehmigung erforderlich, die gemäß § 3 SigG durch die Regulierungsbehörde nach § 66 Telekommunikationsgesetz erteilt wird. Die Genehmigung ist zu erteilen⁶⁷, sofern die in § 4 Abs. 3 SigG umschriebenen Voraussetzungen⁶⁸ vorliegen. Verlangt werden insofern die Zuverlässigkeit des Antragstellers und des von ihm beschäftigten Personals, die für den Betrieb einer Zertifizierungsstelle erforderliche Fachkunde sowie die Einhaltung technischer Sicherungsanforderungen.

4. Kritik an der gesetzlichen Regelung

Kritik an dem Gesetz hat sich u. a.⁶⁹ insbesondere an der gesetzlichen Regelung im Hinblick auf die Zertifizierungsstellen entzündet. Die Reihe der Kritiker reicht vom Deutschen Bundesrat⁷⁰ über Vertreter der Notarschaft⁷¹ bis hin zum Chaos Computer Club e. V.⁷².

Bemängelt wird, daß alle sicherheitsrelevanten Funktionen im Zusammenhang mit der digitalen Signatur in einer Hand liegen sollen, nämlich in der Hand von privatwirtschaftlich arbeitenden und gewerblich orientierten Zertifizierungsstellen. Diese Vereinigung berge eine hohe Mißbrauchsgefahr in sich⁷³.

Gegenstand der Kritik ist des weiteren die in § 3 Abs. 1 SigV vorgesehene Feststellung der Identität anhand des Bundespersonalausweises oder auf andere geeignete Weise. Darin

⁶¹ Bei dem oben beschriebenen Public-Key-System handelt es sich um ein asymmetrisches Verschlüsselungsverfahren; vgl. *Gräve/Lukies* NJW-CoR 1998, 228, 229. Der oben beschriebene Vorteil wird auch vom Gesetzgeber herausgestrichen: siehe die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 26.

⁶² So die Formulierung von *Mertes* CR 1996, 769, 771; die maßgebliche Rolle der Zertifizierungsstellen wird in der Literatur immer wieder betont; vgl. z. B. *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 21 ff.; *Melullis* MDR 1994, 109, 111.

⁶³ Siehe auch die Zusammenstellungen bei *Malzer* DNotZ 1998, 96, 101; *Mertes* CR 1996, 769, 771; *Roßnagel* DuD 1997, 75, 76 f.

⁶⁴ Die Schlüsselerzeugung kann auch durch den Teilnehmer selbst erfolgen; siehe hierzu § 5 Abs. 1 SigV.

⁶⁵ Es kann statt dessen auch ein dem Signaturschlüssel-Inhaber zugeordnetes Pseudonym in das Zertifikat aufgenommen werden. Zweck dieser Regelung ist es, die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen, etwa über das Kaufverhalten, zu verhindern; siehe *Bieser* CR 1996, 564, 566 sowie Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 31.

⁶⁶ So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 30.

⁶⁷ § 4 SigG ist Anspruchsgrundlage für die Erteilung der Lizenz; Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 30.

⁶⁸ Nähere Regelungen finden sich diesbezüglich insbesondere in §§ 14 SigG, 10-12 und 16 SigV.

⁶⁹ Gegenstand der Kritik ist auch die Aussparung jeglichen zivilrechtlichen Regelungsgehaltes sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht: siehe hierzu etwa *Malzer* DNotZ 1998, 96, 112 ff.; vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Bundesrates zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 59 f. Das SigG wurde daher als „gesetzgeberisches Torso“ (*Geis* NJW 1997, 3000, 3002 und 3004) und als „zahnloser Tiger“ (*Mertes* CR 1996, 769, 771 und 772) bezeichnet.

⁷⁰ Stellungnahme des Deutschen Bundesrates zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 58 ff.

⁷¹ *Malzer* DNotZ 1998, 96, 113 ff., 118 ff.

⁷² Die Stellungnahme des Chaos Computer Clubs e. V. findet sich unter der Internetadresse <http://www.ccc.de/CRD/CRD150597A.html>.

⁷³ Vgl. z. B. Chaos Computer Clubs e. V. (Fußn. 72) S. 1.

wird eine Sicherheitslücke gesehen, die etwa durch den Rückgriff auf die Meldebehörden der Länder aufgefüllt werden könne⁷⁴. Ferner wird befürchtet, daß die Zertifizierungsstellen insoweit zur Einsparung von Kosten auf die nötige Sorgfalt verzichten würden⁷⁵.

Scharf angegriffen wird des weiteren die Übertragung der eigentlichen Zertifizierungsaufgabe auf Private, die als Systembruch innerhalb des geltenden Rechts angeprangert wird⁷⁶. Der Zuordnung eines bestimmten öffentlichen Schlüssels zur Person des Inhabers wird entscheidende Bedeutung beigemessen; es handle sich hierbei um die „Schnittstelle Mensch/Technik“⁷⁷. Die Bestätigung der Zuordnung wird aufgrund ihrer Wirkungen gegenüber Dritten als öffentliche Aufgabe verstanden, die mit der öffentlichen Beglaubigung nach § 129 Abs. 1 BGB verglichen wird⁷⁸. Zutreffend ist eher ein Vergleich mit der notariellen Beglaubigung eines Handzeichens gemäß § 126 Abs. 1 BGB. Dort wird Zuordnung eines Handzeichens, das nicht die Züge einer charakteristischen Namensunterschrift trägt, zu einer bestimmten Person nachweisbar bestätigt. Bei der Bestätigung der Zuordnung des öffentlichen Schlüssels i. S. des SigG handelt es sich um einen Parallellfall⁷⁹.

Ein weiterer Ansatzpunkt für Kritik wird darin gesehen, daß juristisch nicht vorgebildete Schalterangestellte⁸⁰ der Zertifizierungsstellen den Beratungsbedarf für die Antragsteller nicht erfüllen könnten. In der Tat sehen Gesetz und Verordnung (vgl. §§ 6 SigG, 4 SigV) zwar lediglich eine Beratung im Hinblick auf die einzuhaltenden Sicherheitsmaßnahmen vor, es besteht aber auch Beratungsbedarf in rechtlicher Hinsicht⁸¹. Dies vor allem deswegen, weil Gesetz und Verordnung sowohl die Aufnahme einer Vertretungsmacht für dritte Personen in das Zertifikat vorsehen als auch eine Selbstbeschränkung (summenmäßig oder nach Art des Rechtsgeschäfts) des Teilnehmers am elektronischen Rechtsverkehr (vgl. im einzelnen §§ 5 Abs. 3, 7 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 SigG, 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 4 SigV)⁸². Eine entsprechende Beratung und Formulierung der Vertragsbedingungen könne nur durch einen Juristen geleistet werden.

Vehement kritisiert wird schließlich die völlig fehlende Haftungsregelung⁸³. In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich insoweit lediglich ein Satz: „Mögliche Haftungsfragen sind aus dem jeweiligen Verantwortungsbereich und dem allgemeinen Haftungsrecht zu beantworten (jeder haftet für sein

schuldhaftes Handeln und Unterlassen)“⁸⁴. Daß dies als völlig unzureichend empfunden wird, überrascht nicht. Wenn demgegenüber aus den Reihen des Bundesministeriums der Justiz erwidert wird, die Zertifizierungsstelle hafte gegenüber geschädigten Dritten nur dann nicht, wenn Vermögensschäden durch ein fahrlässiges Verhalten ihrer Mitarbeiter verursacht worden seien⁸⁵, so liegt dem eine schiefe Sicht der tatsächlichen Verhältnisse zugrunde. Gerade derartige Fälle dürften häufig auftreten; daher besteht insoweit ein dringender Regelungsbedarf. Ein nicht wiedergutzumachender Vertrauensverlust ist zu befürchten, wenn etwa ein Teilnehmer infolge des Vertrauens auf ein unrichtiges Zertifikat einen Schaden erlitten hat. Auch wenn diese Unrichtigkeit auf mangelnder Sorgfalt der Mitarbeiter der Zertifizierungsstelle, etwa bei der Identifikation, beruht, ist Schadensersatz nicht zu erlangen: Bei dem eingetretenen Schaden wird es sich meist um einen nicht unter § 823 Abs. 1 BGB fallenden Vermögensschaden handeln, und unmittelbare vertragliche Beziehungen des Geschädigten zur Zertifizierungsstelle bestehen nicht.

Der Kritik ist nichts hinzuzufügen. Sie überzeugt. Dabei würde es die dem Gesetzgeber vorschwebende Organisationsform der Zertifizierungsstellen in weitreichendem Maße ermöglichen, der Kritik Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß bei den Zertifizierungsstellen zu differenzieren ist zwischen dem (einmaligen) „Trust-Center“, in dem die Signaturschlüssel Personendaten zugeordnet und die Zertifikate erstellt werden. In einer beliebigen Anzahl von Kundenbetreuungsstellen sollen demgegenüber Anträge entgegengenommen werden, die Antragsteller identifiziert und beraten sowie die Zertifikate gegebenenfalls auch ausgehändigt werden⁸⁶. Die Zuweisung der für die Kundenbetreuung vorgesehenen Aufgaben etwa an die Notare, die ja bereits Träger öffentlicher Aufgaben sind, würde die aufgezeigten Schwachstellen weitgehend beseitigen⁸⁷. Es könnte hierbei auf eine bereits bestehende Infrastruktur zurückgegriffen werden. Zuverlässige Identifizierung sowie sachkundige und unparteiische Beratung, auch in rechtlichen Fragen, wären gewährleistet. Hinzuweisen ist zudem auf die in § 19 BNotO enthaltene Haftungsregelung im Hinblick auf Amtspflichtverletzungen sowie vor allem auf die in § 19a BNotO vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung. Der vom Gesetz-

⁷⁴ Mertes CR 1997, 769, 774.

⁷⁵ Deutscher Bundesrat, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 58.

⁷⁶ Siehe insbesondere Malzer DNotZ 1998, 96, 113 ff.; vgl. auch Deutscher Bundesrat, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 58.

⁷⁷ So die Formulierung von Malzer DNotZ 1998, 96, 115.

⁷⁸ Siehe z. B. Deutscher Bundesrat, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 58.

⁷⁹ Zutreffend Malzer DNotZ 1998, 96, 104, vgl. auch S. 107 und 113 ff.

⁸⁰ So die Formulierung von Malzer DNotZ 1998, 96, 115 f.

⁸¹ Zweifelhaft ist demgegenüber, ob eine einmalige notarielle Beratung vor der Ausgabe der Karte aus Verbraucherschutzrechtlichen Gründen Sinn macht: Die Karte kann nach der Ausgabe beliebig oft genutzt werden; zutreffend daher Melullis MDR 1994, 109, 114; a. A. offenbar Malzer DNotZ 1998, 96, 116.

⁸² Die zitierten Vorschriften belegen im übrigen, daß der Versuch, materiell-rechtliche Inhalte gänzlich aus dem Gesetz auszuklammern, nicht völlig geglückt ist: vgl. hierzu die Nachweise in Fußn. 69.

⁸³ Siehe z. B. Deutscher Bundesrat, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 59; Roßnagel DuD 1997, 75, 79.

⁸⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13//7385 vom 9.4.1997, S. 27. Demgegenüber ist in dem Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission (Fußn. 49) eine spezielle Haftungsregelung vorgesehen; vgl. hierzu die Darstellung von Brisch, CR 1998, 492, 497 f.

⁸⁵ Timm DuD 1997, 525, 527 (Hervorhebung im Original).

⁸⁶ BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 31.

⁸⁷ Vgl. auch Erber-Faller MittBayNot 1995, 182, 189, die davon ausgeht, daß die Notare als Träger einiger Trustcenterfunktionen in Betracht kommen; für eine Zertifizierung durch die Notare tritt Malzer DNotZ 1998, 96, 118 ff. ein; vgl. außerdem Deutscher Bundesrat, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 58; Chaos Computer Clubs e. V. (Fußn. 72) S. 2. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß in den USA im Rahmen des „cybernotary project“ Überlegungen angestellt werden, einen neuen Beruf speziell für den elektronischen Rechtsverkehr zu schaffen; siehe hierzu Erber/Faller, in Geis (Fußn. 19) S. 128, 137.

Siehe aber auch Roßnagel DuD 1997, 75, 78, der die Verhinderung des isolierten Angebots einzelner Funktionen kritisiert und die Zertifizierungsstruktur für insgesamt zu restriktiv hält. Wenn Hein/Rieder DuD 1997, 469, 471 Fußn. 20 gegenüber dem Verständnis der Zertifizierung als öffentlicher Aufgabe einwenden, daß die Notare nicht über die erforderliche Technik verfügten, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Technik der Signatur mit dem Begriff der öffentlichen Aufgabe überhaupt nichts zu tun hat.

geber angestrebte freie Wettbewerb könnte bei der vorge-schlagenen Organisationsform nach wie vor innerhalb der Trust-Center stattfinden⁸⁸.

IV. Digitale Signatur und Schriftform

1. Die Rechtslage de lege lata

Das BGB geht bekanntlich vom Grundsatz der Formfreiheit aus⁸⁹. Dieser Grundsatz ist jedoch an zahlreichen Stellen durchbrochen. Schriftform ist etwa vorgesehen in §§ 111 S. 2, 368, 409 Abs. 1 S. 2, 766, 780 und 781 BGB⁹⁰. Wie bereits erwähnt⁹¹, hat der Gesetzgeber des SigG darauf hingewiesen, daß geprüft werde, ob und in welchen Fällen es zweckmäßig erscheine, neben der Schriftform auch die digitale Form zuzulassen. Er hat damit zwar zum Ausdruck gebracht, daß die digitale Signatur auch nach seiner Auffassung der gesetzlichen Form nicht genüge. Aber sowohl die Diktion des Gesetzes als auch verschiedene Stellen in den Materialien vermitteln den Eindruck einer besonderen Formqualität der digitalen Signatur. So wird in den Gesetzesmaterialien die digitale Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift verglichen. Der ersteren wird dabei eine nahezu absolute Fälschungssicherheit bescheinigt, während letztere mit einem kleinen Roboter in kaum nachweisbarer Weise gefälscht werden könne⁹². Die Rede ist von einer Art digitalem Siegel zu digitalen Daten sowie von digitalen Dokumenten⁹³. Der Verfasser des Gesetzesentwurfs hat sich in der Literatur dahin gehend geäußert, daß für den elektronischen Rechtsverkehr die Chipkarte an die Stelle des Füllfederhalters treten werde⁹⁴.

a) Gesetzliche Schriftform

Der durch derartige Äußerungen vermittelte Eindruck trägt. Sofern im Gesetz Schriftform vorgeschrieben ist, muß gemäß § 126 Abs. 1 BGB die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig⁹⁵ durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Unter Urkunde wird gemeinhin die schriftliche Verkörperung einer Gedanken-erklärung verstanden, auf einem Medium, das geeignet ist,

Schriftzeichen dauerhaft festzuhalten⁹⁶. Ein digitales Dokument erfüllt bereits diese Voraussetzung nicht. Eine Gedanken-erklärung wird zwar auf Dauer festgehalten, aber nicht in schriftlicher Form, sondern als digitaler Code auf einem Speichermedium. Es fehlt an der Schriftlichkeit⁹⁷. Das hier gefundene Ergebnis dürfte der allgemeinen Auffassung entsprechen⁹⁸.

Die Frage nach einer Funktionsäquivalenz von eigenhändiger Unterschrift und digitaler Signatur stellt sich also gar nicht mehr. Sie im Rahmen der Prüfung der geltenden Rechtslage aufzuwerfen, ist im übrigen auch nicht sinnvoll. Denn selbst wenn die Beantwortung dieser Frage ergeben würde, daß mit der digitalen Signatur sämtliche mit der Schriftform verfolgten Regelungszwecke erreicht werden könnten, würde es gleichwohl bei der in § 125 S. 1 BGB angeordneten Nichtigkeitsfolge bleiben. Der Formzweck ist nämlich gesetzgeberisches Motiv für die jeweiligen Formvorschriften, nicht aber Tatbestandsvoraussetzung⁹⁹. Eine andere Sichtweise wäre einerseits kaum vereinbar mit der Rechtsprechung des BGH, wonach die Berufung auf die Formnichtigkeit nur ausnahmsweise gegen § 242 BGB verstößt, nämlich sofern sie zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde¹⁰⁰. Zum anderen würde sie zu Spekulationen über den Umfang des jeweiligen Formzweckes führen und damit die Rechtssicherheit in unerträglicher Weise beeinträchtigen¹⁰¹.

b) Gewillkürte Schriftform

Diskutiert werden kann aber darüber, ob digital signierte Dokumente nach dem SigG der gewillkürten Schriftform des § 127 BGB genügen. Hierfür spricht zunächst, daß nach § 127 S. 2 BGB telegraphische Übermittlung genügt, sofern nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Der Gesetzgeber wollte durch die Aufnahme dieser Bestimmung in das BGB den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen¹⁰². Entgegen der Fassung des E I¹⁰³ ist es nach der heute geltenden

⁸⁸ Im übrigen ist aufgrund der hohen technischen Anforderungen ohnehin nicht mit einer hohen Anzahl von Zertifizierungsstellen zu rechnen, die untereinander im freien Wettbewerb konkurrieren; siehe hierzu *Mertes* CR 1996, 769, 772.

⁸⁹ Die Mitglieder der ersten und zweiten Kommission planten noch eine gesetzliche Normierung des Grundsatzes der Formfreiheit; siehe §§ 91 I E I und 104 I E II; abgedruckt bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899 (Nachdruck Aalen 1979), S. LXXXI. In der zweiten Kommission wurde der Antrag auf Streichung der Vorschrift zunächst abgelehnt, in zweiter Lesung aber der Redaktionskommission überwiesen, siehe Protokolle I, ebenda, S. 696.

⁹⁰ Weitere Nachweise finden sich etwa bei *MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 125 Rdnr. 7; siehe auch BGH WM 1997, 2361 (2363) = JZ 1998, 520 mit Anm. *Schulze*.

⁹¹ Siehe oben bei Fußn. 52.

⁹² BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 27 und 34: Der Gesetzgeber geht von einer nahezu absoluten Fälschungssicherheit der digitalen Signatur aus.

⁹³ Siehe z.B. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 25 sowie § 2 I SigG. Die Diktion wird auch kritisiert von *Malzer* DNotZ 1998, 96, 112; vgl. auch *Roßnagel* CR 1997, 75, 77 f.

⁹⁴ *Bieser* CR 1996, 564, 565.

⁹⁵ Ausnahmen finden sich z. B. in §§ 793 Abs. 2 2 BGB, 13 S. 1 AktG, 426 Abs. 2 Nr. 9 HGB, 3 Abs. 2 S. 2, 39 Abs. 1 S. 1 HS 2, 43 Nr. 4 VVG.

⁹⁶ Vgl. etwa BGH WM 1997, 2361 (2363).

⁹⁷ Siehe hierzu etwa *MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 7; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 2.

⁹⁸ Vgl. z.B. *Bizer* (Fußn. 5) S. 142 f. und 147; *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 19 f.; *Melullis* MDR 1994, 109, 112; *Malzer* DNotZ 1998, 96, 103; *provet/GMD*, Die Simulationsstudie Rechtspflege, 1994, S. 200 f.

⁹⁹ Zutreffend *MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 125 Rdnrn. 5 und 68; vgl. auch *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1826 f., jeweils m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. aus neuerer Zeit etwa BGH NJW 1993, 1126 (1128); BGH WM 1997, 2000 (2001). Aus der Literatur vgl. z. B. *Cordes* NJW 1993, 2427, 2429; *Ebnet* NJW 1992, 2985, 2990 (anders aber offenbar *ders.* JZ 1996, 507, 513); *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1826 f.

Dem gegenüber argumentiert *Schürmann* NJW 1996, 3005, 3006 mit dem Schutzzweck der Normen, die Schriftform anordnen. Im Hinblick auf eine Wohnraumkündigung etwa tritt er für die Figur einer gespaltenen Willenserklärung ein: Per Telefax kann die Frist gewahrt werden, das umgehend nachgesendete eigenhändig unterschriebene Original soll die Form wahren.

¹⁰¹ So auch *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1827.

¹⁰² Motive I, bei *Mugdan* (Fußn. 89), S. 454; vgl. auch Protokolle I, ebenda, S. 697 f., und die Denkschrift, ebenda, S. 835.

¹⁰³ § 92 II E I, abgedruckt bei *Mugdan* (Fußn. 89), S. LXXXI. Bemerkenswert ist aber, daß im ersten Entwurf noch vorgesehen war, die Übermittlung eines Telegramms auch für Wahrung der gesetzlichen Schriftform ausreichen zu lassen. Zu den Gründen, warum auf die eigenhändige Unterzeichnung des Aufgabetelegramms verzichtet wurde, siehe Protokolle I, ebenda, S. 698 f., sowie die Denkschrift, ebenda, S. 835 f.

Rechtslage nicht erforderlich, daß das Aufgabetelegramm eigenhändig vom Aussteller unterzeichnet ist, so daß auch die mündliche Aufgabe ausreichend ist¹⁰⁴. Hinzu kommt, daß nach ganz herrschender Auffassung auch Telefax und Fernschreiben für die Wahrung der gewillkürten Schriftform ausreichen¹⁰⁵. Angesichts dessen wird in der Literatur für einen „modernisierten“ Urkundenbegriff in Bezug auf § 127 S. 2 BGB eingetreten, der eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auch auf lediglich digital gespeicherte Dokumente erlaube¹⁰⁶.

Es ist zu prüfen, ob diese Analogie gerechtfertigt ist. Dies wäre fraglich, wenn die vereinzelt vertretene Auffassung¹⁰⁷ zutreffend wäre, die schon die Gleichstellung von Telegramm und Fernkopie mit der Begründung ablehnt, daß beim Telegramm ein Postbeamter zwischengeschaltet sei, bei dem Auftrag und Übermittlung für jeden Einzelfall dokumentiert werden; dagegen werde beim Telefax von dritter Seite lediglich eine Leitung zur Verfügung gestellt. Indessen ist diese Erwägung nicht geeignet, die von der herrschenden Auffassung befürwortete analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB auf Fernkopien in Frage zu stellen. Eine zu restriktive Auslegung dieser Bestimmung würde nicht nur der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen wollte und damit Offenheit gegenüber der technischen Entwicklung gezeigt hat, die ja seit der Redaktion des BGB enorme Fortschritte gemacht hat. Die Vorstellung von dem gewissenhaften Postbeamten, der jeden Auftrag persönlich entgegennimmt und dauerhaft nachprüfbar schriftlich niederlegt, entspricht auch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Insofern ist die Möglichkeit einer dem § 127 S. 2 BGB genügenden fernmündlichen Aufgabe eines Telegramms in Erinnerung zu rufen sowie die Tatsache, daß das Aufgabetelegramm wohl kaum zeitlich unbeschränkt aufbewahrt wird¹⁰⁸.

Mit Recht bezweifelt werden kann daher nur das Bedürfnis nach einer derartigen Analogie. Im Bereich der von ihnen selbst gewählten Schriftform sind die Parteien ja völlig frei. § 127 BGB ist nur eine Auslegungsregel. Den Parteien steht es offen, sowohl die Voraussetzungen hinsichtlich der Einhaltung der Form zu regeln als auch die Rechtsfolgen ihrer Nichtbeachtung¹⁰⁹. Insbesondere können sie von einem vereinbarten Formerfordernis auch wieder abgehen. Eine entsprechende Vereinbarung muß nicht ausdrücklich getroffen werden. Und nach zwar bestrittener¹¹⁰, aber doch wohl herrschender Auffassung¹¹¹ reicht es sogar aus, wenn sich die Parteien unbewußt über eine Formabrede hinweggesetzt haben. Ein dringendes Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB auf digitale Dokumente ist mithin nicht zu sehen.

¹⁰⁴H. M., vgl. z. B. *Erman/Brox*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 127 Rdnr. 6; *MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 127 Rdnr. 10a.

¹⁰⁵Siehe z. B. BGH NJW-RR 1996, 866 (867); *Erman/Brox* (Fußn. 104) § 127 Rdnr. 6; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 44) § 127 Rdnr. 2; *Ebnet* NJW 1992, 2985, 2989; *Elzer/Jacobi* ZIP 1997, 1821, 1827 („erst recht“); *Tschentscher* CR 1991, 141, 144; noch weitergehend *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl. 1980, § 127 Rdnr. 3.

¹⁰⁶Siehe im einzelnen *Tschentscher* CR 1991, 141, 144.

¹⁰⁷*Malzer* DNotZ 1998, 96, 104 f., 108 f.

¹⁰⁸Bereits der Gesetzgeber hat die Beweisschwierigkeiten gesehen, die sich daraus ergeben können, daß das Aufgabetelegramm nur während einer beschränkten Zeit aufbewahrt wird. Gleichwohl hat er dem Verkehrsbedürfnis Vorrang eingeräumt; siehe Protokolle I, bei *Mugdan* (Fußn. 89), S. 697.

¹⁰⁹Vgl. aus den Materialien Motive I, bei *Mugdan* (Fußn. 89), S. 455 f.; Protokolle I, ebenda, S. 696 und 700.

¹¹⁰*MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 125 Rdnr. 77; *Larenz/Wolf*; AT, 8. Aufl. 1997, § 27 Rdnr. 62; vgl. auch *Medicus*, AT, 6. Aufl. 1994, Rdnr. 643.

Gleichwohl ist im Ergebnis der Auffassung zuzustimmen, die für eine analoge Anwendung des § 127 S. 2 BGB auf digital signierte Dokumente eintritt. Ausschlaggebend hierfür ist, daß auch die Übermittlung einer Nachricht im Wege des Telefax der gewillkürten Schriftform genügt. Im Hinblick darauf wäre es geradezu widersinnig, digital signierte Dokumente aus dem analogen Anwendungsbereich des § 127 S. 2 herauszunehmen, die im Hinblick auf die Gewährleistung von Authentizität und Integrität der Erklärung erwiesenermaßen eine wesentlich höhere Sicherheit bieten als Fernkopien.

2. Regelungsperspektiven de lege ferenda

a) Die mit der Normierung der gesetzlichen Schriftform verfolgten Zwecke

Die Zulassung einer digitalen Form neben der Schriftform setzt voraus, daß ein digital signiertes Dokument dieselben Aufgaben ebenso gut erfüllen kann wie eine eigenhändig unterzeichnete Urkunde. Bevor ein entsprechender Funktionsvergleich angestellt werden kann, sind die Ziele¹¹² darzustellen, die das Gesetz verfolgt, soweit Schriftform vorgeschrieben ist. Diese Ziele sind im wesentlichen¹¹³ wie folgt zu umschreiben, wobei zu beachten ist, daß in den jeweiligen Formvorschriften unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt sind.

Auf einer Urkunde wird der Inhalt des Rechtsgeschäfts dauerhaft festgehalten. Inhalt und Umfang der vertraglichen Vereinbarung unterliegen der jederzeitigen nachträglichen Feststellbarkeit. Durch das Leisten der eigenhändigen Unterschrift wird der Vertragsschluß von den Vorverhandlungen abgehoben; die Unterschrift schließt die Urkunde ab¹⁰⁴. Die vom Aussteller unterzeichnete Privaturkunde stellt ein zuverlässiges Beweismittel im Prozeß dar, das die Führung des Urkundenprozesses gemäß §§ 592 ff. ZPO ermöglicht sowie der besonderen Beweisregel des § 416 ZPO unterliegt. Das Erfordernis der eigenhändigen Unterzeichnung warnt den Aussteller vor einer übereilten rechtsgeschäftlichen Bindung. Die in § 126 Abs. 1 BGB geforderte Namensunterschrift ermöglicht die Identifizierung des Ausstellers¹¹⁵. Die über der Unter-

¹¹¹Vgl. etwa BGH NJW 1965, 293; NJW 1974, 1653 (1654); BGH WM 1974, 105; *Erman/Brox* (Fußn. 104) § 125 Rdnr. 8 und § 127 Rdnr. 5; *RGRK/Krüger-Nieland*, BGB, 12. Aufl. 1982, § 125 Rdnr. 31; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl. 1987, § 125 Rdnr. 33; *Flume*, AT, 2. Band, 4. Aufl. 1992, § 15 III 2 (S. 264 f.); *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 206.

¹¹²Vgl. hierzu auch *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 186; *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 18 f.; *Hammer* CR 1992, 435, 439; *Köhler* AcP 182 (1982), 126, 148; *Tschentscher* CR 1991, 141, 143; siehe auch BGH WM 1997, 2361 (2365) zur Warn-, Klarstellungs- und Übereilungsfunktion.

¹¹³Neben den oben erwähnten Zwecken sei nur an dieser Stelle etwa noch der z. B. in § 34 GWB verfolgte Kontrollzweck erwähnt; vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 44) § 125 Rdnr. 2.

¹¹⁴Die Abschlußfunktion ist daher in einem doppelten Sinne zu verstehen; vgl. *Jauernig/Jauernig* (Fußn. 44) 126 Rdnr. 2.

¹¹⁵Bestritten, a. A. *MünchKomm/Förschler* (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 21; *Häsemeyer* JuS 1980, 1, 2; *Larenz/Wolf* (Fußn. 110) § 27 Rdnr. 29. Wie hier aber bereits die Gesetzesverfasser; vgl. Motive I, bei *Mugdan* (Fußn. 89), S. 454: „Die Unterschrift hat die Person des Ausstellers hinreichend zu kennzeichnen“; wie hier im übrigen auch *Erman/Brox* (Fußn. 104) § 126 Rdnr. 9; *Jauernig/Jauernig* (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 2; ebenso die in Fußn. 112 Genannten.

Indessen ist der Streit hier nicht von Bedeutung. Denn die notarielle Beglaubigung eines Handzeichens dient in jedem Fall der Identifikation des Teilnehmers; und bei der digitalen Signatur liegt ein Parallelfall vor, siehe oben bei Fußn. 79.

schrift stehende Erklärung wird als eine solche des Ausstellers authentifiziert. Zusammenfassend kann somit von folgenden Funktionen gesprochen werden: Perpetuierungs-, Klarstellungs-, Abschluß-, Beweis-, Warn-, Identitäts- und Echtheitsfunktion.

b) Materiell-rechtliche Gleichstellung des digital signierten Dokuments?

(1) Vorteile der digitalen Signatur gegenüber der eigenhändigen Unterschrift

Eine materiell-rechtliche Gleichstellung von eigenhändiger Unterschrift und digitaler Signatur würde gewiß nicht zu unterschätzende Vorteile mit sich bringen. Lästige und kleinliche Streitfragen im Hinblick auf Gestaltung und Standort der Unterschrift müssen bei digital signierten Dokumenten nicht diskutiert werden. Es sei daran erinnert, daß die Unterschrift zwar nicht lesbar sein muß; sie muß aber charakteristische Züge aufweisen und die Absicht erkennen lassen, eine vollständige Unterschrift zu leisten. Maßgeblich ist insofern nicht der Parteiwille, sondern das äußere Erscheinungsbild¹¹⁶. Erinnert sei des weiteren an die in der Praxis bestehenden Probleme mit der Abschlußfunktion. Nach herrschender Auffassung muß die Unterschrift den Urkundentext räumlich abschließen, damit der darüber stehende Text von ihr gedeckt wird. Zur Formwahrung ist es dementsprechend nicht ausreichen, wenn sie über oder neben dem Text steht¹¹⁷. Demgegenüber läßt die digitale Signatur dem Aussteller keinen Gestaltungsspielraum, der den Gerichten Ansatzpunkte für Zweifel an deren Wirksamkeit bieten würde. Ebenso eindeutig ist die Frage zu beantworten, welcher gedankliche Inhalt von der Signatur umschlossen ist. Darüber hinaus soll die digitale Signatur ja nahezu absolut fälschungssicher sein¹¹⁸.

(2) Nachteile und fehlende Funktionsäquivalenz

Es dürfte aber nahezu unstrittig sein, daß die digitale Signatur kein volles Funktionsäquivalent zur eigenhändigen Unterschrift darstellt¹¹⁹. Berechtigte Zweifel werden insbesondere angemeldet im Hinblick auf die Identitätsfunktion. Bereits weiter oben wurde kritisiert, daß die Zuordnung des öffentlichen Schlüssels zum Inhaber Privaten übertragen wurde¹²⁰. Wenn hier auch nur in seltenen Fällen Fehler unterlaufen – etwa infolge mangelnder Sorgfalt bei der Identifikation des Antragstellers –, ist das Vertrauen des Rechtsverkehrs nachhaltig erschüttert, und die digitale Signatur dürfte trotz aller vorgesehenen technischen Sicherungsvorkehrungen für die Wahrnehmung der Identifikationsaufgabe insgesamt untaug-

lich sein. Bisweilen wird im Zusammenhang mit der Identitätsfunktion auch darauf hingewiesen, daß die Ausgabe einer Chipkarte mit persönlicher Kennnummer zur Weitergabe geradezu verleite¹²¹. Dieser Hinweis ist zwar zutreffend, zumal weil die Erfahrungen aus einer Simulationsstudie¹²² diesbezüglich nicht gerade optimistisch stimmen. Mit der Identitätsfunktion hat dieser Hinweis freilich nichts zu tun. In dem dargestellten Fall wird sich der Inhaber den Mißbrauch nämlich nach den Grundsätzen über den Blankettmißbrauch zurechnen lassen müssen¹²³. Man muß sich aber fragen, ob derartige Mißbrauchsmöglichkeiten durch die Zuerkennung materiell-rechtlicher Urkundenqualität noch erweitert werden sollen.

Einigkeit besteht ferner dahin gehend, daß die Vornahme einer digitalen Signatur den durch viele Formgebote angestrebten Übereilungsschutz nicht in gleicher Weise gewährleistet wie das eigenhändige Unterzeichnen einer Urkunde. Die Erklärung, der Unterzeichnungsvorgang und der Erklärungsgegner sind entkörperlicht¹²⁴. Das Einschieben einer Chipkarte, die Eingabe der Kennung und die Betätigung einer Taste führen dem „Aussteller“ weniger eindringlich vor Augen, daß er sich rechtsgeschäftlich verpflichtet, als das Leisten der eigenhändigen Unterschrift, das ja schon seit Jahrhunderten die Erfüllung der Warnfunktion gewährleistet¹²⁵.

(3) Ergebnis

Im Ergebnis ist somit eine pauschale Gleichstellung von eigenhändiger Unterschrift und digitaler Signatur im Hinblick die Wahrung der gesetzlichen Schriftform abzulehnen. Dies gilt nicht zuletzt auch angesichts der für den kaufmännischen Verkehr in § 350 HGB vorgesehenen Freistellungen vom Formzwang¹²⁶.

V. Beweiswert des digital signierten Dokuments

1. Die Rechtslage de lege lata

a) Das digital signierte Dokument als Objekt des Augenscheins

Der Gesetzgeber ging von einer Deckungsgleichheit des materiell-rechtlichen und des zivilprozessualen Urkunden-

¹¹⁶Einzelheiten sind hier nicht von Interesse; siehe daher nur *Medicus* (Fußn. 110) Rdnr. 619 und *Melullis* MDR 1994, 109, 112, beide m.w.N. aus der Rechtsprechung. Erst jüngst mußte sich das BVerfG mit einem Fall beschäftigen, in dem ein LAG einen von einem Rechtsanwalt geleiteten Schriftzug nicht als eigenhändige Unterschrift anerkannt hatte; vgl. BVerfG NJW 1998, 1853 und dazu *Schneider* NJW 1998, 1844 ff., der dafür plädiert, der „formalistischen und sinnentleerten Unterschriften-Rechtsprechung den Garaus zu machen“ (S. 1846).

¹¹⁷Vgl. BGHZ 113, 48 (54); BGH NJW 1992, 829; BGH WM 1997, 2361 (2363), einschränkend aber *Köhler* JZ 1996, 408 ff., und Festschrift für *Schippel*, 1996, S. 199, 219 f.

¹¹⁸Siehe oben bei Fußn. 92

¹¹⁹Siehe z. B. *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 187; *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 19 ff.; *Hammer* CR 1992, 435, 439; *Heun* CR 1995, 2, 6; vgl. aber auch *Geis* NJW 1997, 3000, 3003, der darauf hinweist, daß nach dem Verständnis des deutschen EDI-Mustervertrages (s.o. Fußn. 29) die digitale Signatur der Unterschrift funktional adäquat sei.

¹²⁰Siehe oben S. 9.

¹²¹Vgl. z. B. *Malzer* DNotZ 1998, 96, 110; *Erber-Faller* MittBayNot 1995, 182, 186 f.

¹²²Siehe *provet/GMD* (Fn. 98), S. 144 f.

¹²³Die Parallele wird des öfteren gezogen: siehe bereits *Köhler* AcP 182 (1982), 126, 137 f.; *Fritzsche/Malzer* DNotZ 1995, 3, 15 f.; *Hammer/Bizer* DuD 1993, 689, 694.

Vgl. auch *Malzer* DNotZ 1998, 96, 115, der – allerdings im Zusammenhang mit der Zertifizierung – gar den Vergleich mit einer in blanko erteilten Generalvollmacht zieht. Unabhängig davon, ob dieser Vergleich zutrifft, sind jedenfalls Folgerungen hieraus im Hinblick auf die Formqualität eines digital signierten Dokumentes verfehlt. Denn nach der Konzeption des BGB kann grundsätzlich jede Vollmacht formfrei erteilt werden; vgl. statt aller *Münch-Komm/Schramm* (Fußn. 44) § 167 Rdnrn. 14 ff.

¹²⁴So die Formulierung von *Malzer* DNotZ 1998, 96, 107; vgl. auch *Melullis* MDR 1994, 109, 112.

¹²⁵Zu Formfreiheit und Formzwang in der geschichtlichen Entwicklung vgl. *Staudinger/Dilcher* (Fußn. 105) § 125 Rdnr. 2.

¹²⁶Für den bürgerlich-rechtlichen Bereich wird von *Bizer* (Fußn. 5) S. 150 Fußn. 43 vorgeschlagen, eine elektronische Quittung zuzulassen. Der Gesetzgeber sah in der Quittung im übrigen den Hauptfall der gesetzlichen Schriftform in diesem Bereich an; so *Protokolle I*, bei *Mugdan* (Fußn. 89) S. 697 und 698.

begriffs aus¹²⁷. Auch im Zivilprozeßrecht ist Schriftlichkeit vorausgesetzt.

Erforderlich ist dementsprechend eine Verkörperung in Lautzeichen (Buchstaben), die aus sich heraus ohne weiteres verständlich ist oder (z. B. durch Zuziehung von Übersetzern) verständlich gemacht werden kann. Gedankenklärungen, die auf Datenträgern gespeichert sind, sind nicht lesbar. Da ihr Inhalt darüber hinaus nicht jederzeit verfügbar ist, sondern nur unter Einsatz technischer Hilfsmittel, fehlt ihnen auch die Verkehrsfähigkeit¹²⁸. Digitale Dokumente sind somit nach der vorstehenden Definition keine Urkunden¹²⁹.

Als Alternative bleibt die Einführung von digitalen Dokumenten in den Prozeß als Gegenstand des Augenscheins¹³⁰ (§ 371 ZPO). Das Gericht wird sich vom Beweiswert des digital signierten Dokuments also im Wege der Einnahme des Augenscheins ein Bild machen. Regelmäßig wird hierzu die Zuziehung eines Sachverständigen (§ 372 ZPO) erforderlich sein. Dessen Aufgabe ist es, dem Gericht die ihm fehlende Kenntnis von Erfahrungssätzen zu vermitteln oder aufgrund von Erfahrungssätzen aus einem feststehenden Sachverhalt Schlußfolgerungen zu ziehen oder aufgrund seiner Sach- und Fachkenntnis Tatsachen festzustellen¹³¹. Die Zuhilfenahme eines Sachverständigen wird jedenfalls solange vonnöten sein, als die Gerichte noch nicht mit der Technik der Überprüfung von digital signierten Dokumenten vertraut sind und gerichtlich dokumentierte Erfahrungen im Hinblick auf die Sicherheit und eventuell verbleibende Restrisiken von digitalen Signaturen noch nicht gesammelt sind. Das so gefundene

Ergebnis der Beweisaufnahme unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO.

b) Zur Anwendbarkeit der Regeln über den Anscheinsbeweis

Der Hinweis des Gesetzgebers¹³² auf eine „faktische Beweis-sicherheit“ der digitalen Signatur, die durch eine entsprechende Honorierung von deren Sicherheit durch die Gerichte erreicht werden soll, dürfte auf die Anwendung der Regeln über den prima-facie-Beweis abzielen. Die Regelungen des SigG beugen nach Auffassung des Gesetzgebers einer Vielzahl gutachterlicher Untersuchungen in Gerichtsprozessen und einer damit verbundenen Belastung der Gerichte vor¹³³. Die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind aber nach der Definition der Rechtsprechung nur gegeben „bei typischen Geschehensabläufen...“, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Erfolg – oder umgekehrt – geschlossen werden kann. Bloße Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus¹³⁴. Ein Anscheinsbeweis würde dementsprechend voraussetzen, daß ein Erfahrungssatz dahin gehend besteht, daß bei einem positiven Prüfergebnis der digitalen Signatur das Dokument vom Aussteller stammt und nach der Signatur nicht mehr verändert worden ist. Entsprechendes Erfahrungswissen fehlt aber bisher¹³⁵.

Bei der Bildung eines entsprechenden Erfahrungssatzes ist ein behutsames Vorgehen ratsam. Dies zeigen die oben dargestellten Schwankungen der Rechtsprechung im Hinblick auf die Anwendung des prima-facie-Beweises auf den Zugang von Telefaxdokumenten und die Sicherheit der PIN. Würde sich ein voreilig von der Rechtsprechung aufgestellter Erfahrungssatz im nachhinein als unrichtig erweisen, so hätte dies einen Verlust des Vertrauens in die Sicherheit der digitalen Signatur zur Folge, der ihrer Akzeptanz im Rechtsverkehr nicht gerade förderlich wäre und in keinem Verhältnis stünde zu den anfänglichen Vorteilen, die eine zügige Anwendung des Anscheinsbeweises möglicherweise mit sich bringen würde.

2. Regelungsperspektiven de lege ferenda: Urkundenbeweisrecht für digital signierte Dokumente?

Gleichwohl ist gerade die Tatsache, daß auch digital signierte Dokumente der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen, Gegenstand harscher Kritik. De lege ferenda wird nachdrücklich eine Ausdehnung der für Urkunden geltenden Beweisvorschriften auf digital signierte Dokumente gefordert. Anderenfalls, so die Kritiker, seien erhebliche Nachteile für den Wirtschaftsstandort Deutschland zu befürchten¹³⁶. Ins

¹²⁷Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte sich der Urkundenbegriff des § 126 BGB mit dem des § 381 C.P.O. (= § 416 ZPO) decken; siehe hierzu BGH WM 1997, 2361 (2363). Aus den Materialien vgl. Motive I, bei *Mugdan* (Fußn. 89). S. 454; Protokolle I, ebenda, S. 697; Denkschrift, ebenda, S. 835; Kommissionsbericht zum Allgemeinen Teil ebenda, S. 967. Zum zivilprozessualen Urkundenbegriff siehe im übrigen BGHZ 65, 300 (301).

¹²⁸Auf Einzelheiten muß hier nicht eingegangen werden; vgl. daher nur MünchKomm-ZPO/Schreiber, 1992, § 415 Rdnrn. 4–6 *Zöller/Geimer*, ZPO, 20. Aufl. 1997, vor 415 Rdnr. 2. Zu EDV-Datenträgern siehe auch *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 56. Aufl. 1998, Übersicht vor § 415 Rdnr. 3; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, § 121 I (S. 697); *Redeker* NJW 1984, 2390, 2394; *Baltzer*, Gedächtnisschrift *Bruns*, 1980, S. 73, 82.

Hammer/Bizer DuD 1993, 619, 623 sind demgegenüber der Auffassung, daß bei digitalen Dokumenten bereits das Merkmal der Verkörperung fehle; anders und zutreffend aber *Malzer* DNotZ 1998, 96, 103.

¹²⁹Vgl. die Nachweise in Fußn. 128. Anders aber *Kilian* DuD 1993, 606, 609, der für eine analoge Anwendung der §§ 415 ff. ZPO eintritt, sofern bestimmte Anforderungen an die Authentizität erfüllt sind; ausführlich *Britz*, Urkundenbeweisrecht und Elektrotechnologie, 1996, S. 230 ff.; siehe auch *Schuppenhauer* DB 1994, 2041 ff.

¹³⁰Daß digitale Dokumente Gegenstand des Augenscheins sind, ist nahezu allgemeine Auffassung; vgl. die Nachweise in Fußn. 128 sowie *Thomas/Putzo*, ZPO, 20. Aufl. 1997, Vorbem. § 371 Rdnr. 6; *Stein/Jonas/Schuhmann*, ZPO, 20. Aufl. 1989, vor § 371 Rdnrn. 4 und 6; *Geis* NJW 1997, 3000 f.; *Hammer* CR 1992, 435, 438; *Rüßmann* (Fußn. 18) S. 143 ff., 157. Zur Gegenauffassung siehe die Nachweise in Fußn. 129.

¹³¹So die Definition bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fußn. 128) § 122 I (S. 704); zur Tatsachenfeststellung durch Sachverständige siehe § 123 I 3 (S. 717). Die Abgrenzung zwischen Sachverständigen und Zeugen erfolgt nach dem Kriterium der Ersetzbarkeit: Der Sachverständige ist ersetzbar, der Zeuge (auch der sachverständige) nicht; so *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O.; unzutreffend daher *Hammer/Bizer* DuD 1993, 619, 621.

¹³²BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 26.

¹³³BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, S. 26.

¹³⁴BGH NJW 1995, 665 (667); vgl. auch *Zöller/Greger* (Fußn. 128) vor § 284 Rdnr. 29.

¹³⁵So auch *Hammer/Bizer* DuD 1993, 689, 693, 697; vgl. auch *Malzer* DNotZ 1998, 96, 109 f.; vgl. ferner *Melullis* MDR 1994, 109, 111 und 112 f. Zu den auch bei der digitalen Signatur von elektronischen Dokumenten verbleibenden Restrisiken vgl. die Nachweise in Fußn. 56. Erwähnt seien an dieser Stelle die Gefahren, die aus dem Signieren in fremder Systemumgebung resultieren können.

¹³⁶So die Äußerung von *Seidel* in einem von der Bundesnotarkammer veranstalteten Forum, referiert von *Rüßmann* (Fußn. 18) S. 144 Fußn. 15. Vgl. auch *Bergmann/Streitz* CR 1994, 77, 79; *Seidel* CR 1993, 409 ff. und 484 ff.; siehe ferner *Geis*, in *Geis* (Fußn. 19) S. 84, der die freie richterliche Beweiswürdigung als Prozeßrisiko ansieht.

Auge gefaßt ist dabei eine dem § 416 ZPO nachempfundene Beweisregel¹³⁷. Der Gesetzgeber steht derartigen Forderungen offen gegenüber¹³⁸.

a) Zum jetzigen Zeitpunkt

Der hier vertretene Standpunkt dürfte leicht zu erraten sein, wenn man sich die obigen Ausführungen zum Beweis des ersten Anscheins in Erinnerung ruft. In der Literatur wurden die gesetzlichen Beweisregeln des Urkundenbeweises anschaulich bezeichnet als „in Recht geronnenes Wissen über die Zuverlässigkeit der eigenhändigen Unterschrift unter einem Schriftdokument, das sich auf eine jahrhundertealte Erfahrung im Rechtsverkehr stützen kann“¹³⁹. Es wurde bereits gesagt, daß derartige Erfahrungen bisher noch nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Vor einer Ausdehnung der angesprochenen Beweisregel auf digital signierte Dokumente ist noch eindringlicher zu warnen als vor der vorschnellen Annahme eines Anscheinsbeweises. Denn der Gesetzgeber ist nicht zu schnellen Reaktionen in der Lage. Würde etwa das im SigG definierte Verfahren, das heute als sicher gilt, morgen gebrochen, dann hätte dies zur Folge, daß eine mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmende Beweisregel im Gesetz stünde. Möglich wäre daher allenfalls eine offene Regelung, die etwa auf den aktuellen Stand der Technik verweist. Doch müßte dieser Stand dann wieder unter Zuhilfenahme von Sachverständigen festgestellt werden. Gewonnen wäre damit nichts¹⁴⁰.

b) Zu einem späteren Zeitpunkt

Somit stellt sich abschließend die Frage, ob die Einfügung einer dem § 416 ZPO entsprechenden Beweisregel wenigstens zu einem späteren Zeitpunkt hilfreich wäre, nämlich dann, wenn die im Laufe der Zeit gesammelten Erfahrungen die angebliche Fälschungssicherheit der digitalen Signatur bestätigt haben. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Analyse¹⁴¹ der betreffenden Beweisregel erforderlich. § 416 ZPO lautet: „Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind“.

Die Beweisregel gilt nur für echte Privaturkunden¹⁴². Insofern ist in § 440 ZPO folgende Regelung getroffen: Die Echtheit von nicht anerkannten Privaturkunden ist zu beweisen (§ 440 Abs. 1 ZPO). Diese Beweisführung erfolgt ohne Bindung an Beweisregeln im Rahmen freier Beweiswürdigung¹⁴³. Steht die Echtheit der Unterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen notariell beglaubigt, so hat

die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich (§ 440 Abs. 2 ZPO). Diese gesetzliche Vermutung kann gemäß § 292 S. 1 ZPO durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden, der mit allen Beweismitteln geführt werden kann¹⁴⁴. Erst wenn diese Beweisführung mißlingt, kommt § 416 ZPO zur Anwendung, also erst dann, wenn feststeht, daß die Urkunde mit Inhalt vom Aussteller stammt. Bedeutete „Abgabe“ i. S. des § 416 ZPO nichts anderes als Herrühren der Erklärung vom Aussteller¹⁴⁵, dann würde sich die formelle Beweiskraft der Bestimmung nur auf das erstrecken, was vorher – wenn auch mit der Hilfe der in § 440 Abs. 2 ZPO geregelten Vermutung – schon bewiesen werden mußte.

Angesichts dieser Rechtslage ist es schwierig, überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich für die Beweisregel des § 416 ZPO zu finden¹⁴⁶, innerhalb dessen dem Gericht die freie Beweiswürdigung verwehrt ist¹⁴⁷. In der Literatur werden hierzu im wesentlichen zwei Ansichten vertreten. Die Mehrzahl der Autoren ist dabei der Auffassung, es sei voller Beweis erbracht für das willentliche Inverkehrbringen der Urkunde¹⁴⁸. Kontrovers beurteilen die Vertreter dieser herrschenden Meinung aber die Frage nach der Zulässigkeit eines Gegenbeweises; von einigen ihrer Anhänger wird sie bejaht¹⁴⁹, von anderen dagegen kategorisch verneint¹⁵⁰. Nach einer neueren Auffassung dagegen ist der Tatbestand des willentlichen Inverkehrbringens nur insoweit als bewiesen zu erachten, als es um die materiell-rechtlichen Wirkungen der in

¹⁴²Siehe BGH NJW 1988, 2741.

Ob im Rahmen des § 416 ZPO eine eigenhändige Unterschrift erforderlich ist, ist umstritten. Im Gegensatz zu § 126 Abs. 1 BGB spricht § 416 ZPO nicht von Namensunterschrift und Eigenhändigkeit. Angesichts dieses Wortlauts und vor allem im Hinblick darauf, daß die Echtheit der Unterschrift ohnehin voll zu beweisen ist (s. o. im Text), bestehen keine Bedenken, im Rahmen des § 416 ZPO auch mechanisch hergestellte Unterschriften wie Faksimilestempel zuzulassen; wie hier insbesondere MünchKomm ZPO/Schreiber (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 5; vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 4; Thomas/Putzo (Fußn. 130) § 416 Rdnr. 2; Stein/Jonas/Leipold (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 4; MünchKomm/Förschler (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 6; zur Gegenauffassung vgl. etwa Zöller/Geimer (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 1 f.; Bizer/Hammer DuD 1993 619, 624; Malzer DNotZ 1998, 96, 106.

¹⁴³Vgl. etwa MünchKomm-ZPO/Schreiber (Fußn. 128) § 440 Rdnr. 2; Rüßmann (Fußn. 18) S. 145; siehe auch BGHZ 82, 115.

¹⁴⁴Auch Antrag auf Parteivernehmung ist nach h. M. zulässig: BGH NJW 1988, 2741 (2742); vgl. auch MünchKomm/Schreiber (Fußn. 128) § 440 Rdnr. 3; Stein/Jonas/Leipold (Fußn. 128) Rdnr. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fußn. 128) § 121 III 2 b (S. 701).

¹⁴⁵So offenbar Zöller/Geimer (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 4.

¹⁴⁶Zu Recht weist Rüßmann (Fußn. 18) S. 145 f., darauf hin, daß für die Beweisregel im Hinblick auf Urkunden, die Wissenserklärungen enthalten, kein sinnvoller Anwendungsbereich gefunden werden kann.

¹⁴⁷Vgl. z. B. MünchKomm/Förschler (Fußn. 44) § 126 Rdnr. 6.

¹⁴⁸So z. B. insbesondere MünchKomm/Schreiber (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 8; vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 6; Stein/Jonas/Leipold (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fußn. 128) § 121 III 2 b (S. 701).

¹⁴⁹Vgl. etwa Stein/Jonas/Leipold (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 11; Zöller/Geimer (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 4. Wegen § 445 Abs. 2 ZPO kann der Gegenbeweis nicht durch Antrag auf Parteivernehmung angetreten werden.

¹⁵⁰Vor allem von MünchKomm-ZPO/Schreiber (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 10; siehe auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 6.

¹³⁷Vom AWW wurde ein § 416a ZPO erarbeitet, der wie folgt lautet: „Gleich einer privaten Urkunde im Sinne des § 416 ZPO werden auf Datenträgern gespeicherte Dokumente und deren Ausdruck behandelt, wenn es sich um eine Gedankenäußerung handelt, die nach dem Stand der Technik geeignete Verfahren die Datenauthenzität und die Identität des Ausstellers erkennen läßt und durch geeignete Techniken und organisatorische Maßnahmen vor Verfälschung gesichert ist“; referiert von Rüßmann (Fußn. 18) S. 144 Fußn. 13.

¹³⁸Vgl. Bieser CR 1996, 564, 566 f. sowie die Nachweise in Fußn. 52.

¹³⁹Bizer/Hammer DuD 1993, 619, 624; vgl. auch Bizer (Fußn. 5) S. 159.

¹⁴⁰Siehe auch die zutreffenden Ausführungen von Melullis MDR 1994, 109, 113.

¹⁴¹Siehe hierzu auch Bizer/Hammer DuD 1993, 619, 620 ff.; Heun CR 1995, 2 f.; Malzer DNotZ 1998, 96, 105 f.; Tschentscher CR 1991, 141, 145.

§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB angesprochenen Abgabe von schriftlichen Willenserklärungen geht; ein Gegenbeweis soll aber zulässig sein, sofern das Abhandenkommen der Erklärung andere materiell-rechtliche Wirkungen insbesondere im Hinblick auf eine Anfechtungsmöglichkeit entfalte“¹⁵¹.

Eine Stellungnahme zu den angerissenen Streitfragen ist für den hier interessierenden Zusammenhang nicht erforderlich. Immerhin sei darauf hingewiesen, daß beide Auffassungen nicht voll überzeugen können. Gegenüber der herrschenden Auffassung ist der bekannte Lehrbuchfall in Erinnerung zu rufen, in dem die Sekretärin ohne Wissen ihres Chefs den verschlossenen und frankierten Briefumschlag abschickt. Die materiell-rechtliche Diskussion um die Lösung dieses Falles wäre für den Prozeßausgang irrelevant, wenn es zuträfe, daß der Aussteller wegen § 416 ZPO mit der Behauptung, er habe die Urkunde nicht willentlich in den Verkehr gebracht, im Rechtsstreit gar nicht gehört wird. Läßt man aber einen Gegenbeweis zu, dann stellt sich sofort die Frage nach der Vereinbarkeit der Zulässigkeit eines Gegenbeweises mit dem Wortlaut des § 416 ZPO, der ja nicht nur einer Vermutung statuiert, sondern aussagt, bei Vorliegen seiner Voraussetzungen sei voller Beweis erbracht¹⁵². Und den Vertretern der Mindermeinung sei zu bedenken gegeben, daß nach ihrer Auffassung der bekannte Streit um Folgen der fehlenden Abgabe einer Willenserklärung für die von § 416 ZPO erfaßten Fälle auf eine prozessuale Ebene verlagert wird: Wenn sich § 416 ZPO nicht nur auf eine Tatsache bezieht, sondern im Hinblick auf § 130 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Subsumtion ersetzt¹⁵³, dann erscheint es wenig sinnvoll, für das materielle Recht an der Auffassung festzuhalten, das Abhandenkommen einer Willenserklärung führe zu einer verschuldensabhängigen Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschaden ohne vorgeschaltete Anfechtung; denn diese Auffassung wäre im Prozeß nicht mehr durchsetzbar, wenn der Tatbestand der Abgabe der schriftlichen Erklärung aufgrund des § 416 ZPO nicht mehr bestritten werden könnte. Sinnvoll wäre es daher nur, für eine – dann im Ergebnis verschuldensunabhängige – Schadenser-

satzverpflichtung mit vorgeschalteter Anfechtung einzutreten. Ob aber § 416 ZPO dazu dienen soll, materiell-rechtliche Streitigkeiten zu präjudizieren, erscheint doch sehr zweifelhaft. Wichtig für die hier interessierende Frage nach einer Ausdehnung der Beweisregel des § 416 ZPO auf digital signierte elektronische Dokumente ist nur die Feststellung, daß es bereits Probleme bereitet, für den vielgepriesenen § 416 ZPO einen sinnvollen Anwendungsbereich zu finden. Alles spricht daher dafür, die Würdigung des Beweiswertes von digital signierten Dokumenten weiterhin den Gerichten zu überlassen“¹⁵⁴.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 1.) Die vom Gesetzgeber gewählte Vorgehensweise, zunächst lediglich die rechtliche Grundlage für die Einrichtung einer flächendeckenden Infrastruktur für digitale Signaturen zu schaffen, ist zu begrüßen.
- 2.) Zu kritisieren ist die Regelung über die Zertifizierungsstellen. Vor allem die Identifikation der Teilnehmer und die Zuordnung von öffentlichen Schlüsseln sollten nicht durch Private vorgenommen werden. Insoweit ist ein Rückgriff auf die durch die Notare bereitgestellte Infrastruktur erwägenswert.
- 3.) Die digitale Signatur wahrt die gesetzliche Schriftform nicht. Von einer pauschalen Gleichstellung von eigenhändig unterzeichneter Urkunde und digital signiertem Dokument ist abzuraten¹⁵⁵. Im Hinblick auf die jeweils vorrangige Zielsetzung der einzelnen Formgebote ist aber zu prüfen, ob die digitale Form neben der gesetzlichen Schriftform zuzulassen ist. Nicht mehr zeitgemäße Formgebote sollten abgeschafft werden.
- 4.) § 127 S. 2 BGB ist analog anwendbar bei digital signierten Dokumenten.
- 5.) Änderungen im Beweisrecht der ZPO sind nicht geboten. Die Würdigung des Beweiswertes digital signierter Dokumente sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben.

¹⁵¹ Britz (Fußn. 129) S. 143 ff., 225 ff.; Rüßmann (Fußn. 18) S. 146 ff., der im übrigen gesetzliche Beweisregeln allgemein als „anachronistisches Restbollwerk gegen den Siegeszug der freien Beweiswürdigung“ geißelt (a.a.O., S. 157).

¹⁵² § 292 ZPO gilt ja seinem Wortlaut nach nur für gesetzliche Vermutungen. Möglich bleibt demnach nur eine Schlußfolgerung aus einem Vergleich zwischen §§ 292 S. 2 und 445 II ZPO dahin gehend, daß ein Gegenbeweis zwar zulässig sei, aber nicht durch einen Antrag auf Parteivernehmung angetreten werden könne; so wohl Zöller/Geimer (Fußn. 128) § 416 Rdnr. 4.

¹⁵³ So ausdrücklich Rüßmann (Fußn. 18) S. 148.

¹⁵⁴ So im Ergebnis auch Melullis MDR 1994, 109, 112 f.; Rüßmann (Fußn. 18) S. 157 f.

¹⁵⁵ Diese Haltung dürfte auch dem von der Bundesnotarkammer erarbeiteten Entwurf eines Gesetzes über den elektronischen Rechtsverkehr zugrunde liegen (Stand 29.04.1997), zu beziehen über die Geschäftsstelle der Bundesnotarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln.

Ist die Befugnis zur Aufhebung des Erbverzichts vererblich?

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

– Zugleich Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 24.6.1998 – IV ZR 159/97, in diesem Heft S. 81 –

1. Inhalt und Tendenzen der Entscheidung

Nach Ansicht des BGHs kann ein Erbverzicht nur zu Lebzeiten des Verzichtenden und des künftigen Erblassers nach § 2351 BGB aufgehoben werden. Dies entspricht der herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. etwa MünchKommBGB/Strobel, 3. Aufl., 1997 § 2351 Rdnr. 2 m.w.N.; a.M. ist aus der neueren Literatur lediglich *Staudinger/Schotten*, 13. Bearbeitung 1996, § 2346 Rdnr. 97). Damit wurde zugleich die anderslautende Entscheidung des OLG München vom 14.4.1997 (ZEV 1997, 299) aufgehoben, die in den dazu ergangenen Urteilsbesprechungen abgelehnt wurde (*Wüstenberg* ZEV 1997, 299; *Pentz* MDR 1997, 1001). Es verwundert daher nicht, daß die BGH-Entscheidung in den ersten Urteilsanmerkungen zumindest im Ergebnis auf Zustimmung gestoßen ist (*Siegmann* ZEV 1998, 383; *von Oertzen/Sistermann* ZEV 1998, 380; und – trotz gewisser Bedenken – *Gernhuber* EWiR § 2351 BGB 1/98, 739). Damit setzt der BGH seine bereits im vorletzten Jahr (Urt. vom 13.12.1996 BGHZ 134, 60 = NJW 1997, 521 = MittBayNot 1997, 108 m. krit. Anm. *J. Mayer* MittBayNot 1997, 85: Pflichtteilsverzicht nur zu Lebzeiten des Erblassers) angedeutete Linie fort, daß der Erb- und Pflichtteilsverzicht und damit auch seine Aufhebung als „actus contrarius“ ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist. Gerade deshalb seien einige kritische Bemerkungen erlaubt.

2. Die praktische Bedeutung

Die praktischen Konsequenzen dieser Rechtsfrage dürfen nicht unterschätzt werden. Sie werden bereits am entschiedenen Fall deutlich. Es ging hier um einen Reparaturversuch der unliebsamen Folgen eines 1972 abgegebenen umfassenden Erbverzichts. Ein solcher hat ja bekanntlich die – meist nicht gewollte – Nebenfolge, daß er wegen § 2310 S. 2 BGB zur Erhöhung des gesetzlichen Erb- und damit auch Pflichtteils der anderen Abkömmlinge führt. Im Streitfall machte dies immerhin eine Verdoppelung der Pflichtteilsbelastung aus (statt ein Viertel die Hälfte des Nachlasses). Um dies zu verhindern, war nach dem Tod des Verzichtenden zwischen der Erblasserin und den Abkömmlingen des Verzichtenden der Erbverzicht aufgehoben worden.

3. Die Begründung des Gerichts

Der BGH begründet seine Entscheidung im wesentlichen mit drei Argumenten, die z.T. miteinander verwoben sind:

a) Rechtsklarheit beim Tod des Verzichtenden

Der BGH stützt sich maßgeblich auf die Überlegung, es müsse „aus Gründen der Rechtsklarheit mit dem Tode des Verzichtenden feststehen, daß er und sein Stamm endgültig aus der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser ausgeschie-

den sind.“ Und weiter wird betont, daß die vorweggenommene Erbfolge, zu der das Gericht auch den entgeltlichen Erbverzicht zählt, mit dem Tod des Verzichtenden „unveränderlich“ geworden sei. Dies überrascht. Denn im Erbrecht ist zunächst der Erbfall, also der Tod des Erblassers, „das Maß aller Dinge“. Damit tritt die Universalsukzession ein, § 1922 BGB; die gesetzliche Erbfolge bestimmt sich nach der Rechts- und Sachlage zu diesem Zeitpunkt. Er ist für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs maßgeblich (§ 2311 Abs. 1 S. 1 BGB). Freilich können auch danach liegende Zeitpunkte für die Beerbung maßgeblich sein, man denke etwa an die Fälle der ausdrücklichen oder konstruktiven Nacherbfolge (§§ 2100, 2104 f. BGB). Auch davor liegende Ereignisse können erbrechtliche Auswirkungen haben, etwa lebzeitige Zuwendungen mit Ausgleichungs- oder Anrechnungspflichten (§§ 2050 ff., 2315 f. BGB) oder pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkungen (§§ 2325 ff. BGB). Immer aber sind solche anderen Ereignisse und Zeitpunkte im Gesetz ausdrücklich bestimmt. Daß im Erbfall die Erbberechtigung feststehen muß, leuchtet ein. Daß aber der Tod des Verzichtenden eines Erbverzichts eine „Zäsur“ hinsichtlich der zukünftigen Erbfolge darstellen soll, die einen Eingriff aus Gründen der Rechtssicherheit verbietet, könnte nur dann überzeugen, wenn dadurch die anderen gesetzlichen Erben eine solche gefestigte Rechtsposition erhalten würden, daß in diese nicht mehr eingegriffen werden könnte.

b) Unantastbare Erbenstellung der anderen gesetzlichen Erben

In der Tat begründet der BGH dann auch seine Ansicht mit diesem Argument: „Eine Befugnis des Erblassers, die kraft Gesetzes eingetretene Erhöhung der Quote eines Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Verzichtenden ohne Zustimmung des gem. § 2310 S. 2 BGB Begünstigten wieder rückgängig zu machen, läßt sich mit den Grundsätzen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts nicht vereinbaren.“ Leider geht das Gericht auf diese Grundsätze nicht ein, die erst die eigentliche Begründung liefern würden. Wieso erlangen die Abkömmlinge der anderen Stämme des Erblassers, im Streitfall der Kläger, erst mit dem Tod des Verzichtenden dann über § 2310 S. 2 BGB eine solche feste Rechtsposition? Gibt es eine solche überhaupt? Wenn ja, ist sie schützenswert? Dem gesetzlichen Erbanspiranten vor Eintritt des Erbfalls allein wegen der Wirkungen des § 2310 S. 2 BGB ein „erbrechtliches Anwartschaftsrecht“ zuzubilligen, ist zumindest völlig neu. Wohl eher handelt es sich um einen für die Geschwister des Verzichtenden günstigen Reflex, der eine mittelbare Folge des Erbverzichts ist. Aber der andere Geschwisterteil hat damit nur die Möglichkeit, daß sein gesetzlicher Erbteil größer wird; dies muß aber nicht der Fall sein. Denn er kann ja vor dem Erblasser vorversterben. Ja der Erblasser kann wieder heiraten, Kinder bekommen oder adoptieren. Alles Möglich-

keiten, die den „erbrechtlichen Quantensprung“, der sich aus § 2310 S. 2 BGB ergibt, wieder zunichte machen können. Ja zumindest zu Lebzeiten des Verzichtenden kann der Erbverzicht wieder aufgehoben werden, wie § 2351 BGB ausdrücklich zulässt. Wieso mit dem Tod des Verzichtenden nicht mehr? Die Frage bleibt von diesem Argumentationsansatz aus offen. Und ist Gegenstand des Erbverzichts – nach der im Vordringen begriffenen Meinung – nur eine „jetzige Erbchance“ (*Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., 1995, § 7 IV 1 m.w. N.) so kann der sich aus § 2310 S. 2 BGB für den Begünstigten ergebende Reflex keine Verfestigung der Positionen allein wegen des Todes des Verzichtenden bewirken.

Nun gibt es allerdings eine Rechtsfigur, die zwingend zu einer einseitig irreparablen Erhöhung des Pflichtteils führt. Es ist dies die Ausgleichungspflicht von Vorempfängern, §§ 2050 ff. BGB, die nicht nur zu einer Veränderung der Teilungsquoten bei der Erbauseinandersetzung führt, sondern über § 2316 BGB direkt auch auf die Höhe des Pflichtteils der anderen Abkömmlinge wirkt. Und § 2316 Abs. 3 BGB bestimmt ausdrücklich, daß die sich für die Geschwister des Zuwendungsempfängers daraus ergebende Erhöhung ihres Pflichtteils vom Erblasser nicht einseitig ausgeschlossen werden kann. Nun könnte man geneigt sein, dies auch auf den entgeltlichen Erbverzicht zu übertragen und sagen, dann müßte dies hier erst recht gelten, zumal wenn man den entgeltlichen Erbverzicht sogar unter den Typus der vorweggenommenen Erbfolge einstuft. Aber dann erhebt sich immer noch die Frage, welche Reichweite eigentlich § 2351 BGB hat. Denn diese Vorschrift läßt ja eine Aufhebung des Erbverzichts zu und damit einen Eingriff in die Höhe des Pflichtteils ohne Zustimmung des zunächst durch einen Verzicht Drittbegünstigten. Insoweit ist die Rechtslage eben doch ganz anders als bei der Ausgleichung.

Der BGH bringt weiter die Überlegung, daß die Abkömmlinge des Verzichtenden dessen Motive „durchkreuzen“ könnten, wenn man ihnen die Aufhebungsbefugnis nach seinem Tode zuerkennen würde (dazu bereits *Pentz* a.a.O.). So wenn er bewußt seine Abkömmlinge von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen wolle oder die Erhöhung der Pflichtteilsquote seiner Geschwister mit dem Erbverzicht beabsichtige. Dabei wird aber zu wenig berücksichtigt, daß der Erblasser bis zu seinem Tod im Rahmen seiner Testierfreiheit weitgehend die erbrechtliche Gestaltungsbefugnis hat. Auch ohne die Mitwirkung der Abkömmlinge des verstorbenen Verzichtenden kann er diese testamentarisch zu seinen alleinigen Erben berufen und somit die Intensionen des Verzichtenden durchkreuzen (hiergegen hätte ein Erbvertrag mit entsprechender bindender Erbeinsetzung geholfen). Die angestrebte Pflichtteilserhöhung kann durch das spätere Hinzukommen von Pflichtteilsberechtigten oder die rechtzeitige Zuwendung von Vermögen jenseits der 10-Jahresgrenze des § 2325 Abs. 3 BGB zunichtegemacht werden.

c) Fehlende Aufhebungsbefugnis

Letztlich stützt der BGH seine Argumentation darauf, die Abkömmlinge des Verzichtenden könnten ihre Berechtigung zur Aufhebung nicht aus § 1924 Abs. 3 BGB herleiten. Unter Bezug auf die Motive (Mot. V 476) führt der Senat aus, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, daß der Erbverzicht auch über § 2349 BGB nicht das Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden vernichte, sondern nur ein Hindernis für die Verwirklichung ihrer Erbhoffnung sei. Diese lebe mit einer Aufhebung nach § 2351 BGB wieder auf. Zu einer Aufhebung seien sie aber nach dem Tod des Verzichtenden nicht befugt,

weil „der Erbaussicht der Enkel weiterhin der Erbverzicht des den Stamm nach der gesetzlichen Erbfolge repräsentierenden Verzichtenden entgegensteht.“ Dies ist letztlich ein Zirkelschluß: Weil der Erbverzicht besteht, sind die Abkömmlinge von der Erbfolge, ausgeschlossen. Und weil sie dadurch ausgeschlossen sind, ist eine Aufhebung nicht möglich. Damit dreht man sich im Kreis. Eine so weite Erstreckungswirkung kann man dem § 2349 BGB sicherlich nicht beimessen. § 1924 Abs. 3 BGB ist für die Frage der Aufhebungsbefugnis unbeachtlich. Wie *Pentz* (a.a.O., 1002; ebenso *Siegmann* a.a.O.) zu Recht feststellt, ist vielmehr die entscheidende Frage, ob die zunächst dem Verzichtenden zustehende, sich aus § 2351 BGB ergebende Aufhebungsbefugnis mit seinem Tode auf seine Erben übergegangen ist, oder aber als höchstpersönliches Recht nicht vererblich war.

4. Die Aufhebungsbefugnis als höchstpersönliches Recht?

Dem Gesetzeswortlaut des § 2351 BGB läßt sich nicht entnehmen, daß der Aufhebungsvertrag seitens des Verzichtenden nur ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist. Ja aus der ausdrücklichen Anordnung, daß der Erblasser diesen Vertrag nur höchstpersönlich schließen kann (insoweit wird ausdrücklich auf § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB verwiesen), läßt sich eher das Gegenteil herleiten. Zumal der Gesetzgeber beim Erbvertrag diese Frage ausdrücklich geregelt hat und in § 2290 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmte, daß nach dem Tod auch nur eines Vertragsteils ein Erbvertrag nicht mehr aufgehoben werden kann. Wenn in diesem Zusammenhang auf die Motive zurückgegriffen wird, die diese Regelung eigentlich als überflüssig angesehen haben (so *Pentz* a.a.O. unter Bezug auf Mot. V 179), so bezieht sich diese Äußerung allein auf den Erbvertrag, während im Unterschied dazu der Erbverzicht zunächst ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist (statt aller *Staudinger/Schotten* Einl. 21 zu §§ 2346 ff.).

Ausgehend von der Rechtsnatur des Erbverzichts als Rechtsgeschäft unter Lebenden ist daher zu fragen, ob die Aufhebungsbefugnis eine vererbliche Rechtsposition ist. Das Recht zur Aufhebung ergibt sich aus der Vertragsfreiheit (*Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994 § 17 2 b; *Staudinger/Löwisch*, BGB, 13. Bearbeitung 1994, § 305 Rdnr. 3). Die Vererblichkeit der Aufhebungsbefugnis ist im Gesetz nicht geregelt. Sie stellt jedoch gleichsam die Kehrseite der mit einem Vertrag verbundenen Rechte und Pflichten dar. Dabei ist anerkannt, daß Ansprüche und Verbindlichkeiten aus Schuldverhältnissen grundsätzlich vererblich sind (vgl. etwa *MünchKommBGB/Leipold* § 1922 Rdnr. 18). Demnach kann etwa der Erbe eines Käufers mit dem Verkäufer zweifellos einen Aufhebungsvertrag über den noch vom Erblasser abgeschlossenen Kaufvertrag abschließen, so lange das bisherige Schuldverhältnis noch nicht voll erfüllt ist. Dies dürfte wohl unstreitig sein. Allerdings meint *Gernhuber* (EWiR, a.a.O., 740) in seiner Anmerkung zur zu besprechenden Entscheidung, daß die „Legitimation zum Abschluß eines Aufhebungsvertrags kein Gegenstand der Erbfolge“ sein könne, kein subjektives Recht, sondern eine mit der Position des Vertragspartners verbundene „rechtliche Möglichkeit“. Wie das Beispiel zur Aufhebung des Kaufvertrags zeigt, ist dies aber nur insoweit richtig, als eine Aufhebungsbefugnis nicht eine eigenständig übertragbare Rechtsposition ist, sondern immer mit den sonstigen Rechten und Pflichten des Vertragsverhältnisses untrennbar verbunden ist.

Nun ist allerdings der Erbverzicht ein verfügender Vertrag unter Lebenden. Aber trotzdem vertritt die h.M. die Auffassung, daß auf ihn die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen und Verträge anwendbar sind, soweit sich aus der erbrechtlichen Natur des Erbverzichts und den speziellen Vorschriften der §§ 2346 ff. BGB keine Abweichungen ergeben (*Staudinger/Schotten* Ein. zu 21 §§ 2346 ff. m.w.N.; *Lange/Kuchinke*, a.a.O., § 7 IV 3). Wie unter 3. dargestellt, gebieten aber erbrechtliche Gründe und damit eine systematische Interpretation gerade nicht, daß nach dem Tod des Verzichtenden der Erbverzicht unaufhebbar wird. Wenn *Pentz* (a.a.O.) die Höchstpersönlichkeit des Aufhebungsrechts aus der besonderen Motivation des Verzichts herleiten will, die durch einen gegenläufigen Aufhebungsvertrag nicht unterlaufen werden dürfe, kann dem aus dem zuvor Gesagten nicht gefolgt werden. Denn der Erbverzicht ist – wie gezeigt – nicht das richtige Mittel, diese Ziele zu verwirklichen. Zweck des Erbverzichts ist vielmehr, dem Erblasser die Gestaltungsmöglichkeit zu geben, die gesetzliche Erbfolge zu beseitigen und vor allem zugleich einen Pflichtteil des Verzichtenden und seines Stammes als besonderes Störfallpotential für die Nachlaßplanung auszuschließen (zum Normzweck etwa *Münch-KommBGB/Strobel* § 2346 Rdnr. 6). Dieser Normzweck aber erfordert es, dem Erblasser auch die Möglichkeit wieder zu geben, den Erbverzicht zu beseitigen, und zwar auch und gerade nach dem Tod des Verzichtenden. Und berücksichtigt man den § 2349 BGB, der an sich der klassische Fall des Vertrages zu Lasten eines Dritten ist, so erscheint es doppelt unverständlich, daß man nach dem Tod des Verzichtenden dem Erblasser die Möglichkeit nehmen will, gerade im Interesse der durch § 2349 BGB benachteiligten Abkömmlinge des Verzichtenden die frühere erbrechtliche Ausgangslage wieder herzustellen.

Ein Dilemma bleibt: Die Aufhebung des Erbverzichts dient den Interessen der Abkömmlinge des vorverstorbenen Ver-

zichtenden. Dogmatisch konstruktiv sind zur Aufhebung aber nur die Erben des Verstorbenen befugt. Dies ließe sich nur durch eine Art erbrechtliche Sondernachfolge in die Vertragsstellung des Erbverzichts anders begründen. Aber dies dürfte zu weit gehen. Die Lösung des BGH bietet den Vorteil, auf diese Frage nicht eingehen zu müssen.

5. Zusammenfassung

Entgegen dem BGH kann ein Aufhebungsvertrag nach § 2351 BGB auch nach dem Tod des Verzichtenden zwischen dem Erblasser und den Erben des Verstorbenen vereinbart werden. Besonderheiten des Erbrechts stehen dem nicht entgegen. Überhaupt sollte man bei allen Problemlösungen in diesem Bereich mehr beachten, daß der Erb- und Pflichtteilsverzicht primär ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist und daher i.d.R. zufriedenstellende Ergebnisse durch die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen zu finden sind. Vielleicht wird dies durch die Erkenntnis erleichtert, daß derartige Verzichte in der Praxis relativ oft vorkommen und ein Mittel zur zweckmäßigen Vorsorge für den Todesfall darstellen (so der treffende Titel der Monographie von *Damrau* aus dem Jahr 1966).

Für die Praxis sei dieser Entscheidung die Lehre entnommen, daß auf den Erbverzicht gerade wegen seiner pflichtteilerhöhenden Wirkung nach Möglichkeit verzichtet werden sollte (so zum vorliegenden Fall *Siegmann* ZEV 1998, 383). Wenn gleich es aber auch Argumente für den Erbverzicht gibt. Insbesondere erlebt man in der Praxis immer wieder, daß die betroffenen künftigen Erblasser trotz des guten Ratschlags, sich nicht nur mit dem Pflichtteilsverzicht der Abkömmlinge zu begnügen, die Errichtung von Verfügung von Todes wegen unterlassen. Dann tritt eine letztlich nicht gewollte gesetzliche Erbfolge mit einer Doppelbegünstigung desjenigen ein, der bei vorweggenommener Erbfolge nur einen Pflichtteilsverzicht abgegeben hat.

VEP und Vertragsgestaltung*

Von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

I. Vom Vorhaben- und Erschließungsplan zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan

Der Vorhaben- und Erschließungsplan war zunächst auf besondere investive Zwecke beschränkt, nämlich Vorhaben für die Sicherung oder Schaffung von Arbeitsplätzen, zur Deckung eines Wohnbedarfs der Bevölkerung oder für erforderliche Infrastrukturmaßnahmen¹. § 7 BauGB-MaßnahmenG hat diese Regelung erweitert und für das gesamte Bundesgebiet fortgeschrieben. § 12 BauGB in der Fassung des BauROG überführt die Satzung über den Vorhaben- und Erschließungsplan ohne wesentliche materielle Änderung in Dauerrecht. Die Zulässigkeit eines Vorhabens kann danach durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan bestimmt werden. Wie sich bereits aus der neuen Bezeichnung ergibt, handelt es sich nicht mehr um einen besonderen Satzungstyp, sondern um einen Bebauungsplan mit begrenzten Besonderheiten. Durch die Einordnung des Instruments Vorhaben- und Erschließungsplan in das System des Rechts des Bebauungsplans ist es entbehrlich geworden, einzelne Verfahrensbestimmungen für Bebauungspläne ausdrücklich für anwendbar zu erklären². Entfallen ist die bisherige Voraussetzung, daß das Vorhaben nicht bereits nach den §§ 30, 31 und 33 bis 35 BauGB zulässig sein darf³.

Vom „normalen“ Bebauungsplan unterscheidet sich der Vorhaben- und Erschließungsplan in mehrfacher Hinsicht: Am bedeutendsten für die Praxis ist das Fehlen einer Bindung an den Festsetzungskatalog des § 9 BauGB und einer Beschränkung an inhaltliche oder textliche Regelungen entsprechend der BauNVO oder der PlanzV⁴. Auch gestalterische Festsetzungen sind zulässig. Kompetenzrechtlich ist der Inhalt des Vorhaben- und Erschließungsplans auf städtebauliche Regelungen beschränkt. Werden die Regeln der BauNVO, was regelmäßig empfohlen wird⁵, verwandt, ist umstritten, ob sodann eine Bindung an den Typenzwang des § 1 BauNVO eintritt⁶. Dies ist mit dem Gesetzeswortlaut zu verneinen⁷. Allerdings muß das Ergebnis im Rahmen der städtebaulichen Abwägung gerechtfertigt sein⁸.

§ 30 Abs. 2 BauGB enthält nunmehr einen neuen Zulässigkeitstatbestand für Vorhaben im Geltungsbereich des vorha-

benbezogenen Bebauungsplans. Diese Vorschrift wurde erforderlich, da der vorhabenbezogene Bebauungsplan nicht notwendig alle Kriterien eines qualifizierten Bebauungsplans i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB aufweist. Gleichzeitig sollte die ergänzende Anwendung der §§ 34, 35 BauGB ausgeschlossen werden. Demgegenüber findet § 33 BauGB auch auf den Vorhaben- und Erschließungsplan Anwendung. „Planreife“ tritt freilich nicht vor Abschluß des Durchführungsvertrages ein⁹.

Alternativ zum Instrument des Vorhaben- und Erschließungsplans ist ein „normaler“ Bebauungsplan für ein Einzelvorhaben möglich¹⁰. Auch seine Durchführung kann durch eine Verknüpfung mit einem städtebaulichen Vertrag vertraglich gesichert werden. Während der Vorhaben- und Erschließungsplan auf einen Vorhabenträger abstellt und deshalb vor allem für Einzelprojekte konzipiert ist, bietet sich die Kombination eines Bebauungsplans mit einem städtebaulichen Vertrag bei mehreren Projektträgern an, die jeweils nur eine Durchführungsverpflichtung für ihr eigenes Vorhaben eingehen wollen.

II. Neuerungen und Probleme beim Durchführungsvertrag und dessen Abwicklung

1. Paketlösung und Form

Der Vorhabenträger muß sich auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten Plans zur Durchführung des Vorhabens und der Schließungsmaßnahmen vor dem Satzungsbeschluß vertraglich verpflichten¹¹. Das Gesetz hält somit an der „Paketlösung“ aus Vorhabenplan des Investors, Durchführungsvertrag und gemeindlicher Satzung fest¹². Es handelt sich – abgesehen von der public private partnership in der Form von Baulanderschließungsgesellschaften¹³ – um die weitgehendste Verzahnung gemeindlicher und privater Kooperation im Bereich des Städtebaurechts¹⁴. Es ist nicht zufällig, daß die Regelung des Vorhaben- und Erschließungsplans gesetzestechisch neben dem städtebaulichen Vertrag (§ 11 BauGB) eingeordnet wurde. Der Durchführungsvertrag bedarf der Schriftform¹⁵. Verpflichtet sich der Vorhabenträger oder die Gemeinde zur Übereignung von Grundstücken ist er, was unstreitig ist¹⁶, notariell zu beurkunden¹⁷.

* Ergänzung zu MittBayNot 1996, 412 ff. Ausführlich dazu Busse/Grziwotz, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 1999 (erscheint Herbst 1999).

¹ § 55 BauZVO.

² S. nur Luers, ZfBR 1997, 231/236 u. Spannowsky/Krämer, UPR 1998, 44/51 sowie Reidt, BauR 1998, 909.

³ S. nur Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, 1998, § 12 Rdnr. 3 u. Schliepkorte, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 2. Aufl. 1998, S. 4 f.

⁴ S. nur Söfker, in: Bielenberg/Krautzberger/Söfker, BauGB, 5. Aufl. 1998, Rdnr. 228. Anders ist dies für Flächen, die gemäß § 12 Abs. 4 BauGB einbezogen werden, da sie außerhalb des Bereichs des VEP liegen. Zur erforderlichen Konkretisierung s. OVG Münster, Urt. v. 16.10.1997 – 11 aD 116/96, NVwZ-RR 1998, 632/633.

⁵ Z.B. Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 7.

⁶ So OVG Frankfurt/Oder, Urt. v. 23.5.1995 – 3 D 16/93, NVwZ-RR 1996, 3.

⁷ Menke, NVwZ 1998, 577/579.

⁸ Ebenso Krautzberger (Fn. 5), § 12 Rdnr. 7 a.E.

⁹ Quaas, in: Schrödter, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 8; ebenso bereits Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 7 BauGB-MaßnahmenG Rdnr. 137 a.E.

¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 16.8.1993 – 4 NB 29.93, ZfBR 1994, 101. Zum Problem der Verknüpfung einer Bauleitplanung mit einem städtebaulichen Vertrag ausführlich Wolters, Der Bauplanungsvertrag, Diss. jur. Würzburg, 1997, S. 39 ff.

¹¹ § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB.

¹² S. nur Portz/Runkel, Baurecht für die kommunale Praxis, 3. Aufl. 1998, Rdnr. 314.

¹³ S. dazu Grziwotz, NZG 1998 (erscheint demnächst).

¹⁴ Ähnlich Krautzberger (Fn. 5), § 12 Rdnr. 2 a.E.

¹⁵ § 57 VwVfG.

¹⁶ S. statt vieler Krautzberger (Fn. 5), § 12 Rdnr. 15; Hauth, Vom Bauleitplan zur Baugenehmigung, 5. Aufl. 1998, S. 89 u. Schliepkorte (Fn. 3), S. 48.

¹⁷ § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 313 BGB.

2. Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

Die Neuregelung hat eine Streitfrage entschieden: Der Durchführungsvertrag muß vor dem Beschluß der Gemeinde nach § 10 Abs. 1 BauGB über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan geschlossen werden¹⁸. Dadurch soll dem Beschlußgremium vor Erlaß des vorhabenbezogenen Bebauungsplans die Möglichkeit gegeben werden, diesen in die Abwägung einzubeziehen. Geht man von dieser Zielsetzung aus, so ist es jedoch zulässig, daß zwar der endgültige Vertrag mit dem gesetzlichen Mindestinhalt vorliegt, seine Wirksamkeit jedoch an das Inkrafttreten der Satzung gebunden wird¹⁹.

3. Durchführung und Kostentragung von Erschließungsmaßnahmen

Nach seinem Begriff umfaßt der vorhabenbezogene Bebauungsplan Vorhaben- und Erschließungsmaßnahmen. Der Begriff der Erschließungsmaßnahme ist dabei im Sinne des § 123 BauGB, also in einem weiten Sinn zu verstehen. Er umfaßt alle Anlagen, die erforderlich sind, um ein Grundstück, so wie dies nach der Durchführungsverpflichtung beabsichtigt ist, nutzen zu können. Über die in § 127 Abs. 3 BauGB genannten Einrichtungen, d.h. insbesondere öffentliche Verkehrs-, Park-, Grün- und Immissionsschutzanlagen, hinaus, fallen hierunter vor allem auch der Anschluß an Wasser, Elektrizität und Fernwärme sowie die Entwässerung. Sind die betroffenen Grundstücke bereits voll erschlossen, stellt sich die Frage, ob das Instrument des VEP noch zur Anwendung kommen kann. Dies ist streitig, aber nach richtiger Ansicht zu bejahen, da der Begriff „VEP“ allein wegen der begrifflichen Kontinuität und nicht gleichsam als rechtliches Programm beibehalten wurde²⁰.

Sofern die Durchführung von Erschließungsmaßnahmen erforderlich ist, ergibt sich das weitere Problem, ob sie auch durch die Gemeinde übernommen werden können und diese die Kosten dann teilweise oder ganz trägt. § 12 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB schließt ausdrücklich die Anwendung des Erschließungsbeitragsrechts²¹ aus²². Da sich der Vorhabenträger zur Tragung der Erschließungskosten nur teilweise verpflichten muß, liegt die Auslegung nahe, daß das Instrument des VEP nicht auf die alleinige Durchführung der Erschließungsmaßnahmen durch den Vorhabenträger beschränkt ist. Die Verpflichtung zur Übernahme der Erschließungskosten und die damit verbundene Kostentragungspflicht sollte vielmehr als Regelvermutung und nicht als Anwendungsvoraussetzung

verstanden werden²³. Erfolgt die Übernahme der Erschließungskosten durch die Gemeinde gezielt zur Förderung einer Industrieansiedlung können sich allerdings, sofern ein Betrag von 50 000 Euro (= ca. 95 500 DM) überschritten wird, Probleme nach Art. 87 EG-Vertrag ergeben. Danach bedürften Unternehmen gewährte staatliche Beihilfen, die diesen Betrag übersteigen, der Genehmigung der EG-Kommission²⁴.

4. Zusammenhang zwischen Durchführungssatzung und Bebauungsplan

Der Durchführungsvertrag und der vorhabenbezogene Bebauungsplan dürfen sich inhaltlich nicht widersprechen, weil sich der Durchführungsvertrag auf den Vorhaben- und Erschließungsplan, der Inhalt der Satzung wird, und damit mittelbar auf diese bezieht²⁵. In den Durchführungsvertrag können jedoch über den Inhalt des Bebauungsplans hinaus weitere Verpflichtungen aufgenommen werden. Beispiele sind die Konkretisierung der Festsetzungen des Bebauungsplans insbesondere in gestalterischer Hinsicht, aber auch Vereinbarungen nicht bodenrechtlicher Art. Im Durchführungsvertrag kann vor allem das gesamte Spektrum dessen geregelt werden, was in einem städtebaulichen Vertrag zulässig ist²⁶. Umgekehrt kann auch der Bebauungsplan über den Durchführungsvertrag hinausgehen, wenn dadurch kein Widerspruch eintritt²⁷. Durch die enge Verknüpfung von Durchführungsvertrag und Satzung wirkt sich eine Nichtigkeit bei einem von beiden regelmäßig auch auf den anderen aus. Steht der vorhabenbezogene Bebauungsplan in Widerspruch zum Durchführungsvertrag, so ist er insoweit nichtig. Ist der Vertrag z.B. wegen einer unterbliebenen Beurkundung nichtig und wird dieser Mangel nicht beseitigt, ist auch die Plansatzung nichtig²⁸. Noch nicht gerichtlich geklärt ist, inwieweit ein nach Satzungsbeschluß „geheilte“ neu abgeschlossener Durchführungsvertrag die Möglichkeit eröffnet, in ergänzenden Verfahren nach § 215 a Abs. 1 BauGB auch den Mangel des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zu beheben²⁹.

5. Vorhabenträger und Wechsel

Der Vorhabenträger muß weiterhin im Regelfall Eigentümer der Flächen sein, auf die sich der Plan erstreckt. Ausreichend ist es jedoch auch, wenn hierüber ein Kaufvertrag geschlossen wurde, die Vormerkung zugunsten des Vorhabenträgers im Grundbuch eingetragen ist und der Abwicklung keine Hindernisse mehr entgegenstehen³⁰. Ob auch weniger weitreichende Rechte ausreichen können, ist eine Frage des Einzelfalls³¹.

¹⁸ § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB. Ebenso bereits OVG Bautzen, Urt. v. 8.12.1993 – 1 S 81/93, LKV 1995, 84; OVG Bautzen, Urt. v. 14.7.1994 – 1 S 143/93, NVwZ 1995, 181 u. OVG Greifswald, Urt. v. 11.5.1995 – 3 K 3/95; a.A. VGH Mannheim, Beschl. v. 25.11.1996 – 8 S 1151/96, NVwZ 1997, 699.

¹⁹ So auch *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 7 BauGB-MaßnahmenG Rdnr. 62 a.E.; unklar *Söfker* (Fn. 4), Rdnr. 223, der von einem rechtswirksamen Abschluß des Durchführungsvertrages spricht.

²⁰ Ebenso VGH Mannheim, Beschl. v. 25.11.1996 – 8 S 1151/96, NVwZ 1997, 699/700; *Lüers*, ZfBR 1997, 231/236; *Menke*, NVwZ 1998, 577/579; *Quaas* (Fn. 9), § 12 Rdnr. 20 u. *Söfker* (Fn. 4), Rdnr. 222; a.A. *Bielenberg*, ZfBR 1996, 6/7 u. *Krautzberger* (Fn. 19), § 7 BauGB-MaßnahmenG Rdnr. 43. Erschließungsmaßnahmen allein genügen demgegenüber unstreitig für einen VEP nicht (s. nur *Quaas* (Fn. 9), § 12 Rdnr. 20).

²¹ Gleiches gilt für den Kostenerstattungsanspruch der Gemeinde zur Deckung des Aufwands für Ausgleichsmaßnahmen nach §§ 135 a bis 135 c BauGB.

²² A.A. entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut *Söfker* (Fn. 4), Rdnr. 232 für den Fall, daß der VEP Erschließungsanlagen nicht einbezieht und deshalb in dem Durchführungsvertrag keine erschließungsbezogenen Vereinbarungen getroffen werden.

²³ Ebenso *Lüers*, ZfBR 1997, 231/236 u. ihm folgend *Menke*, NVwZ 1998, 577/579. Besonders weitgehend *Hauth* (Fn. 16), S. 41 („völlige Vertragsfreiheit“).

²⁴ S. dazu *Grziwotz*, WiB 1996, 895 f.

²⁵ *Krautzberger* (Fn. 5), § 12 Rdnr. 17.

²⁶ Ebenso *Krautzberger* (Fn. 19), § 7 BauGB-MaßnahmenG Rdnr. 39 u. *Schliepkorte* (Fn. 3), S. 44; abweichend aber für den Folgekostenvertrag *Krautzberger* (Fn. 5), § 12 Rdnr. 21. Zu möglichen Vereinbarungen im Städtebaurecht mit Vertragsmustern s. *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 161 ff. (Neuaufgabe Ende 1999) u. *Bunzel/Coulmas/Metscher/Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, 1995, S. 53 ff.

²⁷ § 12 Abs. 3 u. 4 BauGB.

²⁸ S. nur *Krautzberger* (Fn. 5), § 12 Rdnr. 17.

²⁹ S. dazu *Spannowsky*, UPR 1997, 41/51.

³⁰ Str. bei Erschließungsflächen, die auch enteignet werden können (vgl. *Menke*, NVwZ 1998, 577/579).

³¹ Weitergehend *Gaentzsch*, BauGB, 1991, D Rdnr. 30, nach dessen Ansicht es nicht mittelbare Voraussetzung für die Verbindlicherklärung des VEP durch Satzung ist, daß der Vorhabenträger die Flächen, auf die sich der Plan erstreckt, zu Eigentum hat.

Beispiel ist ein langfristiges Pachtverhältnis für die Grünflächen bei einem Golfprojekt. Unverzichtbar ist jedenfalls die privatrechtliche Befugnis zur baulichen und sonstigen Nutzung zur Erfüllung der Durchführungsverpflichtung. Vorhabenträger kann auch eine juristische Person des Privatrechts sein, die ganz oder teilweise im Eigentum der Gemeinde steht. Auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts z.B. eine Universität oder eine Rundfunkanstalt kommt als Vorhabenträger in Betracht, nicht hingegen die Gemeinde selbst³².

Der Vorhabenträger muß sich zur Durchführung des Projektes verpflichten. Dies bedeutet jedoch nicht, daß er das Vorhaben selbst nach seiner Realisierung auch betreiben muß. Ein Weiterverkauf ist ihm deshalb gestattet, sofern seine vertragliche Durchführungsverpflichtung hiervon unberührt bleibt. Betroffen ist insbesondere der Fall des Bauträgers³³. Soll der Vertragspartner der Gemeinde dagegen aus seiner Verpflichtung zur Durchführung des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen entlassen werden, handelt es sich um den Fall des Wechsels des Vorhabenträgers³⁴. Dieser bedarf der Zustimmung der Gemeinde. § 12 Abs. 5 S. 2 BauGB stellt sie nicht in das freie Ermessen der Gemeinde. Diese darf die Zustimmung zum Trägerwechsel vielmehr nur dann versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Durchführung des Vorhaben- und Erschließungsplans innerhalb der vereinbarten Frist gefährdet ist. Die Gemeinde hat dagegen nicht mehr das Recht, die Satzung aus Anlaß des Wechsels des Vorhabenträgers aufzuheben³⁵.

6. Sanktionen bei nicht fristgerechter Durchführung des Vorhabens

Wird der Vorhaben- und Erschließungsplan nicht innerhalb der vereinbarten Frist umgesetzt, fällt gleichsam die Geschäftsgrundlage des „Gesamtpaketes“ weg. Die Gemeinde soll in diesem Fall den vorhabenbezogenen Bebauungsplan aufheben³⁶. Grundsätzlich unerheblich ist, ob den Vorhaben-

träger an der nicht fristgerechten Realisierung des Projekts ein Verschulden trifft³⁷. Um die Aufhebung der Satzung auch verfahrensmäßig zu erleichtern, kann dabei das vereinfachte Verfahren nach § 13 BauGB angewandt werden³⁸. Zum Schutz der Entscheidungsfreiheit der Gemeinde bestimmt das Gesetz – wie bisher –, daß aus der Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans keine Ansprüche gegen die Gemeinde geltend gemacht werden können³⁹. Dies gilt insbesondere für eventuelle Ansprüche aus dem Planungsschadensrecht und für vertragliche Ansprüche⁴⁰. Dies gilt auch für Ansprüche der Erwerber, die vom Vorhabenträger gekauft haben, da es sich lediglich um abgeleitete Positionen handelt⁴¹. Die bloße Aufhebung der Satzung beseitigt allerdings das Baurecht des Vorhabenträgers nicht, wenn eine ihm erteilte Baugenehmigung bestehen bleibt. Diese kann jedoch gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG widerrufen werden⁴², wenn sich die Behörde den Widerruf für diesen Fall ausdrücklich vorbehalten hat. Dagegen ist ein Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG regelmäßig ausgeschlossen, wenn von der Baugenehmigung bereits Gebrauch gemacht wurde, d.h. nach einer weitgehenden Ansicht der erste Spatenstich erfolgt ist⁴³. Überwiegend⁴⁴ wird jedoch davon ausgegangen, daß nur bereits verwirklichte Einzelvorhaben von der Aufhebung der Satzung unberührt bleiben, da sie zum Zeitpunkt der Genehmigung materiell-planungsrechtlich rechtmäßig waren. Unstrittig entfällt bei einer Aufhebung des Bebauungsplans die Geschäftsgrundlage für den Durchführungsvertrag⁴⁵.

III. VEP und Bauträgervertrag

Ist der Vorhabenträger eines VEP gleichzeitig Bauträger, so können sich für die Gestaltung des Bauträgervertrages zwei Probleme ergeben.

1. Satzungsauhebung und Schutz der MaBV

Folgt man der insbesondere von *Birk*⁴⁶ vertretenen Auffassung, so kann bei einer Aufhebung der Satzung wegen nicht fristgerechter Durchführung des Vorhabens auch die Baugenehmigung entschädigungslos widerrufen werden.

Gleiches gilt bei einem vorbehaltenen Widerruf. Ist bauordnungsrechtlich keine Baugenehmigung mehr erforderlich

³² H.M., s. nur *Quaas* (Fn. 9), § 12 Rdnr. 13.

³³ Unglücklich ist die in diesem Zusammenhang häufig anzutreffende pauschale Verpflichtung im Durchführungsvertrag, der Vorhabenträger müsse die eingegangenen Verpflichtungen etwaigen Rechtsnachfolgern mit Weitergabeverpflichtung auferlegen. Nähme man sie ernst, müßte jeder Käufer, der vom Bauträger erwirbt, die Verpflichtung zur Realisierung des gesamten Projekts gegenüber der Gemeinde gesamtschuldnerisch mit den weiteren Käufern – eingehen. Dies ist sicherlich auch seitens der Gemeinde nicht gewollt.

³⁴ Die Anregung der Expertenkommission, die Durchführungsverpflichtung für den Vorhabenträger abzuschwächen und die Möglichkeit vorzusehen, in geringem Umfang einzelne Angebots- und Vorratselemente in das Vorhaben aufzunehmen, deren Verwirklichung im Durchführungsvertrag flexibel gehandhabt werden kann, wurde im Gesetzeswortlaut nicht berücksichtigt (vgl. Berliner Schwerpunkte-Kommentar (Fn. 3), § 12 Rdnr. 4). Die Praxis hilft sich insoweit allerdings bereits dadurch, daß entweder entsprechende Detailplanungen in den VEP nicht aufgenommen werden oder über das zwingend zu realisierende Vorhaben hinausgehende Planungen meist später über eine Bebauungsplanänderung erfolgen.

³⁵ So noch § 7 Abs. 5 S. 2 BauGB-MaßnahmenG a.F. Zu weitgehend nach der Neufassung *Söfker* (Fn. 4), Rdnr. 235, der weiterhin von der Möglichkeit der Aufhebung des VEP aufgrund des Vorhabenträgerwechsels ausgeht.

³⁶ § 12 Abs. 6 S. 1 BauGB. Einschränkung, aber zu weitgehend *Hauth* (Fn. 16), S. 41, der die Befugnis der Gemeinde zur Aufhebung der Satzung bereits dann verneint, wenn mit den Bauarbeiten begonnen wurde. Zum Fall der teilweisen Verwirklichung s. *Stich*, *WiVerw* 1998, 1/15 Fn. 33.

³⁷ Ebenso *Jäde*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB, 1998, § 12 Rdnr. 65.

³⁸ § 12 Abs. 6 S. 3 BauGB. Wird gleichzeitig mit der Aufhebung ein neuer Bebauungsplan aufgestellt, gelten jedoch die allgemeinen Bestimmungen.

³⁹ § 12 Abs. 6 S. 2 BauGB.

⁴⁰ §§ 39 ff. BauGB (vgl. bereits § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB). Der Entschädigungsausschluß gilt nur bei nicht fristgerechter Durchführung des Vorhabens, nicht bei einer sonstigen Aufhebung oder Änderung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Aus diesem Grund dürfte das Muster einer Haftungsausschlußerklärung der Stadt Köln (Hg.), Stadtplanung – VEP, 2. Aufl. 1996, S. 48, insoweit unwirksam sein.

⁴¹ *Jäde* (Fn. 34), § 12 Rdnr. 68.

⁴² Ebenso *Birk*, *Die neuen städtebaulichen Verträge*, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 430.

⁴³ Vgl. *Kopp*, *VwVfG*, 6. Aufl. 1996, § 49 Rdnr. 43; a.A. *Birk* (Fn. 42), Rdnr. 430 u. ihm folgend *Menke*, *NVwZ* 1998, 577/580.

⁴⁴ So z.B. *Jäde* (Fn. 37), § 12 Rdnr. 70.

⁴⁵ S. nur *Grziwotz*, in: *Rechtshandbuch Immobilien II*, Teil 15 Rdnr. 208 a.E.

⁴⁶ Vgl. die Nachweise Fn. 43.

oder sogar nicht mehr zulässig⁴⁷, entfällt bei Aufhebung des Bebauungsplans auch die Zulässigkeit des Bauvorhabens für die Zukunft. Für die bisherige Ausführung sind die allgemeinen Regeln über den Bestandsschutz baulicher Anlagen zugrunde zu legen⁴⁸. Das Schutzniveau der MaBV ist insoweit erheblich abgesenkt⁴⁹. Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn sich die Gemeinde für den Fall des Verstoßes gegen die Durchführungsverpflichtung ein durch Vormerkung gesichertes An- bzw. Rückkaufsrecht hat einräumen lassen. Geht dieses Recht der Vormerkung des Erwerbers vor, was zulässig ist, da sich die Sicherung der Lastenfreistellung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV nur auf Grundpfandrechte bezieht, bestehen für den Erwerber erhebliche Risiken, da er jedenfalls den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn des Bauträgers nicht mehr zurück erhält⁵⁰. Der Käufer ist in diesen Fällen durch eine (eventuell modifizierte) MaBV-Bürgschaft besser geschützt als durch das „klassische Sicherungsinstrumentarium“ des § 3 MaBV.

2. Durchführung der Erschließung und Bauträgerkauf

*Basty*⁵¹ vertritt die Auffassung, daß bereits bei Veräußerung eines erschlossenen Bauplatzes die MaBV Anwendung findet. Betroffen ist die Konstellation, daß ein Erschließungsunternehmer mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag ver-

einbart hat und auf dem eigentlichen Kaufgrundstück selbst, das lediglich voll erschlossen veräußert wird, keine Bauleistungen erfolgen⁵². Folgt man dieser Ansicht⁵³, so muß erst recht ein Bauträgervertrag bei Bestehen eines VEP und eines Durchführungsvertrages, der die gesamte Erschließung umfaßt, entsprechende vertragliche Regelungen vorsehen. Betroffen sind die Herstellungsverpflichtung hinsichtlich der erforderlichen Erschließungsanlagen, die Abnahme, die Gewährleistung und nicht zuletzt die Kaufpreiszahlung durch „Reduzierung der ... Höchstsätze zur Wahrung des Vorleistungsverbots“⁵⁴.

Schließt man sich hingegen der Gegenansicht an⁵⁵, die für Erschließungsanlagen, die der Bauträger nicht auf dem Kaufgrundstück herstellt, in Übereinstimmung mit dem BGH⁵⁶ lediglich eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung der Kostentragung sieht, bestehen die schwierigen Probleme, die sich aus der Doppelverpflichtung des Bauträgers aufgrund des Erschließungs- und Bauträgervertrages ergeben, nicht. Es ist nur zu prüfen, ob im Hinblick auf niedrige Grundstückspreise und hohe Kosten der Erschließung, deren Fertigstellung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt, eine Senkung der ersten und eine Verrechnung mit einer späteren MaBV-Rate geboten ist⁵⁷. Erfolgen Arbeiten auf dem Vertragsgrundstück selbst, z.B. die Verlegung von Hausanschlüssen, die in das Eigentum des Käufers übergehen und nicht Bestandteil der gemeindlichen Einrichtung werden, handelt es sich unstrittig insoweit um einen Bauträgervertrag.

⁴⁷ Vgl. z.B. Art. 64 BayBO. S. zu diesem Problem auch *Mampel*, NWVBZ. 1998, 303 f. u. *Pfaff*, VBIBW 1996, 281/288 ff.

⁴⁸ *Jäde* (Fn. 37), § 12 Rdnr. 70.

⁴⁹ Ebenso *Marcks*, MaBV, 6. Aufl. 1998, § 3 Rdnr. 22. Der Ausschuß für öffentliches Recht bei der BNotK hat deshalb dringend ein fakultatives Genehmigungsverfahren für die Bauträgerfälle gefordert.

⁵⁰ Für hinnehmbar jedoch von *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 124 gehalten, der demgegenüber eine Zahlung des Käufers auf dessen Wunsch abweichend vom Baufortschritt gegen Stellung einer MaBV-Bürgschaft, die für den Käufer wesentlich geringere Risiken mit sich bringt, für gesetzeswidrig hält (Rdnr. 340 f.).

⁵¹ *Basty* (Fn. 47), Rdnr. 16.

⁵² Auf diesen Fall des sog. Aufschließungsunternehmers findet das Instrumentarium des VEP keine Anwendung (s. nur *Quaas* (Fn. 9), § 12 Rdnr. 13).

⁵³ Krit. *Grziwotz*, MDR 1996, 978 f. u. ausführlich ZfIR 1998, 595 ff. Offen Arbeitspapier der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern, NotBZ 1997, 1005 ff.

⁵⁴ *Basty* (Fn. 50), Rdnr. 16.

⁵⁵ Vgl. die Nachw. Fn. 53.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 2.7.1993 – V ZR 157/92, MDR 1993, 1203 = NJW 1993, 2796.

⁵⁷ S. dazu mit Formulierungsvorschlag *Grziwotz*, ZfIR 1998, 595/596 f. Vgl. *Marcks* (Fn. 49), § 3 Rdnr. 24.

Ein Monat im Notariat in Frankreich

Von Notarassessorin Dr. Susanne Zech, Licencié en droit (Paris II/Assas), München

I. Vorbemerkung:

Dank der Landesnotarkammer Bayern hatte ich die Gelegenheit, im letzten Jahr einen Monat Hospitanz unter Fortzahlung der Bezüge in einem Notariat in Paris zu machen und einen Einblick in die Arbeitsweise eines französischen Notars zu gewinnen.

II. Das Notariat in Frankreich

1. Der französische Notar und seine Mitarbeiter

a) Frankreich ist wie Deutschland im System des lateinischen Notariats verankert – so entspricht auch die Stellung des französischen Notars im wesentlichen der seines deutschen

Kollegen: Als Träger eines öffentlichen Amtes und unabhängiges Organ der Rechtspflege wird er auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege tätig und übt vornehmlich die gleichen Aktivitäten aus. Das französische Standesrecht erlaubt jedoch auch die Tätigkeit des Notars als Makler. Hierfür gilt eine besondere Provisionstabelle.

In Frankreich existiert das „Nurnotariat“, den Beruf „Rechtsanwalt und Notar“ gibt es nicht, ebenso wenig Sozietäten zwischen Rechtsanwälten und Notaren. Der französische Notar kann sich allerdings mit mehreren Notaren zusammenschließen, Sozietätsbeschränkungen auf zwei Personen bestehen nicht. Ein Notariat mit sechs Notaren ist jedoch bereits sehr groß.

b) Sämtliche Mitarbeiter des Notars sind Privatangestellte. Neben reinen Schreibkräften und Aushilfen, die ausfertigen, kleinere Arbeiten und Botengänge erledigen, stehen dem Notar als qualifizierte Mitarbeiter die „*clerks de notaires*“ zur Seite. Unter diesem Begriff werden alle Personen zusammengefaßt, die in Deutschland Funktionen als Notarfachangestellte, Kassenangestellte und Notarassessoren innehaben. In Frankreich unterscheiden sich die Clercs nach „Graden“ entsprechend ihrer Ausbildung, die von Jurastudium über eine spezielle Notarschule (*école de notariat*) bis zur lehrähnlichen Ausbildung ein ähnliches Spektrum der Arbeit bzw. Ausbildung im notariellen Tätigkeitsbereich wie Deutschland aufweist. Die zweijährige Notariatsschule bietet einen fachhochschulähnlichen Abschluß mit anschließenden praktischen Ausbildungszeiten und endet mit dem Abschluß des *clerc 1er degré*. Nach einer entsprechenden Vereidigung ist der Clerc befugt, selbst bestimmte Beurkundungen vorzunehmen.

Die Gehälter liegen allerdings niedriger als bei einer deutschen Bürokratie. Selbst ein *clerc 1er degré* mit Notardiplom – entsprechend einem Notarassessor – verdient maximal 70% dessen, was sein deutscher Kollege bekommt. Die Arbeitszeiten sind mit denen in einem deutschen Büro vergleichbar.

c) Der Beruf des Notars selbst wird durch zwei verschiedene Ausbildungsmöglichkeiten eröffnet. Auf der einen Seite steht die „klassische“ universitäre Ausbildung, die unserem System ähnelt. Nach dem Jurastudium, das allerdings im Abschlußjahr mit einer Spezialisierung in den Fächern, die die Arbeit des Notars betreffen, endet (*DESSN: Diplôme d'Études Supérieures Spécialisé Notariat*) müssen zwei Jahre Praktikum, begleitet von theoretischen Kursen, in einem Notariat abgeleistet werden, bevor dann ein fachspezifisches Examen die Ausbildung mit dem „*Diplôme de notaire*“ beendet. Auf der anderen Seite gibt es auch praktische Wege, die zum Beruf des Notars führen, z.B. die Möglichkeit, nach der Notarschule und einem Minimum von Jahren praktischer Erfahrung eine Zulassungsprüfung als Notar zu absolvieren.

Die Zahl und Belegenheit der Notarstellen wird staatlich festgelegt. Die Ernennung zum Notar erfolgt durch den Justizminister. Anders als bei uns muß der französische Bewerber für die Übernahme der Stelle eine „*Charge*“ entrichten, also eine Abfindung an den alten Amtsinhaber zahlen.

2. Beurkundungsinhalt und Register

a) Zwingend zu beurkunden sind die sog. *actes solennels*, wie Eheverträge (*contrats de mariage*), Schenkungen unter Lebenden (*donations entre vifs*) und Ehegattenschenkungen (*donations entre époux*), Vaterschaftsanerkennungen (*reconnaisances d'enfants naturels*), Adoptionen (*actes d'adoption*) und Inventarerrichtungen (*inventaires*). Verträge über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte bedürfen materiell keiner besonderen Form, sie werden jedoch aus Gründen der Registerpublizität notariell beurkundet. Das bedeutet: Alle Rechte, die Verfügungen von Grundbesitz zum Inhalt haben, sind im Hypothekenamt (*Bureau des Hypothèques*) obligatorisch zu veröffentlichen und unterliegen der „Grundbuch“-publizität, die die notarielle Form erfordert.

Die Eintragung in das Grundbuch hat zwar keine konstitutive Wirkung, jedoch kann der Eigentumsübergang Dritten nur dann entgegengehalten werden, wenn der Vertrag notariell beurkundet und im Hypothekenamt registriert worden ist. An die Eintragung ist keine Gutglaubenswirkung geknüpft. Das Hypothekenamt überprüft den Vertrag nur auf die Einhaltung

der notwendigen Formalien. In praktischer Hinsicht hat das u.a. zur Folge, daß die notarielle Urkunde unter der Rubrik „*origine*“ die Eigentümer und Erwerbsvorgänge der betreffenden Immobilie der letzten dreißig Jahre aufführt, um einen lückenlosen Eigentumserwerb nachvollziehen zu können und den Erwerber damit weitmöglichst zu schützen.

b) Der materielle Kaufvertrag selbst unterliegt an sich nicht dem Formzwang, sondern ist auch durch privatschriftlichen Akt möglich. Schriftliche Vereinbarungen der Parteien, die außerhalb der Urkunde getroffen werden, sind daher ebenso gültig wie schriftliche Vorverträge oder Angebote. Der französische Grundstückskaufvertrag ist schon aufgrund des in Frankreich geltenden Konsensprinzips anders ausgestaltet als der Kauf der deutschen Immobilie und bildet das letzte wichtige Glied der Kette nach einer Reihe vorvertraglicher Erklärungen und Genehmigungen privater und öffentlicher Art. Die Mitwirkung des Notars bei der Erfüllung steuerlicher Pflichten der Vertragsteile ist umfangreicher als die des deutschen Notars. Er beschränkt sich nicht darauf, der Finanzverwaltung notwendige Mitteilungen zu machen und Urkunden einzureichen, sondern er errechnet die Steuern selbst, zieht diese ein und führt sie an die Finanzbehörde ab.

c) Gängiger Vertragstypus ist das Immobilienleasing gewerblicher Objekte mit besonderer steuerlicher Begünstigung, das sog. *crédit-bail*. Unterschiede zum deutschen Recht gibt es in formeller Hinsicht bei den Grundpfandrechten: Aus Gründen der Bestimmungen des französischen Verbraucherschutzes muß zusammen mit der Hypothek auch die gesamte Darlehensforderung (*prêts*) mit allen Bestimmungen in die notarielle Urkunde aufgenommen werden, was den Umfang der Urkunde beträchtlich vergrößert.

Als „*acte solennel*“ ist jeder Ehevertrag obligatorisch zu beurkunden, ansonsten ist der Vertrag nichtig. Gesetzlicher Güterstand ist die Errungenschaftsgemeinschaft. Als Wahlgüterstände kennt das französische Recht die Gütertrennung, die Zugewinnsgemeinschaft und die Gütergemeinschaft, auch Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes sind möglich. Das Modell der Zugewinnsgemeinschaft wird als unpraktikabel empfunden und nur selten gewählt. Viele fürchten Schwierigkeiten und Unregelmäßigkeiten bei der Bewertung.

Auch in erbrechtlicher Hinsicht fällt dem Notar eine dem deutschen Recht entsprechende Rolle zu. Darüber hinaus ist er auch für die Nachlaßregelung zuständig. Erbscheine gibt es nicht. Im Unterschied zum deutschen Notar hat sein französischer Kollege aber nicht das Monopol über die Errichtung von GmbHs und Aktiengesellschaften, sondern konkurriert hier mangels Beurkundungspflicht mit der Anwaltschaft. Auch die Anmeldung zum Handelsregister bedarf nicht der notariellen Form.

3. Die notarielle Tätigkeit/Form der Beurkundung

a) Der Text einer Urkunde wird vom Notar bzw. einem qualifizierten Mitarbeiter erstellt und vorbereitet. Textmuster und Bausteine stehen in großem Umfang zur Verfügung und werden dem konkreten Fall angepaßt. Das EDV-Software-System erinnert an die deutsche Notariatssoftware. Besprechungen erfolgen, ähnlich wie in Deutschland, vorab beim Notar oder den Mitarbeitern. Die Zuziehung von Anwälten erfolgt nur bei „großen“ Geschäften.

b) Was die Beurkundung selbst betrifft, wird die Unterscheidung zwischen den Geschäften, die zwingend der notariellen Form bedürfen, und denen, die nur aus Gründen der Registerpublizität beurkundet werden, deutlich. Erstere, die „*actes*

solennels“, dürfen nur vom Notar, d.h. in seiner Gegenwart, auch nicht durch einen Vertreter, z.B. einen *clerc 1er degré* (der einem Notarassessor entspricht) beurkundet und unterschrieben werden. Im Gegensatz dazu können die anderen Urkunden von jedem Clerc beurkundet, d.h. in der Gegenwart des Clercs von den Parteien und diesem unterschrieben werden. Der Notar muß die Urkunde zwar noch gegenzeichnen, jedoch bedarf es nicht der Anwesenheit des Notars während des Beurkundungsvorgangs. Sämtliche Immobilienverträge werden daher oft allein von den Clercs beurkundet. Der Clerc nimmt dabei nicht die Funktion des Notarvertreters wahr, sondern ist selbst in seiner Funktion zur Unterzeichnung und Beurkundung befugt. Dabei ist es insbesondere bei Kaufverträgen gängige Praxis, daß Käufer und Verkäufer jeweils einen eigenen Notar zur Seite haben, der sich um die Belange seiner „Partei“, z.B. Überprüfung der Entwürfe, Löschungen und Erstellen der Sicherheiten etc., bemüht. Die Beurkundung selbst erfolgt i.d.R. durch den Notar des Verkäufers, der auch die Gebühr erhält.

c) Das französische Beurkundungsrecht schreibt im übrigen nicht vor, daß die Urkunde wörtlich vorgelesen werden muß. Es kommt alleine darauf an, daß der Notar den Parteien den Inhalt des Vertrages bekannt macht, erklärt und über die Risiken belehrt. Die Aufklärungs- und Belehrungsfunktion entspricht somit der des deutschen Notars. Von der strengen Vorlesepflicht befreit, genügt der Franzose den Anforderungen jedoch, wenn er den Inhalt der Urkunde im wesentlichen wiedergibt und mit den Parteien Bedeutung und Gefahren des geschlossenen Vertrages bespricht. In formaler Hinsicht unterliegt die Urkunde strengen Anforderungen. Etwaige Änderungen während der Beurkundung werden regelmäßig vom Notar mit der Hand eingefügt und, genauso wie Streichungen, auf der letzten Seite der Urkunde gesondert vermerkt. Wird die Urkunde unterschrieben, genügt nicht die Unterschrift auf der letzten Seite, sondern jede einzelne Seite ist zu paraphieren. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Urkunde, wie wohl nur in großen Notariaten üblich, vor der Beurkundung fest gebunden und mit einem entsprechenden Vermerk des Notars versehen ist („*reliure*“). Damit wird verhindert, daß nach der Beurkundung Seiten ausgewechselt werden können.

d) Die notarielle Urkunde ist grundsätzlich vollstreckbar. Einer ausdrücklichen Vollstreckungsunterwerfung bedarf es nicht.

4. Die Hospitanz im Notariat in Paris

Meine Hospitanz habe ich im größten Notariat Frankreichs, einer Sozietät aus sechs Notaren mit dem Vizepräsidenten des *Conseil Supérieur du Notariat* an der Spitze, verbracht. Ein Monat Praktikum in Frankreichs größtem Notariat – das heißt Arbeiten in einem mittelständischen Unternehmen mit 160 Mitarbeitern, hierunter ca. 50 Clercs, zwischen 20.000 und

25.000 Urkundennummern pro Jahr und einem sechsstöckigen Bau im achten Arrondissement, dem Geschäftsviertel von Paris, als Arbeitsstätte.

Während dieser Zeit war ich in die Arbeit des ganzen Notariats eingebunden und konnte so einen sehr guten Einblick in die Arbeitsweise eines französischen Notars und seines Betätigungsfeldes gewinnen. Durch die Größe des konkreten Notariats bedingt, ist die Arbeit dort in verschiedene Referate, je nach Rechtsgebiet (Familien- und Erbrecht, allgemeines Immobilienrecht, Bauträger- und sonstige Großobjekte, Immobilien-Leasing, Kosten und Registerpublizität) aufgeteilt, die jeweils einem Referatsleiter unterstehen. Dieser ist i.d.R. ein diplomierter Notar ohne eigene Amtsstelle. Jedem Referatsleiter unterstehen ca. 10 Clercs und 15 bis 20 sonstige Mitarbeiter. Einmal wöchentlich hält jedes Referat eine interne Besprechung ab, in der die aktuellen Fälle und Probleme des jeweiligen Rechtsgebietes diskutiert werden; daneben treffen sich jede Woche sämtliche Notare und Clercs, um die Neuerungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung im notariellen Bereich zu besprechen.

Ich selbst wurde jede Woche einem anderen Referat zugeteilt und konnte so die Tätigkeiten aller wesentlichen Rechtsgebiete einsehen. Neben Besuchen von Beurkundungen und der Möglichkeit zur Einsicht aller möglichen Akten konnte ich bei jeder interessanten Besprechung teilnehmen. Daneben habe ich Urkunden selbst vorbereitet und ein deutsches Mandat mitbetreut. Die französischen Kollegen, seien es die Notare oder Angestellten, waren mir gegenüber äußerst aufgeschlossen und bemühten sich nicht nur, mir das französische Rechtssystem und die Arbeitsweise des französischen Notars nahezubringen, sondern zeigten sich auch am deutschen Recht sehr interessiert. Viele fruchtbare Diskussionen haben m.E. beiden Seiten gezeigt, daß es verschiedene Möglichkeiten gibt, Verträge zu konzipieren und auszugestalten, ohne daß die eine oder andere Rechtsordnung oder auch nur das eine oder andere Notarsystem als „besser“ oder „schlechter“ beurteilt werden könnte.

III. Resümee

Alles in allem war das gewählte Praktikum sowohl in juristischer als auch in sprachlicher und intellektueller Hinsicht eine große Bereicherung. Die notarielle Tätigkeit in Frankreich ist genauso spannend und anspruchsvoll wie in Deutschland; ich könnte mir gut vorstellen, auch in Frankreich tätig zu sein.

Abschließend kann ich jedem nur empfehlen, eine entsprechende Möglichkeit wahrzunehmen. Die Zeit in Frankreich wird mir lange in sehr schöner wie lehrreicher Erinnerung bleiben.

Wer sich über das französische Notariat informieren möchte, dem sei als Einführung „*Le notariat*“ von *Jean Rioufol/Françoise Rico*, PUF, empfohlen.

Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 14. völlig neue bearbeitete Auflage 1997, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1230 Seiten, DM 198,-.

1. Der Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz, der von *Boruttau* und *Klein* begründet wurde, liegt jetzt in der 14. Auflage vor, er verzichtet auf weitere Leitnamen, heißt also nunmehr auch offiziell nur noch „*Boruttau*“. Er wird bearbeitet von den Bundesrichtern *Peter Fischer*, *Hans-Joachim Sack* und *Hermann-Ulrich Viskorf*. Die 14. Auflage stellt eine Neubearbeitung dar.

Die Grunderwerbsteuer hat an praktischer Relevanz gewonnen. Stellte sie zu Zeiten des Steuersatzes von 2% in vielen Fällen noch eine „quantité négligeable“ dar, ist dies seit dem Jahressteuergesetz 1997 anders: Der Steuersatz wurde auf 3,5%, also um 75% erhöht. Soweit die Bemessungsgrundlage von den Einheitswerten auf realitätsnähere Grundstückswerte umgestellt wurde, hat sich die Steuerlast insoweit vervielfacht. Das Publikum reagiert auf die Steuererhöhung teilweise mit dem Versuch, evident grunderwerbsteuerpflichtige Vorgänge an der Grunderwerbsteuer vorbeizuschleusen. Daß diese Versuche, etwa das Aufspalten eines einheitlichen Vertragswerkes in einen beurkundeten Grundstückskauf und einen nicht beurkundeten Werkvertrag, oft auch noch mit § 313 BGB in Konflikt geraten, kommt hinzu.

Das Grunderwerbsteuerrecht ist also kein statisches Recht mehr, wie es seit der geglückten Grunderwerbsteuerreform von 1983 war. Der „*Boruttau*“ nimmt darauf Bedacht. Es werden nicht nur die einzelnen Paragraphen sachkundig an Hand der Rechtsprechung und der maßgeblichen Literaturmeinungen kommentiert, es werden bei dieser Kommentierung auch die neutralgischen Punkte erkannt und behandelt.

2. So nimmt *Fischer* bei der Kommentierung des § 1 GrEStG die Einführung des Abs. 2 a zum Anlaß, in einem allgemeinen Abschnitt den *Wechsel des Rechtsträgers* und die *Gesamthand* im Grunderwerbsteuerrecht systematisch übergreifend darzustellen. Als nicht steuerbarer Strukturwechsel wird der identitätswahrende Wechsel zwischen den Rechtsformen der Personengesellschaften (BGB-Gesellschaft, OHG, KG) angesehen. Diese Fälle werden durch das Umwandlungsgesetz (§ 190 Abs. 2 UmwG) nicht berührt (§ 1 Rdnr. 61 ff.). Ein Rechtsträgerwechsel findet ferner nicht statt beim identitätswahrenden Übergang von der Vorgesellschaft auf die durch Eintragung entstehende Gesellschaft und bei der formwechselnden Umwandlung. Während der bloße Formwechsel zwischen juristischen Personen (z.B. GmbH in AG) und der Formwechsel zwischen Personengesellschaften – sogenannter homogener Formwechsel – kein Rechtsträgerwechsel ist, ist dies beim heterogenen Formwechsel – Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und umgekehrt – umstritten (§ 1 Rdnr. 531 ff.). Die Finanzverwaltung nimmt Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG an, da ein Rechtsträgerwechsel stattfindet (koordinierter Erlaß Fin.Min. Bayern vom 14.7.1995, DB 1995, 1685). *Fischer* schließt sich der herrschenden Meinung im Schrifttum an, wonach auch der heterogene Formwechsel nicht steuerbar ist (§ 1 Rdnr. 550). Er weist darauf hin, daß seit der Aufhebung des § 27 UmwStG 1977 durch das Grunderwerbsteuergesetz 1983 das Umwandlungssteuerrecht keine Steuerbefreiung zum Ver-

kehrsteuerrecht mehr kennt. Die grunderwerbsteuerlichen Folgerungen einer Umwandlung ergeben sich ausschließlich aus dem Grunderwerbsteuergesetz. In den Rdnrn. 558 ff. zu § 1 werden demgemäß die steuerbaren Rechtsvorgänge nach dem Umwandlungsteuergesetz dargestellt (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübergang). In Rdnr. 566 werden im Anschluß an *Orth* (Beck'sches Handbuch der GmbH, 1995, § 14 Rdnr. 46) Vermeidungsstrategien genannt.

Besondere Probleme bereite bisher schon der zeitgleiche Wechsel aller Gesellschafter. Die Rechtslage vor Geltung des § 1 Abs. 2 a GrEStG wird noch einmal umfassend dargestellt (§ 1 Rdnr. 131 ff.). Die Kommentierung des neu eingefügten § 1 Abs. 2 a GrEStG findet sich in den Rdnrn. 811 – 850. § 1 Abs. 2 a GrEStG soll nach der Intention des Gesetzgebers einem Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten entgegenwirken. Die Gesetzesinitiative bezog sich auf die Fälle der Zurückbehaltung eines Zwerganteils durch einen Altgesellschafter und der vollständigen oder wesentlichen Übertragung der Geschäftsanteile an der Komplementärin einer GmbH & Co. KG. Darüber hinaus wird die Steuerbarkeit ausgedehnt auf die gesellschaftsrechtliche Verfügung über Grundbesitz bei der Übertragung von Anteilen an einem Unternehmen. *Fischer* steht auf dem Standpunkt (Rdnr. 815), die Vorschrift bedürfe einer einschränkenden Auslegung dahin, die Übertragung der Gesellschaftsanteile müsse „Transportfunktion“ haben, die fiktive Übertragung auf eine neue Gesellschaft müsse sich als Folge der wesentlichen Veränderungen im Gesellschafterbestand darstellen. Die zu § 1 Abs. 2 a GrEStG ergangenen Ländererlasse beschränken sich nach Auffassung des Kommentators darauf, den Inhalt der Materialien zu wiederholen. Im folgenden werden – in deutlicher Distanz zum Gesetzgeber – die möglichen Konstellationen, die sich bei der Anwendung der neuen Bestimmung ergeben, durchgespielt (vgl. auch Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 24.6.1998, MittBayNot 1998, 383 ff.).

Die Frage, ob *personenbezogene Eigenschaften* auf Gesamthandsgemeinschaften durchschlagen, findet sich bei der Kommentierung des § 3 GrEStG, nicht bei derjenigen des § 6 GrEStG. *Sack* vertritt im Anschluß an das Urteil des BFH vom 21.3.1968 (BStBl. II 1968, 619) die Meinung, die quotale Zurechnung persönlicher Eigenschaften des Gesellschafters gelte grundsätzlich für alle grunderwerbsteuerrechtlich relevanten Gesamthandsgemeinschaften, also nicht nur für die BGB-Gesellschaft, sondern auch für OHG und KG, sie gilt aber nicht für Kapitalgesellschaften. Erwirbt jemand ein Grundstück von einer BGB-Gesellschaft, einer OHG oder einer KG, an welcher etwa sein Ehegatte oder eine mit ihm in gerader Linie verwandte Person beteiligt ist, so ist er nach § 3 Nr. 4 bzw. Nr. 6 GrEStG im Umfang der Beteiligung dieser Person von der Grunderwerbsteuer befreit.

Die Probleme, die mit dem „*einheitlichen Vertragsgegenstand*“ zusammenhängen, werden von *Sack* im Rahmen der Kommentierung des § 9 GrEStG dargestellt (Rdnrn. 156 bis 182 b). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Grundstück in einem künftigen, also erst noch herbeizuführenden tatsächlichen Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs und dieser damit für die als Bemessungsgrundlage dienende Gegenleistung maßgeblich ist, beschäftigt Literatur und Recht-

sprechung vor allem seit der Zeit der Bauherrenmodelle. Die Thematik erschöpft sich darin jedoch nicht, sie hat heute wieder erhöhte Bedeutung. *Sack* stellt nach einer Einführung in die Problematik den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung dar und erläutert die sich hieraus ergebenden praktischen Konsequenzen. Maßgebend für die Bemessungsgrundlage ist, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist. Der für den Umfang der Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird dabei nach Auffassung des BFH nicht nur bestimmt durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst, sondern gegebenenfalls auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehende Vereinbarungen. Diese müssen aber insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück im bebaute Zustand erhält. Ist die einheitliche Wertung dann noch relativ leicht, wenn mehrere Vereinbarungen miteinander rechtlich verknüpft sind, so ist dies anders, wenn es sich nur um eine tatsächliche Verknüpfung handelt. Auch wenn die mehreren Verträge zivilrechtlich keine Einheit bilden, so ist nach der Rechtsprechung des BFH Gegenstand des Erwerbsvorgangs das bebaute Grundstück dann, wenn zwischen den Verträgen ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, daß der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält. Ein derartig enger sachlicher Zusammenhang wird stets dann angenommen, wenn der Erwerber zu dem für die Verwirklichung des Steuertatbestandes

maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes über das Grundstück sich gegenüber der Veräußererseite auch bereits hinsichtlich der zur Errichtung des Gebäudes notwendigen Verträge gebunden hat. Die Voraussetzung eines engen sachlichen Zusammenhangs kann aber auch dann erfüllt sein, wenn der Erwerber zunächst den Grundstückskaufvertrag abschließt und erst danach den zur Errichtung des Gebäudes notwendigen Vertrag, ohne daß dabei eine umkehrbare Festlegung des Erwerbers im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages auf eine bestimmte Bebauung vorgelegen haben muß. Die Hinnahme des von der Anbieterseite vorbereiteten Geschehensablaufs durch den Erwerber indiziert den engen sachlichen Zusammenhang. *Sack* bringt (vgl. Rdnr. 164) zahlreiche Beispielfälle, in denen ein solcher enger sachlicher Zusammenhang anzunehmen ist (Bindung an Baukonzept, faktischer Zwang, paralleler Geschehensablauf etc). *Viskorf* ergänzt diese Ausführungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht (§ 19 Rdnr. 15).

3. Der „*Boruttau*“ ist in seiner 14. Auflage ein Kommentar, mit dem man nach der völligen Neubearbeitung wieder gut arbeiten kann. Der Kommentar ist inhaltlich schlanker geworden, er führt unmittelbar zu den Problemen, der Praktiker, der oft unter Zeitdruck steht, findet schnell das Gesuchte. Das Register ist tief gestaffelt. Bei dem hohen Anteil, den Grundstücksgeschäfte nach wie vor im Notariat einnehmen, wird am „*Boruttau*“ auch künftig kein Weg vorbeiführen.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Christoph Wolters, Der Bauplanungsvertrag. Ein Beitrag zur Bestimmung der materiellen Wirksamkeitsbedingungen städtebaulicher Verträge. Diss. jur. Würzburg 1997, 296 S., DM 23,- (zu beziehen bei Ch. Wolters, Schützenstr. 3, 79822 Titisee-Neustadt).

Die bei Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer gefertigte Würzburger Dissertation behandelt Vereinbarungen, die der Verwirklichung planerischer Wünsche des privaten Bauinteressenten oder Grundstückseigentümers vor dem Hintergrund der gemeindlichen Vorstellungen dienen und damit beide in Einklang bringen sollen (S. 11). Mögliche Leistungen seitens des Privaten sind der Ersatz von Folgekosten, die Übernahme der Verfahrenskosten, die Abschöpfung des „Planungsge-

winns“ und die Mehrerlösklauseln. Zutreffend geht *Wolters* davon aus, daß materiellrechtlich die Rechtsnatur des Vertrages kaum noch Bedeutung hat (vgl. BVerwG, MittBayNot 1993, 164 u. BGH, in diesem Heft S. 96 ff.). Ausgehend hiervon geht er der Frage nach, welcher Vertragsgestaltung Inhaltsverbote entgegenstehen. Sodann prüft er Beschränkungen, die sich auf Bauplanungsverträge typischerweise auswirken. Die Arbeit ist gegenüber vertraglichen Gestaltungen eher zurückhaltend (vgl. z.B. S. 261, allerdings unter unzutreffender Bezugnahme auf *Blutge*, MittBayNot 1996, 149/152, der selbst beim „kostenlosen“ Grunderwerb der Gemeinde keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot annimmt; a.A. BGH, in diesem Heft S. 96 ff.). Auch für den Praktiker ist das Buch instruktiv, da es die gesamte Literatur nahezu lückenlos darstellt.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, Zusammenfassende Darstellung und Erläuterung der Paragraphen 54a bis e Beurkundungsgesetz (Neufassung), Köln, Berlin, Bonn, München, 157 Seiten, DM 58,-.

Am 8.9.1998 ist das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze in Kraft getreten (vgl. dazu allgemein *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661 ff.). In diesem Zusammenhang wurden auch bisher lediglich in der DONot enthaltene Regelungen des notariellen Verwahrungsgeschäfts auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, um ihre Bedeutung für die notarielle Amtstätigkeit und für die Praxis zu unterstreichen. In einem eigenen Abschnitt des Beurkundungsgesetzes, den §§ 54a bis 54e, sind deshalb nunmehr das für die notari-

elle Verwahrung maßgebliche Verfahrensrecht und die damit zusammenhängenden wesentlichen Berufspflichten geregelt. Lediglich die für die Dienstaufsicht bedeutsamen Informationspflichten sind weiterhin in der DONot geregelt.

Die Literatur hat sich Fragen des Verwahrungsverfahrens in jüngster Zeit in verstärktem Maße angenommen. Erinnt sei an die Monographien von *Kawohl* (Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen, DNotl-Schriftenreihe Band 2, 1995) und *Wetach*, (Rechtsprobleme bei „Verwahrung auf Notaranderkonto“, Diss. Münster 1994; vgl. auch DNotZ 1996, 2 ff.) sowie *Bräu* (Verwahrungstätigkeit des Notars, Freiburg 1994). Mit Rücksicht auf den neuen Standort des Verwahrungsrechts im Beurkundungsgesetz ist damit zu rechnen, daß sich auch

die Kommentarliteratur diesem Thema in Zukunft (verstärkt) widmen wird. Die Rolle des Vorreiters nimmt hier *Weingärtner* ein, der als erster die §§ 54a bis e des Beurkundungsgesetzes zusammenhängend darstellt und kommentiert (vgl. aber auch den sehr instruktiven und umfassenden Beitrag von *Hertel*, ZNotP, Beilage 3/98).

Ohne sein Verdienst damit schmälern zu wollen, darf festgestellt werden: Für *Weingärtner* war das eine einfache Aufgabe, hat er doch in seinem Kommentar zur Dienstordnung für Notare (derzeit in siebter, aktualisierter Auflage, 1995) seit jeher einen Schwerpunkt auf die Darstellung der Rechtsprobleme des Notaranderkontos und seiner Abwicklung gelegt. Der Übergang zu den neuen Bestimmungen wird (ihm) auch dadurch erleichtert, daß sich diese weitgehend in die bisherige Rechtsprechung und -praxis einpassen bzw. deren Ergebnisse berücksichtigen.

Leicht gemacht hat es sich *Weingärtner* aber deshalb gleichwohl nicht. So hat er die bis Mitte 1998 erschienene Rechtsprechung und Literatur zum Verwahrungsgeschäft (soweit ersichtlich: vollständig) eingearbeitet. Der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen vorangestellt ist eine lehrbuchartige „Einführung in das Verwahrungsgeschäft, in der insbesondere auch die mit der Pfändung ins Anderkonto verbundenen Probleme und weitere Fragen dargestellt sind, die auch in der Novellierung keine eigene gesetzliche Regelung erfahren haben. Der Kommentar enthält deshalb eine aktuelle, in sich geschlossene und vollständige Darstellung des notariellen Verwahrungsgeschäfts.

Haferland/Schmidt/Tiedtke, Praxis des Kostenrechts, 3. Auflage EHV-Verlag, Hopfenberg 19, 31157 Sarstedt, 360 Seiten, DM 59,80.

Das Buch von *Berthold C. Haferland*, fortgeführt von *Dr. Holger Schmidt*, Notar in Viersen und *Werner Tiedtke*, Notariatsrat im Notardienst, liegt nunmehr in der 3. Auflage 1998 vor. Die Voraufgabe stammt von 1990. Die 3. Auflage wurde aufgrund der umfassenden Neuerungen im Bereich des Handels- und Kostenrechts völlig neu gestaltet.

Das Buch gliedert sich in zwei große Teile, nämlich einen rein kostenrechtlichen Teil und einen Teil mit Mustern von Handelsregisteranmeldungen samt Anmerkungen und Hinweisen zur Kostenberechnung.

Bei den kostenrechtlichen Anmerkungen werden nicht nur die Notarkosten in Handelssachen ausführlich erörtert, sondern auch die Gerichtskosten angesprochen; außerdem wird auf sonstige Kosten, die im Zusammenhang mit Handelssachen anfallen können, wie Bekanntmachungskosten, eingegangen. Dies ermöglicht eine umfassende Beratung des Kunden über sämtliche anfallende Kosten. Insbesondere wird auch die Bewertung von Gesellschaftsverträgen sowie allen damit zusammenhängenden Tätigkeiten des Notars ausführlich erörtert.

Im kostenrechtlichen Teil befinden sich auch viele allgemeingültige Aussagen über Kostenschuldner und Ausstellung von Kostenberechnungen.

Im zweiten Teil werden dann Muster für fast jede Form der Handelsregisteranmeldung aufgeführt mit einem konkreten Kostenbeispiel dazu. Auch hier wird nochmals auf die Gerichtskosten eingegangen. Außerdem sind auch Muster für die Bekanntmachungen im Bundesanzeiger abgedruckt, nach denen der Notar häufiger gefragt wird.

Das Werk wird für den Praktiker um so attraktiver, als es im Anhang eine Formulierungshilfe für eine Hinterlegungsvereinbarung enthält, außerdem das Rundschreiben der BNotK vom 11.1.1996 zur notariellen Verwahrung und schließlich eine Checkliste für die Prüfung der Verwahrungsgeschäfte, die zwar aus der Sicht des Notarprüfers zusammengestellt ist, aber gerade deshalb auch für den „Prüfling“ von Interesse ist.

Vor diesem Hintergrund sind nachstehende Kritikpunkte sicher nicht allzu schwer zu gewichten: (Auch) der neue Kommentar bzw. sein Leser leidet an einer ganzen Reihe von Schreibfehlern. Zur Kontroverse, ob auch eine Fakkopie der Schriftform der Verwahrung (vgl. § 54a Abs. 4 BeurkG) genügt, äußert sich *Weingärtner* nicht (vgl. DNotI-Report 1998, 222; *Hertel*, ZNotP Beilage 3/98, 4 f.). In Übereinstimmung mit der zum Zivilprozeß vertretenen Meinung sollte das Schriftformerfordernis auch bei der Verwahrung mit einer Fakkopie erfüllt werden können (so auch *Hertel*, a.a.O., S. 5).

Auch wer sich eigentlich mit den Neuauflagen der Kommentare zum Beurkundungsgesetz gedulden will, ist mit dem Werk von *Weingärtner*, das über einen Kommentar weit hinaus geht, gut beraten. Er bietet gerade dem (süddeutschen) Praktiker, für den die Anderkontenabwicklung und -verwaltung nicht zum täglichen Brot gehört, eine sichere Orientierung bei den damit verbundenen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Fragen und sei deshalb zum Erwerb empfohlen.

Notar Dr. Jörg Munzig, Neu-Ulm

Im Anhang befinden sich Hinweise zur Umstellung auf den Euro mit entsprechenden Mustern für die Handelsregisteranmeldung.

Das Buch befindet sich damit sowohl bei den Kostenberechnungen als auch bei den Mustern für die Handelsregisteranmeldungen auf dem neuesten Stand. Es ist für die tägliche Arbeit mit Handelsregisteranmeldungen sehr gut geeignet.

Auf S. 180 Rdnr. 422 wird die Ansicht des OLG Stuttgart bezüglich der Aufnahme der 6-Monatsfrist bei Aufstellung des Jahresabschlusses in die Satzung wiedergegeben, das eine solche Bestimmung für zulässig hält. Es erscheint insoweit jedoch besser, die Aufstellung innerhalb der gesetzlichen Fristen und nicht eine konkrete Zahl in die Satzung aufzunehmen.

Auf S. 280 werden bei der Kostenberechnung für die Verschmelzung durch Aufnahme bei 100% Mutter/Tochtergesellschaften Hinweise zur Kapitalerhöhung gegeben, obwohl eine Kapitalerhöhung auf S. 277 als nicht erforderlich und möglich genannt wird. Insoweit ist der Hinweis bei der Kostenberechnung etwas verwirrend.

Bei der Konzeption einer Neuauflage wäre vielleicht daran zu denken, ob die Beifügung einer Diskette mit den Mustern für die Handelsregisteranmeldungen möglich ist, da Muster mit den gängigen Anmeldungen in jedem Notariat benötigt werden.

Das Buch kann insgesamt nur empfohlen werden, da sämtliche Neuerungen des Kostenrechts und Handelsrechts berücksichtigt sind und es damit eine wertvolle Hilfe für die Vorbereitung von Handelsregisteranmeldungen und deren Bewertung darstellt.

Notarassessorin Monika Busse, Nürnberg

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 313 Satz 1, 125 Satz 1, 873, 925 (*Notarielle Beurkundung der Änderungsvereinbarung zu einem Grundstücksübertragungsvertrag, der die Auflassung bereits enthält*)

Haben die Parteien eines Grundstücksübertragungsvertrags in diesem zwar die Auflassung erklärt, jedoch den Zeitpunkt der grundbuchrechtlichen Vollziehung der Eigentumsumschreibung in das freie Belieben des Übertragenden gestellt, so bedarf eine dies abändernde Vereinbarung der notariellen Beurkundung.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.10.1997 – 9 U 24/97 –

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von der Beklagten – ihrer Großmutter –, daß diese den Notar R. anweise, die Umschreibung des Eigentums an einem ihr – der Klägerin – durch notariellen Schenkungsvertrag vom 23.6.1995 übertragenen Grundstück zu beantragen.

Eigentümerin dieses in K. gelegenen, mit einem Dreifamilienhaus bebauten Hausgrundstücks ist die Beklagte als Vorerbin ihres verstorbenen Ehemannes. Der Vater der Klägerin – G. K. – sowie dessen Bruder H. K. – die Söhne der Beklagten – sind durch das gemeinschaftliche Testament ihrer Eltern als Nacherben eingesetzt worden.

Durch notariellen Vertrag vom 29.5.1995 hat der Sohn der Beklagten H. K. seiner Nichte, der Klägerin, sein Anwartschaftsrecht „auf seinen Erbteil“ als Gegenleistung für die Veräußerung eines Bräunungsstudios übertragen.

In dem Vertrag heißt es unter Ziff. 3 b) und c) u.a.:

„b) Die Gegenleistung des Erschienenen zu 1) – H. K. – gilt auch als erbracht, sofern die Erblasserin, also die Mutter des Erschienenen zu 1), bereits zu Lebzeiten zugunsten der Erschienenen zu 2) – der Klägerin – über das Grundstück verfügt, indem der Erschienenen zu 2) das Grundstück übertragen wird.

c) Für den Fall, daß die Erblasserin zu Lebzeiten über das Grundstück anderweitig verfügt, indem sie es an einen außenstehenden Dritten veräußert, verpflichtet sich der Erschienene zu 1) als Gegenleistung zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 100.000 DM, der vom Tage der Beurkundung an mit 5% jährlich zu verzinsen ist ...“

Durch weiteren notariellen Vertrag vom 23.6.1995, an dem neben den Parteien des Rechtsstreits auch die auf jegliche erbrechtlichen Ansprüche verzichtenden Söhne der Beklagten beteiligt waren, hat die Beklagte der Klägerin den Grundbesitz schenkweise übertragen. Zugleich haben die Klägerin und die Beklagte die Auflassung erklärt und die Eintragung eines lebenslangen kostenlosen Wohnrechts für die Beklagte bewilligt und beantragt.

Unter Verzicht auf ihre Antragsrechte gegenüber dem Grundbuchamt haben die Parteien sodann unter Ziff. IV. u.a. folgendes vereinbart:

„Der Notar wird angewiesen, die Eigentumsumschreibung zu beantragen. Dies jedoch erst dann, wenn die Erschienene zu 1) – die Beklagte – den Notar schriftlich dazu auffordert oder wenn dem Notar eine beglaubigte Abschrift der Sterbeurkunde der Erschienenen zu 1) vorgelegt wird ...“

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei schon aufgrund des notariellen Vertrages zur Eigentumsumschreibung verpflichtet. Auf die in Ziff. IV. des notariellen Vertrages getroffene Regelung könne sie sich nicht berufen, denn die Übertragung des Grundstücks auf die Klägerin habe im Gegenzuge dafür erfolgen sollen, daß sie – dem Wunsch der Beklagten entsprechend – ihrem Onkel H. K. für den Verkauf seines Anwartschaftsrechts als Gegenleistung kein Geld, sondern das Bräunungsstudio übertragen habe.

Im übrigen habe die Beklagte sich aber auch während eines mit den Eltern der Klägerin und deren Tochter – der Urenkelin der Beklagten – im September 1995 in den N. verbrachten Urlaubs zur Eigentumsumschreibung verpflichtet. Sie sei damals darauf hingewiesen worden, daß die Klägerin verschiedene Umbauarbeiten, so u.a. die Verklinkerung des Hauses, beabsichtige und die Finanzierung eine Grundschuld eintragung erfordere. Daraufhin habe sie erklärt, daß es dann besser sei, vor Baubeginn die Grundbuchumschreibung zu veranlassen, damit sie nicht noch „auf ihre alten Tage“ mit einer Hypothek belastet werde.

Des weiteren habe sie den Wunsch danach geäußert, daß der Vater der Klägerin verschiedene Umbau- und Renovierungsarbeiten im Hause vornehme. Dieser habe sich damit unter der Bedingung einverstanden erklärt, daß sie nach Durchführung der Arbeiten die Grundbuchumschreibung veranlasse. Nach Abschluß der Arbeiten habe sie sodann dem Vater der Klägerin gegenüber erklärt, sie sei bei einem Notar gewesen und habe bereits alles Erforderliche für die Grundbuchumschreibung veranlaßt.

Das Landgericht hat die Klage durch das angefochtene Urteil abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil erkannt, daß der Klägerin derzeit gegenüber der Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch darauf zusteht, daß diese den Notar zur Beantragung der Eigentumsumschreibung auf die Klägerin anweist.

I. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken, insbesondere mangelt es ihr nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis.

Allerdings fehlt ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Verurteilung, wenn der Kläger sein Ziel auf anderem Wege einfacher und schneller erreichen kann (*Zöller/Greger*, ZPO, 20. A., Rdnr. 18 ff. zu § 253). Die letztlich von der Klägerin angestrebte Umschreibung des Grundbuchs und damit den Vollzug der ihr gegenüber erfolgten Schenkung kann sie jedoch nicht ohne gerichtlichen Rechtsschutz erreichen.

Zwar entspricht es herrschender Meinung, daß die nach § 13 Abs. 1 S. 2 GBO Antragsberechtigten – hier die von der Eintragung in das Grundbuch betroffene Beklagte und die von ihr begünstigte Klägerin – grundsätzlich nicht auf ihr Recht, die Umschreibung des Grundbuchs beantragen zu können, wirksam verzichten können, so daß der in Ziff. IV. Satz 1 des notariellen Vertrages ausgesprochene Verzicht einem Antrag der Klägerin auf Umschreibung grundsätzlich nicht entgegenstehen würde (OLG-Düsseldorf NJW 1956, 877; BayObLGZ 1972, 215; Rpfl 1985, 356 [= MittBayNot 1985, 150]; OLG Frankfurt Rpfl 1992, 58; *Demharter*, GBO, 21. A., Rdnr. 57 zu § 13).

Indessen haben die Parteien in Ziff. X. des notariellen Vertrages weiter geregelt, daß bis zu der durch den Notar zu beantragenden Eigentumsumschreibung Ausfertigungen und Abschriften der Urkunde die Auflassung nicht enthalten dürfen, so daß es der Klägerin schon an der Möglichkeit des Nachweises der Einigung (§ 20 GBO) fehlt. Ungeachtet dessen könnte die Beklagte von der Klägerin aber auch die Einhaltung der weiterhin in Ziff. IV. Satz 2 des Vertrages getroffenen schuldrechtlichen Vollzugsvereinbarung – der Abhängigkeit der Eigentumsumschreibung von ihrer Anweisung an

den Notar – im Prozeßwege durch Urteil oder einstweilige Verfügung auf Unterlassung des Eigentumserwerbs und der Grundbucheintragung verlangen (vgl. nur: *Staudinger/Pfeifer*, BGB, 13. A., Rdnr. 145 zu § 925).

II. Die Klage ist unbegründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Grundbuchänderung weder aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Schenkungsvertrages zu (s.u. II.1.), noch kann sie von der Beklagten die Eigentumsumschreibung verlangen, weil diese ihr bzw. ihrem Vater gegenüber im September 1995 mehrfach zugesagt haben soll, die Grundbuchänderung im Hinblick auf Renovierungsarbeiten vornehmen zu lassen (s.u. II.2.).

1. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich zu ihren Gunsten ein Anspruch auf Umschreibung des Grundbuchs nicht schon aus dem zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Vertrag vom 23.6.1995.

1.1. Die dingliche Rechtsänderung kann die Klägerin von der Beklagten nicht schon deshalb verlangen, weil die Parteien sich hierüber in Ziff. III. des notariellen Vertrages bindend i.S.d. §§ 873, 925 Abs. 2 BGB geeinigt haben, denn die Auflassung selbst als dingliches Rechtsgeschäft verschafft dem Begünstigten keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Rechtsänderung (*Palandt/Bassenge*, BGB, 56. A., Rdnr. 10 zu § 873).

1.2. Auch aus dem schuldrechtlichen Grundgeschäft – der Grundstücksschenkung – läßt sich zugunsten der Klägerin ein Anspruch auf Umschreibung des Grundbuchs nicht herleiten, da nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen die Erfüllung des Schenkungsversprechens erst dann erfolgen soll, wenn die Beklagte den Notar schriftlich hierzu auffordert oder ihm eine beglaubigte Abschrift der Sterbeurkunde der Beklagten vorgelegt wird.

1.2.1. Die Parteien haben sich vertraglich in Ziff. I. – unter Beachtung des Zustimmungserfordernisses der Nacherben (§ 2113 BGB) – darüber geeinigt, daß die Beklagte den Grundbesitz auf die dieses annehmende Klägerin überträgt und das Eigentum hieran übergehen soll. Zugleich haben sie notariell – unbedingt und unbefristet – die Auflassung erklärt (§§ 873, 925 Abs. 2 BGB).

Das Grundgeschäft stellt sich im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten als Schenkung, nämlich als unentgeltliche Zuwendung von Seiten der Beklagten dar. Es mag insoweit dahinstehen, ob die Übertragung des Grundbesitzes – wie von der Klägerin geltend gemacht wird – davon abhängig war, daß sie das Anwartschaftsrecht ihres als Nacherben eingesetzten Onkels H. K. durch Übertragung des Bräunungsstudios an diesen erwirbt. Dagegen, daß es sich hierbei um eine Gegenleistung der Klägerin handeln sollte, die die Leistung der Beklagten jedenfalls zu einer – auch – entgeltlichen machen würde, spricht schon, daß diese konditionale Verknüpfung beider Leistungen in der notariellen Urkunde weder ausdrücklich noch durch Verweisung auf den hierüber zuvor geschlossenen Kaufvertrag mit Erbteilsverkauf vom 29.5.1995 einen Niederschlag gefunden hat. Ungeachtet dessen aber steht dem auch die Tatsache entgegen, daß sich der Sohn der Beklagten, H. K., in Ziff. 3 c) des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages für den Fall der Veräußerung des Grundbesitzes durch die Beklagte an einen außenstehenden Dritten gegenüber der Klägerin zur Zahlung von 100.000 DM verpflichtet hat.

1.2.2. In Ziff. IV. Satz 2 des notariellen Vertrages haben die Parteien zusätzlich schuldrechtlich vereinbart, daß der grund-

buchrechtliche Vollzug und damit der Vollzug der unbedingten Schenkung durch Eintragung der Klägerin in das Grundbuch spätestens mit dem Tode der Beklagten erfolgen soll. Des weiteren hat die Beklagte es sich allerdings vorbehalten, zu einem von ihr allein zu bestimmenden früheren Zeitpunkt den Eigentumsübergang und damit den Vollzug der Schenkung herbeizuführen.

Derartige schuldrechtliche Vereinbarungen über den zeitlichen Aufschub des Vollzugs der Auflassung im Grundbuch und ein damit verbundener Vorbehalt der Eigentumsumschreibung durch Anweisung an den Notar sind rechtlich unbedenklich, denn die Auflassung selbst ist weder bedingt noch befristet i.S.d. § 25 Abs. 2 BGB (OLG Düsseldorf NJW 1954, 1041; LG München I DNotZ 1950, 33; LG Hannover DNotZ 1972, 187; *Staudinger/Pfeifer*, Rdnr. 145 zu § 925; MünchKomm/Kanzleiter, BGB, 3. A., Rdnr. 27 zu § 925).

Soweit die Klägerin geltend macht, die Beklagte habe von dieser vertraglichen Regelung abweichend am 29.1.1995 geäußert, ihr das Grundstück im Gegenzuge für die Abfindung ihres Sohnes H. K. übertragen zu wollen, ist dieses Vorbringen rechtlich unbeachtlich. Bei einem von einer vorherigen Absprache abweichenden Inhalt der notariellen Urkunde geht die Vermutung dahin, daß die anderslautende Abrede in der Zeit bis zum Vertragsschluß abgeändert worden ist (RGZ 52, 23 [25 f.]; 68, 15; RG WarnR 1918, 77 [78]; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. A., Rdnr. 24 zu 125). Es hätte daher der Klägerin obliegen, näher darzulegen und unter Beweis zu stellen, daß zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also am 23.6.1995, noch Einigkeit zwischen den Parteien darüber bestand, die grundbuchrechtliche Vollziehung nicht betagt, sondern unmittelbar im Anschluß an den Vertragsschluß erfolgen zu lassen. Letzteres indessen macht selbst die Klägerin nicht geltend. Vielmehr räumt sie ein, daß die Beklagte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages hierzu nicht – mehr – bereit war. Mit dieser Regelung hat sich die Klägerin auch einverstanden erklärt.

2. Auch aus den von der Klägerin in der Berufungsinstanz dargelegten Vereinbarungen zwischen der Beklagten und ihrem Sohn – dem Vater der Klägerin – kann sich zu ihren Gunsten kein Anspruch auf Eigentumsumschreibung ergeben. Ob die Beklagte im Hinblick auf – oder als Gegenleistung für – etwaige Renovierungs- und Sanierungsarbeiten tatsächlich versprochen hat, den Notar zur Beantragung der Eigentumsumschreibung anzuweisen, mag dahinstehen. Aus einer solchen etwaigen Vereinbarung kann die Klägerin deshalb schon keinen Anspruch herleiten, weil mit dieser eine nachträgliche Änderung des Grundstücksschenkungsvertrages einherging, die nach Auffassung des Senats gemäß § 313 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurft hätte, so daß sie in Ermangelung dieser nach § 125 BGB nichtig ist.

2.1. Nach § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Zweck dieser Formvorschrift ist es, den Veräußerer, aber auch den Erwerber vor übereilten Verträgen zu bewahren, indem ihnen reife Überlegungszeit gegeben und zugleich rechtskundige und unparteiliche Beratung durch einen Notar gewährt wird. Neben dieser Warn- und Schutzfunktion soll aber auch Rechtssicherheit, nämlich der Beweis über Art und Inhalt der getroffenen Vereinbarungen gewährleistet werden und gesichert sein, daß der Wille der Parteien richtig, vollständig und rechtswirksam ausgedrückt wird. (vgl. nur: *Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 2 zu § 313 m.w.N.)

Dem Beurkundungszwang unterliegen daher grundsätzlich sämtliche Vereinbarungen, aus denen sich der schuldrechtliche Vertrag nach dem Willen der Parteien zusammensetzen soll, insbesondere daher solche, die Art, Weise, Umfang und Zeitpunkt der – gegenseitigen – Leistungspflichten regeln (vgl. nur: BGH DNotZ 1986, 78 ff.; WM 1981, 491; BGHZ 74, 346 (348 f.); 69, 266 (268 f.) [= MittBayNot 1978, 4]; jew. m.w.N.).

Aus dem Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB ergibt sich, daß nicht nur die Begründung der vertraglichen Leistungspflichten, sondern auch die diesbezüglichen vertraglichen Abänderungen ihrerseits prinzipiell der notariellen Beurkundung bedürfen (*Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 41 zu § 313).

2.2. Ausnahmen von dem Beurkundungserfordernis hat die Rechtsprechung jedoch dann anerkannt, wenn durch die Änderung die Veräußerungs- oder Erwerbspflicht weder unmittelbar noch mittelbar verschärft oder erweitert wird oder durch sie lediglich eine bei der Vertragsabwicklung unerwartet auftretende Schwierigkeit beseitigt werden soll, durch die der Inhalt der gegenseitigen Leistungspflichten im Kern unberührt bleibt (BGH NJW-RR 1988, 185 [186]; NJW 1976, 1842; NJW 1974, 271; 1973, 37; DNotZ 1958, 383). Eine solche Fallgestaltung indessen liegt hier nicht vor. Die nach der Behauptung der Klägerin zwischen ihr bzw. ihrem Vater und der Beklagten im September 1995 getroffenen Vereinbarungen stellen nach ihrer Art und Tragweite eine ganz erhebliche Änderung der ursprünglich getroffenen notariellen Regelung dar. Denn die Klägerin bzw. für sie ihr Vater sollte nicht nur bestimmte Renovierungsarbeiten übernehmen, sondern im Gegenzuge sollte die Beklagte nunmehr eine bindende Verpflichtung treffen, den grundbuchrechtlichen Vollzug vornehmen zu lassen statt des Rechts, hierüber zu ihren Lebzeiten nach freiem Belieben bestimmen zu können.

Die Formfreiheit dieser abändernden Vereinbarung folgt auch nicht daraus, daß die Parteien in dem notariellen Vertrag schon die Auflassung erklärt hatten. Zwar läßt die Rechtsprechung eine weitere Ausnahme für den Beurkundungszwang bei solchen Vertragsänderungen gelten, die zeitlich der erklärten Auflassung nachfolgen. Begründet wird dies damit, daß mit der Erklärung der Auflassung die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb des Grundstücks schon „erloschen“ ist, weil der Veräußerer in der Regel mit der Auflassung alles seinerseits Erforderliche getan hat, um den Eigentumsübergang herbeizuführen, so daß auch der Warnfunktion des § 313 Satz 1 BGB Rechnung getragen worden ist (BGH DNotZ 1985, 284 [= MittBayNot 1984, 247]; DB 1975, 1983; NJW 1974, 271; 1973, 37; WM 1973, 576; 1972, 556 [557]; DNotZ 1971, 541 [542]). Eine abweichende Beurteilung müssen demgegenüber jedoch die Fallgestaltungen erfahren, in denen es um nachträgliche Vereinbarungen geht, die – wie hier – eine durch die Auflassung selbst noch nicht „erfüllte“ Übereignungspflicht betreffen und diese zum Nachteil des Übertragenden maßgeblich modifizieren (BGH DNotZ 1984, 238 [240] [= MittBayNot 1984, 21]; *Staudinger/Wufka*, BGB, 13. A., Rdnr. 185 ff. zu § 313; *MünchKommKanzleiter*, BGB, 3. A., Rdnr. 57 zu § 313; *Hagen*, Entwicklungstendenzen zur Beurkundungspflicht bei Grundstücksverträgen, DNotZ 1984, 267 [276 ff.]; *Kanzleiter*, Anm. zu BGH DNotZ 1985, 284 [285 ff.]).

Nach den von den Parteien in dem notariellen Vertrag vom 23.6.1995 getroffenen Regelungen sollte die Eigentumsumschreibung der Auflassung nicht automatisch nachfolgen. Vielmehr ist auf Wunsch der Beklagten durch die in Ziff. IV. und X. getroffenen Vereinbarungen sichergestellt worden, daß

ein Umschreibungsantrag lediglich von Seiten des Notars und auch erst dann gestellt werden sollte, wenn entweder eine Sterbeurkunde der Beklagten vorgelegt wird oder aber sie ihn zu Lebzeiten in Ausübung des in ihr freies Belieben gestellten Vorbehalts hierzu ausdrücklich anweist. Wollte die Beklagte sich somit zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung nicht verpflichten, das Grundstück noch zu ihren Lebzeiten zu überschreiben, so sollte die Klägerin dies auch nicht beanspruchen können. Durch die von der Klägerin behauptete Vereinbarung hingegen soll der notarielle Vertrag in eben diesem Punkt dergestalt abgeändert worden sein, daß ihr nach Durchführung der Renovierungsarbeiten gegenüber der Beklagten ein Übereignungsanspruch zustehen sollte. Eine solche nachträgliche, die Übereignungspflicht betreffende Vertragsänderung bedurfte ebenfalls der notariellen Beurkundung, da weder der Zweck des § 313 Satz 1 BGB, den Grundstückseigentümer vor unüberlegten und übereilten Grundstücksübertragungen zu schützen, noch der daneben beabsichtigte, den Beweis der getroffenen Vereinbarung zu sichern, gegenstandslos geworden ist.

Anmerkung:

1. Die Entscheidung betrifft den Anwendungsbereich des § 313 BGB und behandelt die praktisch wichtige Frage, inwieweit auch nachträgliche Änderungen eines Grundstücksvertrages (Kauf oder sonstige Veräußerung) der notariellen Beurkundung bedürfen.

a) Die Rechtsprechung¹ geht – wie die herrschende Lehre² – von dem Grundsatz aus, daß alle Änderungen eines Grundstücksvertrages im Sinne des § 313 BGB der Beurkundung bedürfen, läßt jedoch drei wichtige Ausnahmen zu³:

aa) Eine Fallgruppe betrifft die Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten, also wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung behoben werden sollen und durch die hierzu getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen nicht wesentlich verändert werden⁴.

bb) Eine weitere betrifft Vertragsänderungen, die die Veräußerungs- oder Erwerbspflicht weder unmittelbar noch mittelbar verschärfen oder erweitern⁵.

cc) Schließlich sind – nach der dritten Fallgruppe – Änderungen nach der Erklärung der Auflassung nicht formbedürftig⁶.

b) Die Unschärfe der Kriterien der ersten Fallgruppe hat zu einer der Systematisierung kaum zugänglichen Kasuistik geführt⁷. Die zweite Fallgruppe deckt sich mit der ersten, soweit sie auf den Umfang der vertraglichen Verpflichtungen Bezug

¹ Ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 66, 271; NJW 1973, 37; 1982, 434; DNotZ 1985, 284.

² *Palandt-Heinrichs* § 313 Rdnr. 41; *Staudinger-Wufka* § 313 Rdnr. 188 f.; *MüKo-Kanzleiter* § 313 Rdnr. 47 ff. jeweils m.w.N.

³ Kritisch zu den Ausnahmen v.a. *Staudinger-Wufka* § 313 Rdnr. 178 ff., *MüKo-Kanzleiter* § 313 Rdnr. 47a ff., die die Beurkundungsbedürftigkeit für alle Vertragsänderungen bis zur Eigentumsumschreibung als dem gemäß § 313 S. 2 BGB maßgeblichen Zeitpunkt annehmen.

⁴ BGH NJW-RR 1988, 186; NJW 1973, 37; 74, 271; *Hagen* DNotZ 1984, 267, 277 f. m.w.N.

⁵ BGHZ 66, 270, vgl. aber auch BGH NJW 1974, 271.

⁶ BGH DNotZ 1985, 284; NJW 1985, 266; BayObLG BB 1987, 711, 712.

⁷ *Staudinger-Wufka* § 313 Rdnr. 181 ff.

nimmt. Sie unterscheidet sich jedoch dadurch, daß hier nur die Veräußerungs- und Erwerbspflicht genannt sind, während die erste alle Verpflichtungen betrifft, solange sie bzw. ihre Änderung wesentlich sind. Wesentlich sind immer die Veräußerungs- und die Erwerbspflicht, aber z.B. sicherlich auch die Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen oder die sonstige Gegenleistung zu erbringen. Im übrigen werden die Vertragsparteien die Wesentlichkeit oftmals abhängig von den Umständen des Einzelfalls sehr unterschiedlich einschätzen. Die Bedeutung dieser Unsicherheit schwindet jedoch, wenn man die restriktive Handhabung dieser Ausnahme durch die höchstrichterliche Rechtsprechung beachtet. Einziger Anwendungsfall ist die Fristverlängerung für ein vertragliches Rücktrittsrecht⁸. Der Grund dürfte darin liegen, daß sich in fast allen Fällen eine zumindest mittelbare Verschärfung der Erwerbs- oder Veräußerungspflichten feststellen läßt. Es wird daher diese Einschränkung der Beurkundungspflicht in der Literatur zum Teil rundweg verneint⁹. In der vorliegenden Entscheidung des OLG Düsseldorf waren die beiden ersten Fallgruppen eindeutig nicht einschlägig. Die Vorverlagerung der Eigentumsumschreibung verschärft die Veräußerungspflicht unmittelbar und wesentlich.

2. a) Von allen drei Fallgruppen scheint die dritte am einfachsten handhabbar zu sein, vor allem weil sie auf einer einfachen zeitlichen Abgrenzung beruht, nicht auf der häufig sehr subjektiven Wertung, welche Vertragsbestandteile bzw. -änderungen wesentlich sind. Bei näherer Betrachtung ist aber auch diese Fallgruppe nicht unproblematisch.

Zur Begründung der dritten Ausnahme heißt es, die Übereignungspflicht bestehe mit der Auflassung nicht mehr und der Schutzzweck der Norm sei damit erfüllt¹⁰. In Konstellationen wie der vorliegenden ist aber schon die Leistungshandlung mit der Auflassung noch nicht vollständig erbracht, denn die Eigentumsumschreibung hängt auch noch von der Anweisung des Veräußerers ab. Außerdem erlischt die Leistungspflicht nicht schon mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst mit dem Eintritt des Leistungserfolgs¹¹, also der Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Das gleiche gilt für die Erwerbspflichtung, die seit der Neufassung des § 313 ebenfalls vom Schutzzweck umfaßt wird¹².

Die einfache zeitliche Abgrenzung nach dem Zeitpunkt der Auflassungserklärung erscheint angesichts einer gewandelten notariellen Vollzugs- bzw. Vertragsgestaltungspraxis fraglich¹³. Wurde früher die Auflassung in der Regel erst erklärt, wenn der Grundstücksvertrag im übrigen bereits erfüllt und der Schutzzweck der Formvorschrift damit erreicht war, wird die Auflassung heute häufig sofort mit Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages erklärt und nur der Grundbuchvollzug

ausgesetzt. Mit der Auflassungserklärung als solcher hat sich der Schutzzweck der Norm damit noch nicht erledigt.

b) Gleichwohl hat der BGH diese Ausnahme ausdrücklich und für die auch im vorliegenden Fall gewählte Gestaltung (Auflassung sofort, Eigentumsumschreibung ausgesetzt) bekräftigt¹⁴. Das OLG Düsseldorf hatte in der vorliegenden Entscheidung Gelegenheit, die Bedenken aufzugreifen und den Standpunkt des BGH zu präzisieren. Es knüpft an die Begründung der dritten Fallgruppe an und konstatiert, daß der Veräußerer eben noch nicht alles seinerseits Erforderliche getan hat und die Übereignungspflicht damit noch nicht „erfüllt“ hat, wenn der Grundbuchvollzug in sein Ermessen gestellt ist. Damit wird die dritte Fallgruppe aber nicht generell aufgegeben in dem Sinne, daß jetzt auch nach Auflassung Vertragsänderungen immer beurkundungsbedürftig wären. Das OLG Düsseldorf beschränkt sich vielmehr eng auf den Fall, daß nach erklärter Auflassung die Übereignungspflicht noch nicht in diesem Sinne d.h. durch alle zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Handlungen einschließlich der Vollzugsanweisung erfüllt ist und die Übereignungspflicht in dieser Situation zum Nachteil des Übertragenden maßgeblich modifiziert wird.

Der Unterschied wird deutlich, wenn man den im Vergleich zur vorliegenden Entscheidung umgekehrten Fall betrachtet: Veräußerer und Erwerber haben im notariellen Vertrag zunächst den sofortigen Vollzug der Grundstücksübertragung vorgesehen und ändern nunmehr formlos die Vollzugsanweisung an den Notar dahingehend, daß die Eigentumsumschreibung erst auf Anweisung des Veräußerers erfolgen soll, spätestens mit dessen Ableben.

In dieser Fallvariante wird nach erklärter Auflassung die Übereignungspflicht des Veräußerers nicht zu seinem Nachteil modifiziert, sondern im Gegenteil gemildert. Nach den Kriterien der vorliegenden OLG-Entscheidung wäre diese Vereinbarung formlos möglich, nicht aber nach der strengen Literaturmeinung, die die Beurkundungspflicht bis zum Zeitpunkt gemäß § 313 S. 2 BGB fortbestehen läßt und für die Zeit nach der Auflassung keine Ausnahme zuläßt¹⁵.

c) Die Präzisierung der Kriterien durch das OLG Düsseldorf kann auch als der Versuch gedeutet werden, die Wertungen zu berücksichtigen, die den anderen Fallgruppen zugrundeliegen, nämlich inwieweit sich die Vertragsänderung auf das Gefüge der gegenseitigen Vertragspflichten auswirkt. Ausdrücklich betroffen war in dem der besprochenen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt die Übereignungspflicht des Veräußerers. Wenn man den nach der Neufassung des § 313 BGB erweiterten Schutzzweck berücksichtigt und die Verschärfung der Erwerbspflicht prüft, ergibt sich nichts anderes, denn diese wurde nicht berührt¹⁶. Auch die Berücksichtigung anderer wesentlicher Vertragspflichten, v.a. der Gegenleistungspflicht, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn die Gegenleistung ist – jedenfalls bei den typischen Vertragsgestaltungen – bereits erfüllt, wenn der Vollzug erfolgen soll.

⁸ BGHZ 66, 270.

⁹ Hagen, DNotZ 84, 267, 278 unter Hinweis auf BGH NJW 1974, 271; Staudinger-Wufka § 313 Rdnr. 179, Müko-Kanzleiter § 313 Rdnr. 47a; a.A. Erman/Battes § 313 Rdnr. 50; Soergel-Wolf § 313 Rdnr. 81.

¹⁰ BGH DNotZ 1971, 541, NJW 1985, 266 [= MittBayNot 1984, 247]; BayObLG, BB 1987, 711, 712. Zu den allgemeinen Schutzzwecken der Formvorschriften (Warn-, Beweis- und Gewährsfunktion) und ihren Konsequenzen für § 313 BGB vgl. Hagen, DNotZ 1984, 267.

¹¹ BGHZ 12, 268.; 87, 162, Palandt-Heinrichs § 362 Rdnr. 1.

¹² § 313 BGB a.F. betraf nur die Veräußererpflichten, erst durch Gesetzesänderung vom 30.5.1973 wurden die Erwerberpflichten mit einbezogen und erhielt die Vorschrift ihre heutige Fassung.

¹³ Brambring, Beck'sches Notarhandbuch, 2. A., S. 209.

¹⁴ BGH DNotZ 1985, 284 m. Anm. Kanzleiter. Die Entscheidung betraf die nachträgliche Stundung des Kaufpreises gegen Einräumung eines Rücktrittsrechts für den Veräußerer für den Fall der erneuten Nichtzahlung, nicht aber – wie im Fall des OLG Düsseldorf – die Verschärfung der Veräußerungspflicht.

¹⁵ Vgl. oben Fußnote 3.

¹⁶ In der Verzögerung der Übereignung liegt keine Pflichtverschärfung.

3. a) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf weist den richtigen Weg, indem sie von der rein formalen Betrachtung absieht und die zugrundeliegenden Wertungen berücksichtigt, auch angesichts einer gewandelten Vertragsgestaltungspraxis. Die von der Kritik an der BGH-Rechtsprechung geäußerten Bedenken werden damit zu einem großen Teil ausgeräumt. Im Ergebnis lassen sich folgende Leitlinien festhalten:

aa) Es bleibt bei der schon bisher anerkannten Ausnahme, daß die Beurkundungspflicht für solche Vertragsänderungen entfällt, die nach der Auflassung vereinbart werden.

bb) Die Auflassung läßt aber dann das Beurkundungserfordernis nicht entfallen, wenn durch die Vertragsänderung die Veräußerungspflicht maßgeblich berührt wird. Das stellt das OLG in dieser Entscheidung klar.

cc) Unter Berücksichtigung der weitergehenden Schutzzwecke, insbesondere auch zugunsten des Erwerbers, ließe sich diese Aussage des OLG Düsseldorf verallgemeinert formulieren: Die Auflassung läßt die Beurkundungspflicht dann entfallen, wenn weder Veräußerungs- noch Erwerbspflicht verschärft noch sonstige Vertragspflichten wesentlich verändert werden¹⁷.

b) In der notariellen Praxis ist jedoch auch nach dieser Entscheidung weiterhin Vorsicht geboten. Denn trotz der ausdrücklichen Bekräftigung der dritten Ausnahme¹⁸ durch den BGH¹⁹ wird gestützt auf den Schutzzweck des § 313 BGB eine tendenzielle Ausweitung der Beurkundungspflicht durch die Rechtsprechung konstatiert, nicht zuletzt von den zuständigen Richtern²⁰. Den in der Praxis sichersten Weg gewährleistet im Zweifel allein die Beurkundung jeder nachträglichen Vertragsänderung. Soll demgegenüber die Möglichkeit, einen Grundstücksvertrag formfrei zu ändern, in jedem Fall ausgeschlossen werden, darf die Auflassung nicht mit dem schuldrechtlichen Vertrag erklärt werden, sondern erst nach Erfüllung aller sonstigen Vertragspflichten²¹.

Notarassessor Dr. Henning Schwarz, München

¹⁷ Eine Bestätigung dieser Sicht durch die höchstrichterliche Rechtsprechung steht jedoch noch aus.

¹⁸ Vgl. oben 1 a) cc).

¹⁹ BGH DNotZ 1985, 284.

²⁰ Hagen, DNotZ 1984, 267, 279.

²¹ Kanzleiter, DNotZ 1985, 286; Brambring, Beck'sches Notarhandbuch, 2. A., S. 74 f.

2. BGB §§ 313; 570 b (Formfreie Ausübung des Mietervorkaufsrechts; Vorkaufspreis bei Paketverkauf)

1. Die Ausübung des dem Mieter nach § 570b BGB zustehenden Vorkaufsrechts unterliegt nicht dem Formgebot des § 313 BGB.

2. Preisvergünstigungen bei einem Paketverkauf mehrerer Eigentumswohnungen können auch für den Mieter gelten, der sein Vorkaufsrecht nur hinsichtlich einer Wohnung ausübt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.6.1998 – 9 U 267/97 –, mitgeteilt von Helmut Schmidt, Richter am OLG Düsseldorf

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte wandelte 1992 die in ihrem Eigentum stehenden Wohnungen durch Teilungserklärung in Eigentumswohnungen um. Ein hiernach den Klägern unterbreitetes Angebot zum Erwerb der von

den Klägern bewohnten Wohnung Nr. 168 lehnten diese zunächst ab. Mit notariellem Kaufvertrag vom 13.12./20.12.1995 veräußerte die Beklagte dem Ehepaar C-G vier in diesem Haus befindliche Eigentumswohnungen, darunter die Wohnung Nr. 168. Der Vertrag enthält unter Teil B. u.a. folgende Regelungen:

„II.

1. Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt vorbehaltlich der nachstehend getroffenen Regelungen insgesamt DM 799.874,- (...).

Der auf jede Wohnung entfallende Kaufpreis – Bruttokaufpreis – ergibt sich aus Spalte 5 der als Anlage zu dieser Urkunde genommenen Auflistung, auf welche Bezug genommen wird. Kommt der Kaufvertrag zwischen der V u. T mbH und dem in dieser Urkunde genannten Käufer wie vereinbart über mehr als eine Wohnung zur Durchführung, so bestimmt sich der vom eingangs genannten Käufer zu zahlende Kaufpreis für jede Wohnung, welche endgültig von ihm erworben wird, nach Spalte 6 – Nettopreis – der als Anlage zu dieser Urkunde genommenen Auflistung, auf welche Bezug genommen wird.

...

2. Wirtschaftlicher Übergang

...

Der Verkäufer ist bezüglich der betroffenen Eigentumswohnung zum Rücktritt berechtigt, falls ein Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt; dem Verkäufer ist bekannt, daß der Rücktritt keinen Einfluß auf den mit diesem Mieter zustandekommenden Kaufvertrag hat.

...“

In der Anlage zum Kaufvertrag sind die Brutto- und Nettopreise für die vier verkauften Wohnungen aufgeführt. Der Bruttokaufpreis für die mit 79,76 qm angegebene Wohnung Nr. 168 betrug 197.228,00 DM, der Nettopreis 166.033,00 DM.

Mit Schreiben der Maklerin vom 27.12.1995, den Klägern am 19.1.1996 überreicht, teilte diese den Klägern mit, daß die von ihnen bewohnte Wohnung an die Eheleute C-G verkauft worden sei. Dem Schreiben lagen eine Vorkaufsrechtsverzichtserklärung und eine Abschrift des notariellen Kaufvertrages bei. Die Kläger bekundeten mit an die Beklagte gerichtetem Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 22.1.1996 ihr Interesse am Erwerb der Wohnung Nr. 168 zu einem Preis von 166.033,00 DM und machten von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch. Mit Schreiben vom 14.3.1996 trat die Beklagte von dem mit dem Ehepaar C-G geschlossenen Kaufvertrag hinsichtlich der Wohnung Nr. 168 zurück.

Die Kläger haben die Ansicht vertreten, sie könnten von der Beklagten Auflassung und Eintragung der Wohnung Nr. 168 im Grundbuch zum Kaufpreis von 166.033,00 DM verlangen. Entsprechend hat das Landgericht die Beklagte mit Versäumnisurteil verurteilt, das Wohnungseigentum Nr. 168 nebst allen gesetzlichen Bestandteilen und allem Zubehör zum Kaufpreis in Höhe von 166.033,00 DM aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt und diesen damit begründet, die Kläger könnten die Wohnung Nr. 168 nur zu einem – so die Behauptung der Beklagten – dem Verkehrswert entsprechenden Preis von 197.228,00 DM erwerben, da sie durch Ausübung des Vorkaufsrechts nur eine Wohnung erwerben würden. Kapitalanleger würden für Wohnungen generell einen geringeren Preis zahlen; dieser „Paketabschlag“ für Kapitalanleger gelte nicht für die von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machenden Mieter.

Auf den Einspruch der Beklagten hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Kläger können von der Beklagten gemäß §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 570b, 505 Abs. 2 BGB Auflassung und Bewilligung des Wohnungseigentums Zug um Zug gegen Zahlung des im notariellen Kaufvertrag vom 13.12./20.12.1995 zwischen der

Beklagten und den Eheleuten C-G für die Wohnung Nr. 168 vereinbarten (Netto-)Kaufpreises in Höhe von 166.033,00 DM verlangen.

1. Zugunsten der Kläger bestand das gesetzliche Vorkaufsrecht des § 570b BGB. An den den Klägern vermieteten Wohnräumen wurde nach Überlassung an die Kläger Wohnungseigentum begründet. Die Wohnung wurde mit notariellem Kaufvertrag vom 13.12./20.12.1995 an die Eheleute C-G wirksam veräußert, die nicht zu dem in § 570b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Personenkreis gehören.

2. Die Kläger haben ihr Vorkaufsrecht durch das Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 22.1.1996 wirksam ausgeübt.

a) Der Vorkaufsberechtigte kann sein Recht innerhalb von zwei Monaten nach dem Empfang der Mitteilung über den Inhalt des Kaufvertrages ausüben (§§ 505 Abs. 1 Satz 1, § 510 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Diese Frist haben die Kläger gewahrt. Der Inhalt des mit den Eheleuten C-G geschlossenen Kaufvertrages wurde ihnen mit Schreiben vom 27.12.1995 mitgeteilt; ihr Vorkaufsrecht haben die Kläger mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 22.1.1996 ausgeübt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob das an die Kläger gerichtete Schreiben der Maklerin vom 27.12.1995 die an die Mitteilung nach § 570b Abs. 2 BGB zu stellenden Voraussetzungen erfüllte und es geeignet war, die zweimonatige Frist des § 510 Abs. 2 Satz 1 BGB in Lauf zu setzen.

b) Die Kläger konnten ihr Vorkaufsrecht formfrei ausüben. Gemäß § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf die Erklärung, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt werde, nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form. Auch das gesetzliche Vorkaufsrecht nach § 570b BGB kann hiernach formfrei ausgeübt werden (*Soergel/Heintzmann*, BGB, 12. Aufl., § 570b Rdnr. 15; *Münch-Komm/Voelskow*, BGB, 3. Aufl., § 570b Rdnr. 5; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 3. Aufl. Rdnr. A 61; *Fischer-Dieskau, Pergande, Schwender*, Wohnungsbaurecht, 119. Ergänzungslieferung November 1993, BGB-Mietrecht, § 570b Anm. 2).

In der Literatur wird abweichend von § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB teilweise die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 570b BGB als einseitige rechtsgestaltende Erklärung dem Wirksamkeitserfordernis der notariellen Beurkundung nach § 313 Satz 1 BGB unterstellt (*Palandt/Putzo*, BGB, 57. Aufl., § 570b Rdnr. 3.; *Hammen*, DNotZ 1997, 543 ff.; *Schmidt*, MittBayNot 1994, 285, 286; die Ausübung sämtlicher Arten des Vorkaufsrechts, gleich ob rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründet, halten für beurkundungspflichtig *Wuffka*, DNotZ 1990, 339, 353 und *Staudinger/Mader*, BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 505 Rdnr. 4).

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Bestimmungen über den Vorkauf, die §§ 504 ff. BGB, gelten nicht nur für das auf Vertrag, sondern auch für das auf Gesetz beruhende Vorkaufsrecht (allgemeine Meinung, vgl. nur *Palandt/Putzo*, Vorbem. v. § 504 Rdnr. 2). Auch der Gesetzgeber des § 570b BGB hatte diese Vorstellung (BT-DrS 12/5110, S. 19). Nach der ausdrücklichen Regelung des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf die Erklärung, mit der das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form. Hätte der Gesetzgeber des § 570b BGB entgegen dieser ausdrücklichen Regelung die Ausübung des auf § 570b BGB beruhenden Vorkaufsrechts der notariellen Beurkundung unterwerfen wollen, so wäre eine dahingehende gesetzliche Regelung zu erwarten gewesen. Dies gilt insbesondere, weil das Vorkaufsrecht des § 570b BGB das bereits im Jahre 1980 geschaffene, im Bereich des sozialen Wohnungs-

baus geltende Vorkaufsrecht des Mieters nach § 2b WoBindG auch auf den nicht geförderten oder bindungsfrei gewordenen Bestand ausdehnen wollte. Der Gesetzgeber des 4. MRÄndG vom 21.7.1993 (BGBl. I 1257) hat § 570b BGB der Regelung des § 2b WoBindG weitgehend nachkonstruiert (*Fischer-Dieskau*, 570b Anm. 2). Auch bei dem auf § 2b WoBindG beruhenden Vorkaufsrecht wurde eine Formbedürftigkeit seiner Ausübung nicht angeordnet. Formfrei ausgeübt werden kann auch das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben nach § 2034 BGB, obgleich der Erbschafts Kauf nach § 2371 BGB, auf den sich das Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB bezieht, der notariellen Beurkundung bedarf. Trotz der eindeutigen Regelung des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB und trotz der seit langem bekannten allgemeinen Auffassung, die genannten gesetzlichen Vorkaufsrechte seien formfrei ausübbar, hat der Gesetzgeber bei dem mit Gesetz vom 21.7.1993 (BGBl. I 1257) eingeführten gesetzlichen Vorkaufsrecht des § 570b BGB nicht angeordnet, daß seine Ausübung beurkundet werden müsse. Aus dem diesbezüglichen Schweigen des Gesetzgebers kann nach Auffassung des Senats allein der Schluß gezogen werden, daß er nicht die Vorstellung hatte, das Vorkaufsrecht des § 570b BGB könne wirksam nur notariell beurkundet ausgeübt werden.

Die Auffassung, nach der die Ausübung des Vorkaufsrechts der notariellen Beurkundung bedarf, verweist darauf, daß die Bestimmung des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB entstanden sei, als in § 313 BGB nur eine Veräußerungsverpflichtung beurkundungspflichtig gewesen sei, daß der 1973 geänderte § 313 BGB aus Gründen des Käuferschutzes seitdem auch für die Erwerbsverpflichtung die Beurkundung vorschreibe und die Ausübung eines Vorkaufsrechts die Begründung einer Erwerbspflicht sei, bei der der Belehrung durch den Notar besondere Bedeutung zukomme (*Schmidt*, S. 286). Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber, obwohl er § 313 BGB bereits 1973 geändert hat, bislang keine Veranlassung gesehen hat, § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB dem erweiterten Schutzzweck anzupassen. Zudem erscheint dem Senat diese Auffassung zu formal an der Änderung des § 313 BGB orientiert und berücksichtigt die beim Vorkaufsrecht des § 570b BGB gegebenen Besonderheiten nicht hinreichend. Angesichts der Regelung des § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB müßten zwingende Gründe vorliegen, um eine Abweichung hiervon zu rechtfertigen. Zumindest bei der Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des § 570b BGB besteht nach Ansicht des Senats kein solch zwingender Grund.

Denn der Mieter ist bei der Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 570b BGB in erheblich geringerem Maße schutzbedürftig als der rechtsgeschäftliche Erwerber von Grund- und Wohnungseigentum. Er benötigt keine durch notarielle Beurkundung sicherzustellende Belehrung, um einen Erwerb zu unangemessenen Bedingungen zu vermeiden. Der Mieter hat gegenüber dem durchschnittlichen rechtsgeschäftlichen Erwerber einer Eigentumswohnung einen erheblichen Wissensvorsprung. Ihm ist die von ihm bewohnte Wohnung bestens vertraut; er kennt ihre Vorzüge und Nachteile und wird auf dieser Grundlage in aller Regel ihren Wert realistisch einzuschätzen wissen. Derartige Informationen stehen dem rechtsgeschäftlichen Käufer von Wohnungseigentum in aller Regel nicht zur Verfügung. Weiterhin bedarf der Mieter nicht des Schutzes davor, sein Vorkaufsrecht übereilt auszuüben. Ihm ist nach §§ 510 Abs. 1, 570b Abs. 2 BGB der Inhalt des von einem Notar beurkundeten Kaufvertrages einschließlich des mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreises mitzuteilen. Er hat nach Erhalt dieser Mitteilung zwei Monate Zeit, sorgfältig und in Ruhe abzuwägen, ob er das Vorkaufsrecht ausüben soll, die Finanzierung des Erwerbs sicherzustellen und etwaig aufkom-

mende Fragen durch Einholung rechtlichen Rates zu klären. Zudem ist der Mieter in erheblich geringerem Maße der Gefahr einer Überrumpelung durch den Verkäufer, seinem Vermieter, ausgesetzt als der typische rechtsgeschäftliche Erwerber. Während beim rechtsgeschäftlichen Kauf der Verkäufer den potentiellen Erwerber unter Umständen zu einem Kauf drängen und ihn unter Zeitdruck setzen wird, ist beim Vorkaufsrecht nach § 570b BGB in der Regel der umgekehrte Fall gegeben. Der Vermieter hat seine Wohnung bereits veräußert und wird in aller Regel ein Interesse daran haben, den abgeschlossenen Kaufvertrag zur Durchführung zu bringen.

Eine Pflicht zur notariellen Beurkundung der Ausübung des auf § 570b BGB beruhenden Vorkaufsrechts würde zudem auch keineswegs allein den von seinen Befürwortern hiermit verfolgten Zweck, den Schutz des Mieters zu erhöhen, bewirken. Das Gesetz sieht eine Pflicht des Vermieters zur Belehrung des Mieters darüber, daß er sein Vorkaufsrecht nur notariell beurkundet wirksam ausüben kann, nicht vor. Ohne eine solche Belehrung würden voraussichtlich nicht wenige Mieter in Unkenntnis des Formerfordernisses ihr Vorkaufsrecht formfrei und damit nicht wirksam ausüben und sodann aufgrund Ablaufs der zweimonatigen Frist ihr Vorkaufsrecht verlieren. Der Schutz des Mieters, den die Anwendung des § 313 Satz 1 BGB bewirken soll, würde in sein Gegenteil verkehrt. Es erscheint auch nicht angängig, den Vermieter ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung als verpflichtet anzusehen, den Mieter im Rahmen der nach §§ 510 Abs. 1, 570b Abs. 2 BGB zu erfolgenden Mitteilung über die Form der Ausübung des Vorkaufsrechts zu belehren.

3. Infolge der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts ist zwischen den Klägern und der Beklagten ein Kaufvertrag über die Wohnung Nr. 168 zu einem Preis von 166.033,00 DM zustandegekommen. Gemäß § 505 Abs. 2, BGB kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Teil B. II. 1. Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages zwischen der Beklagten und den Eheleuten C-G sieht für die vier im Kaufvertrag erwähnten Wohnungen einen Kaufpreis von 799.874,00 DM vor. Wurde ein Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis verkauft, so hat der Vorkaufsberechtigte nach § 508 Satz 1 BGB einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn im Kaufvertrag für die einzelnen Gegenstände einzelne Preise angegeben sind (MünchKomm/Voelskow, § 570b Rdnr. 6). Gemäß Teil B. II. 1. Abs. 2 Satz 1 des Kaufvertrages ergibt sich der auf jede Wohnung entfallende (Brutto-)Kaufpreis aus der Anlage des Kaufvertrages. Danach beträgt der Bruttokaufpreis für die Wohnung Nr. 168 197.228,00 DM. Vorliegend gelangt jedoch nicht der Brutto-, sondern der Nettokaufpreis zur Anwendung. Nach Teil B. II. 1. Abs. 2 Satz 2 des Vertrages bestimmt sich der zu zahlende Kaufpreis für jede Wohnung nach dem in der Anlage genannten Nettopreis – für die Wohnung Nr. 168 166.033,00 DM –, sofern der Kaufvertrag zwischen der Beklagten und den Eheleuten C-G über mehr als eine Wohnung zur Durchführung kommt. Die Eheleute C-G haben von der Beklagten endgültig drei Wohnungen erworben; die Beklagte trat mit Schreiben vom 14.3.1996 von dem Kaufvertrag allein hinsichtlich der Wohnung Nr. 168 zurück. Der Kaufvertrag vom 13.12./20.12.1995 ist mithin über mehr als eine Wohnung zur Durchführung gekommen. Damit ist die im Kaufvertrag vereinbarte Bedingung eingetreten, wonach für die mit diesem Vertrag veräußerten Wohnungen nicht der Brutto-, sondern der Nettopreis zu zahlen ist. Unerheblich ist,

daß der Nettokaufpreis nur für die Wohnung gelten soll, „welche endgültig von ihm (dem Käufer) erworben wird“; die Wohnung Nr. 168, wird endgültig – nunmehr von den Klägern – erworben. Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß ein Nettopreis gemäß dem Kaufvertrag nur dann gelten soll, wenn er über mehr als eine Wohnung zur Durchführung kommt, die Kläger aber nur eine Wohnung erwerben. Denn nach § 505 Abs. 2 BGB kommt zwar ein neuer selbständiger Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zustande, jedoch mit dem Inhalt des alten Kaufvertrages. Inhalt des alten Kaufvertrages war, daß bei „Durchführung“ des Kaufvertrages über mehr als eine Wohnung der Nettokaufpreis gelten soll. Insgesamt gelangte der Kaufvertrag vom 13.12./20.12.1995 über alle vier Wohnungen zur Durchführung, nämlich über drei Wohnungen mit den Eheleuten C-G und infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts – über eine Wohnung mit den Klägern.

Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 505 BGB. Danach soll der Vorkaufsberechtigte sich nicht schlechtere Bedingungen gefallen lassen müssen als der Drittkäufer; ebensowenig soll der Vorkaufsverpflichtete schlechter gestellt werden (*Palandt/Putzo*, § 505 Rdnr. 3). Die Vorkaufsverpflichtete, die Beklagte, erhält von den vorkaufsberechtigten Klägern den Kaufpreis, den sie erhalten hätte, wäre der Vertrag mit den Drittkäufern auch hinsichtlich der Wohnung Nr. 168 zur Durchführung gelangt. Es ist kein Grund ersichtlich, daß die Beklagte für die Wohnung Nr. 168 einen höheren als den mit den Eheleuten C-G vereinbarten Kaufpreis erhalten soll, weil diese Wohnung aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts nunmehr den Klägern zufällt. Denn die Beklagte hat das von ihr mit dem Paketverkauf verfolgte Ziel erreicht. Weil der Einzelverkauf der Wohnungen nur schleppend lief, war sie bereit, mehrere Wohnungen auf einen Schlag zu veräußern und dem Erwerber einen Rabatt einzuräumen. Auch nach Ausübung des Vorkaufsrechts hat sie infolge von lediglich mit den Eheleuten geführten Verhandlungen insgesamt vier Wohnungen veräußert und erhält als Gegenleistung hierfür den von ihr akzeptierten Paketpreis.

3. BGB §§ 119 II, 123, 434; BeurkG § 16 Abs. 2 u. 3 (*Festsetzungen eines Bebauungsplans als Rechtsmangel*)

1. **Ein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 und 3 BeurkG macht die Beurkundung nicht unwirksam, wenn der Notar die Feststellung mangelnder Sprachkunde eines Beteiligten in der Niederschrift unterläßt.**
2. **Sieht der Bebauungsplan für ein gekauftes Grundstück eine öffentliche Verkehrsfläche als Fußgängerbereich und die Errichtung einer Gemeinschaftstiefgarage vor, so handelt es sich um Rechtsmängel; damit ist der Weg zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB nicht durch kaufrechtliche Gewährleistungsvorschriften versperrt.**

OLG Köln, Urteil vom 1.7.1998 – 27 U 6/98 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vors. Richter am OLG Köln

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger, die die türkische Staatsangehörigkeit besitzen und seit mehr als 20 Jahren in Deutschland leben, beabsichtigten, für sich und ihre Familie ein Hausgrundstück in E. zu erwerben. Auf ein im Som-

mer 1996 von der Beklagten aufgegebenes Zeitungsinserat nahmen sie mit deren Vater, der die Immobilienangelegenheit für die Beklagte regelte, wegen des von ihr angebotenen Objekts L. 9 in E.-B. Kontakt auf.

Das mit einem Einfamilienhaus bebaute Grundstück liegt im Gebiet eines Bebauungsplans der Stadt E., dessen Festsetzungen für diesen Bereich unter anderem eine Tiefgarage, eine öffentliche Verkehrsfläche für einen Fußgängerweg sowie Leitungsrechte zugunsten der Ver- und Entsorgungsträger vorsehen.

Am 9.9.1996 schlossen die Parteien vor dem Notar J. in S. einen Kaufvertrag über das Grundstück zum Preise von 445.000,00 DM. Diese Summe wurde zum vereinbarten Fälligkeitstermin am 30.9.1996 auf das Konto der Beklagten überwiesen.

Mit Anwaltsschreiben vom 8.10.1996 fochten die Kläger gegenüber der Beklagten ihre Vertragserklärungen wegen arglistiger Täuschung unter Hinweis darauf an, daß sie über die – der Beklagten bekannt gewesen – Festsetzungen des Bebauungsplans nicht aufgeklärt worden seien. Vorsorglich erklärten sie auch die Anfechtung wegen Irrtums, weil ihnen aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse unklar gewesen sei, was sie beim Notar im einzelnen unterschrieben hätten.

Die Kläger verlangen von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises.

Sie haben behauptet, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. Der klagende Ehemann könne sich nur unzureichend in dieser Sprache verständigen, während die klagende Ehefrau gar kein Wort Deutsch verstehe. Den Ausführungen des Notars zum Inhalt der Vertragsurkunde hätten sie deshalb nicht folgen können. Für sie wesentliche Vertragsbestimmungen über den Kaufpreis, die Gewährleistung und die Übergabe seien ihnen von ihrer im Notartermin anwesenden Tochter G. übersetzt worden.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen die Beklagte verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 445.000,00 DM nebst 6,5% Zinsen seit dem 22.10.1996 zu zahlen Zug um Zug gegen Herbeiführung der Löschung der zugunsten der Kläger eingetragenen Auflassungsvormerkung vom 30.9.1996 sowie der Grundschuld von 220.000,00 DM zugunsten der Kreissparkasse E.-N. im Grundbuch von E. Nr. 34968.

Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Berufung hatte in der Hauptsache keinen Erfolg und führte lediglich zu einer Herabsetzung des als Nebenforderung geltend gemachten Zinsanspruchs.

Aus den Gründen:

Die Kläger können von der Beklagten die Rückzahlung des für das Grundstück L. 9 in E.-B. entrichteten Kaufpreises von 445.000,00 DM verlangen.

I. Der notarielle Grundstückskaufvertrag vom 9.9.1996 ist allerdings nicht schon wegen eines Formmangels gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 BeurkG ist die Beurkundung von Willenserklärungen unwirksam, wenn eine Person, die mit dem Notar in gerader Linie verwandt ist, an der Beurkundung beteiligt ist. Für den Dolmetscher gilt diese Regelung entsprechend (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BeurkG). Dies bedeutet, daß eine mit einem der Vertragschließenden in gerader Linie verwandte Person als Dolmetscher ausgeschlossen ist. Folge einer Verletzung des § 16 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 6 BeurkG wäre bei einer gesetzlich vorgeschriebenen notariellen Beurkundung nach § 125 Satz 1 BGB auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (vgl. *Huhn/Von Schuckmann*, BeurkG, 3. Auflage, § 6 Rdnr. 12; *Soergel/Harder*, BGB, 12. Aufl., § 6 BeurkG Rdnr. 10). Für den Abschluß eines Grundstückskaufvertrags ist in § 313 Satz 1 BGB die notarielle Beurkundung vorgesehen.

Indessen liegen die Voraussetzungen für eine Formunwirksamkeit des Kaufvertrags wegen eines Verstoßes gegen die Regelungen des Beurkundungsgesetzes nicht vor. Hierfür kann der Streit der Parteien darüber, ob die Tochter der Kläger den vom Notar verlesenen Vertragstext auszugsweise übersetzt hat, auf sich beruhen. Auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags hätte ein solches Verhalten ohnehin keinen Einfluß. Allein die Feststellung der mangelnden Sprachkunde eines Beteiligten in der Niederschrift führt nämlich zwingend zu deren Übersetzung anstelle des Vorlesens und zur Hinzuziehung eines Dolmetschers, falls der Notar den Text nicht selbst übersetzt. Dies folgt aus § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG, wonach eine Niederschrift, die eine derartige Feststellung enthält, dem Beteiligten anstelle des Vorlesens übersetzt werden muß. Ein Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften des § 16 BeurkG macht die Beurkundung mithin dann unwirksam, wenn er sich aus der Urkunde selbst ergibt. Auf die Gültigkeit der Beurkundung hat es dagegen keinen Einfluß, wenn der Notar von der mangelnden Sprachkunde eines Beteiligten Kenntnis erlangt, eine entsprechende Feststellung in der Niederschrift aber unterläßt. In diesem Fall treten die Folgen der Nichtbeachtung dieser Verfahrensregel, wie sie in § 16 Abs. 2 und 3 BeurkG vorgesehen sind, nicht ein (*Soergel/Harder*, § 16 BeurkG Rdnr. 4). Die Wirksamkeit der Urkunde wird auch dann nicht berührt, wenn der Notar etwa irrtümlich nicht erkennt, daß ein Beteiligter der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, und deshalb die Übersetzung und Hinzuziehung eines Dolmetschers unterläßt (*Huhn/von Schuckmann*, § 16 Rdnr. 3). Da die notarielle Urkunde vom 9.9.1996 die Feststellung mangelnder Sprachkenntnisse der Kläger nicht enthält, scheidet eine Formungültigkeit selbst dann aus, wenn die Tochter der Kläger den Vertragstext ganz oder teilweise übersetzt haben sollte.

II. Die Beklagte schuldet den Klägern jedoch die Rückzahlung des Kaufpreises aus dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil diese ihre Vertragserklärungen wirksam angefochten haben und es wegen der daraus folgenden Nichtigkeit der Willenserklärungen (§ 142 Abs. 1 BGB) an einem Rechtsgrund für die geleistete Zahlung fehlt. Die im Anwaltsschreiben der Kläger vom 8.10.1996 erklärte Anfechtung ist mit Recht geschehen.

1. Die Anfechtung läßt sich freilich nicht auf die Vorschrift des § 119 Abs. 1 BGB stützen, da weder ein Erklärungs- noch ein Inhaltsirrtum vorliegt (*wird ausgeführt*).

2. Möglich ist dagegen ein Irrtum der Kläger über eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB. Ihre Anfechtungserklärung erstreckt sich auch auf einen solchen Willensmangel. Zwar hatten die Kläger in dem Schreiben ihrer Anwälte vom 8.10.1996 ausdrücklich nur eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklärt. Es ist aber eine Frage der Willensauslegung, ob im Einzelfall in der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zugleich eine solche wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft liegt (BGHZ 34, 39; NJW 1979, 161). Für einen dahingehenden Willen der Kläger spricht, daß diese nach dem Inhalt des Anwaltsschreibens den Kaufvertrag wegen der ihnen bei Vertragsschluß unbekannten Festsetzungen im Bebauungsplan auf jeden Fall rückgängig machen wollen.

Durch die Bestimmungen der §§ 459 ff. BGB wird die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen. Die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften gehen als Sonderregelungen einer Anfechtung nur wegen eines Irrtums über Eigenschaften vor, welche Gewähr-

leistungsansprüche bekunden können (BGHZ 34, 34; NJW 1979, 161; 1988, 2598), und zwar grundsätzlich erst ab Gefahrübergang (BGHZ 34, 34; *Palandt/Putzo*, Vorbem. v. § 459 Rdnr. 9). Im Kaufrecht findet der Gefahrübergang mit der Übergabe der Kaufsache statt (§ 446 BGB). Die Übergabe des Grundstücks, die nach § 3 Nr. 1 des Kaufvertrags für den 1.10.1996 vereinbart worden war, hat dadurch stattgefunden, daß – wie insoweit unstreitig ist – die Hausschlüssel an dem verabredeten Tag mit einem Begleitschreiben in den Briefkasten der Kläger eingeworfen worden waren. Daß diese die Schlüssel ihrer Rechtsanwältin zur treuhänderischen Verwahrung übergeben haben, vermag an der bereits erfolgten Schlüsselübergabe nichts zu ändern.

Der Ausschuß der Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB gilt indessen nur für den Bereich von Sachmängelansprüchen (BGH NJW 1988, 2598), während die Rechtsmängelhaftung das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB nicht berührt (*Palandt/Heinrichs*, § 119 Rdnr. 28; *H.P. Westermann*: in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, § 434 Rdnr. 2). Die Festsetzungen im Bebauungsplan – mit Ausnahme des Leitungsrechts – begründen jedoch keinen Sachmangel im Sinne von § 459 BGB, sondern – soweit sie sich nachteilig auf das verkaufte Grundstück auswirken – einen Rechtsmangel gemäß § 434 BGB. Ein Rechtsmangel kann sich nicht nur aus privaten Rechten eines Dritten hinsichtlich des Kaufgegenstands ergeben, sondern auch aus dessen Bindung kraft öffentlichen Rechts. Zwar führt das Bestehen solcher rechtlicher Bindungen nicht ohne weiteres zur Annahme eines Rechtsmangels; darin kann vielmehr je nach den Umständen des Falles auch ein Sachmangel im Sinne der §§ 459 ff. BGB zu sehen sein, wie dies vor allem für öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen gilt. Wenn aber dem Eigentümer kraft der bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindung in deren Umfang das Grundstückseigentum selbst entzogen werden kann, insbesondere, indem eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ein Recht auf einen ausgewiesenen Grundstücksteil selbst geltend machen und die Übertragung des Eigentums an diesem Teil auf sich verlangen sowie notfalls im Wege der Enteignung erzwingen kann, ist der Verkäufer im Verhältnis zum Käufer nicht imstande, seiner Pflicht aus § 434 BGB, diesem das Eigentum frei von Rechten Dritter auf den Kaufgegenstand zu verschaffen, nachzukommen. Insoweit liegt daher ein Rechtsmangel vor (BGH NJW 1983, 275).

Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Das gilt zwar nicht für das zugunsten der Ver- und Entsorgungsträger bestehende Leitungsrecht. Aus dieser Festsetzung im Bebauungsplan können die Kläger aber ohnehin keine Ansprüche, auch nicht solche aus den §§ 459 ff. BGB, ableiten. Nach dem unwiderlegten Vortrag der Beklagten erschöpft sich das Leitungsrecht darin, daß der Grundstückseigentümer unterirdisch verlaufende Ver- und Versorgungsleitungen zu dulden hat. Demgegenüber haben die Kläger nicht substantiiert dargelegt, welche konkreten Beeinträchtigungen mit dem Leitungsrecht verbunden sind und inwieweit dieses Recht den Wert oder die Tauglichkeit des Grundstücks zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert (vgl. § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Soweit der Bebauungsplan dagegen eine öffentliche Verkehrsfläche als Fußgängerbereich und – worauf sich die Kläger auch berufen – die Errichtung einer Gemeinschaftstiefgarage vorsieht, handelt es sich um Rechtsmängel. Die Realisierung dieser Vorhaben geschieht durch bodenordnende Maßnahmen, entweder in Form der Umlegung (§ 45 BauGB) oder der Enteignung (§ 85 BauGB). In beiden Fällen würde den Klä-

gern ihr Grundstückseigentum auf einem Teil des erworbenen Objekts entzogen. Damit ist der Weg zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB nicht durch kaufrechtliche Gewährleistungsvorschriften versperrt.

Als verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB, kommen alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in Betracht, die infolge ihrer Beschaffenheit und Dauer auf die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Einfluß sind (BGHZ 34, 41; NJW 1979, 161). Beziehungen des Kaufgegenstands zur Umwelt sind in diesem Zusammenhang nur dann rechtserheblich, wenn sie in der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und den Kaufgegenstand kennzeichnen oder näher beschreiben (BGH NJW 1978, 370). Diese Merkmale treffen auf die Festsetzungen im Bebauungsplan zu, da die Möglichkeit, Teile des Grundstücks zu enteignen, mit der Lage des Anwesens innerhalb des Bebauungsplans verknüpft ist.

Auch der in § 3 Nr. 5, des Kaufvertrags vereinbarte Gewährleistungsausschuß steht einer Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Zwar scheidet eine Irrtumsanfechtung nach dieser Vorschrift aus, wenn Mängelhaftungsansprüche vertraglich abbedungen werden, da anderenfalls die mit dem Gewährleistungsausschuß angestrebte Risikobeschränkung nicht erreicht würde (*Kramer* in: Münchener Kommentar zum BGB, § 119 Rdnr. 128). Der Kaufvertrag vom 9.9.1996 schließt aber ausdrücklich nur die Haftung für „Sachmängel“, nicht dagegen für die wegen der Tiefgarage und der Verkehrsfläche in Rede stehenden Rechtsmängel aus. Davon abgesehen wäre der Gewährleistungsausschuß ohnehin unwirksam, weil hier – wie noch darzulegen sein wird – der Fall der Arglist vorliegt (§ 476 BGB).

Allerdings haben die Kläger zu beweisen, daß ihnen die Festsetzungen des Bebauungsplans bei Abgabe ihrer Willenserklärungen nicht bekannt waren, da der Anfechtende für alle Voraussetzungen des Anfechtungsrechts, also auch für das Vorliegen des Irrtums, die Beweislast trägt (*Palandt/Heinrichs*, § 119 Rdnr. 23). Der Vernehmung des von ihnen in diesem Zusammenhang als Zeugen benannten Sachbearbeiters G. der Kreissparkasse E. bedarf es jedoch im Ergebnis nicht, da sich die Klage schon aus anderen Gründen als gerechtfertigt erweist. Insofern kann deshalb auch offenbleiben, welche rechtlichen Konsequenzen mit der Festsetzung einer Tiefgarage im Bebauungsplan verbunden sind.

3. Die Kläger haben ihre Vertragserklärungen jedenfalls wirksam wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) angefochten.

Der Vater der Beklagten, der als deren Vertreter gehandelt hat und daher nicht „Dritter“ im Sinne von § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB war, hat den Klägern bei den Vertragsverhandlungen die Festsetzungen des Bebauungsplans verschwiegen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte (BGH NJW 1980, 2461; NJW-RR 1988, 1290). Die Verletzung einer solchen Offenbarungspflicht ist im Rahmen des § 123 BGB erheblich (BGH NJW 1980, 2461). Die Festsetzungen des Bebauungsplans der Stadt E. waren geeignet, den mit dem Grundstückskauf verfolgten Zweck zu gefährden. Die Parteien streiten allerdings über die Folgen der Festsetzung einer Tiefgarage.

Während die Kläger behaupten, nach dem Bebauungsplan zulässig und von der Stadt E. beabsichtigt sei die Errichtung einer Gemeinschaftstiefgarage, für welche das Grundstück in Anspruch genommen und das darauf befindliche Wohnhaus sogar abgerissen werden müsse, wendet die Beklagte ein, es handele sich lediglich um eine sogenannte Angebotsplanung mit dem Inhalt, daß der Eigentümer des betroffenen Grundstücks eine Tiefgarage errichten dürfe. Letztlich kann diese im öffentlichen Recht wurzelnde Frage für die Entscheidung des Rechtsstreits unbeantwortet bleiben. Unabhängig von der Errichtung einer Tiefgarage sieht der Bebauungsplan jedenfalls vor, daß ein Teil des von den Klägern erworbenen Grundstücks für eine öffentliche Verkehrsfläche als Fußgängerbereich in Anspruch genommen werden soll. Die Beklagte räumt ein, daß die Festsetzung der öffentlichen Verkehrsfläche „theoretisch“ für die Stadt E. ein Enteignungsrecht nach §§ 85 Abs. 1 Nr. 1, 87 Abs. 1 BauGB begründet. Das entspricht der Begründung zum Bebauungsplan, in der es – ersichtlich bezogen (auch) auf die öffentliche Verkehrsfläche – unter anderem heißt: „Im Bereich der Flurstücke Nr. 211/3 u. 211/2 sowie dem Flurstück Nr. 211/4 sind bodenordnende Maßnahmen notwendig. Aufgrund des Bebauungsplans besteht somit für die Stadt E. die Möglichkeit, den Klägern die beiden in der Zeichnung markierten Grundstückstreifen zu entziehen. Ob dies im Wege der Enteignung oder aber durch Umlegung geschieht, ist nicht von wesentlicher Bedeutung, da auch die letztgenannte bodenordnende Maßnahme mit einem Entzug des betroffenen Grundstücksteils – wenn auch mit einem Ausgleich „in Natur“ – verbunden ist. Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, ein Entzug der gekennzeichneten Geländestreifen beeinträchtige die Nutzung des Grundstücks nicht und sei deshalb ohne Belang. Der Erwerber eines Grundstücks hat regelmäßig ein Interesse daran, die vereinbarte Fläche ungeschmälert zu erhalten und auch behalten zu dürfen. Das gilt hier umso mehr, als den Klägern – wie unstreitig ist – an der Bearbeitung des Gartens besonders gelegen ist und, ihnen ein Teil des Gartengeländes durch die Stadt E. entzogen werden kann. Wie die Einzeichnungen der als Fußgängerweg vorgesehenen Geländestreifen im Bebauungsplan zeigt, sind diese Grundstücksteile auch nicht so geringfügig, daß sie in aufklärungsrechtlicher Hinsicht allein deshalb vernachlässigt werden könnten. Daher hätte die Beklagte den Klägern den Bebauungsplan und dessen Festsetzungen offenbaren müssen. Wie von ihr selbst vorgetragen, ist ihr Versuch, den Bebauungsplan im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens für nichtig erklären zu lassen, ohne Erfolg geblieben, so daß auch der Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Bebauungsplans sie ihrer Aufklärungspflicht nicht zu entheben vermag.

Die Offenbarungspflicht würde zwar dann entfallen, wenn die Kläger schon anderweitig eindeutig in Kenntnis gesetzt worden wären (vgl. BGB NJW-RR 1988, 1291). Dafür fehlt es indessen an hinreichenden Anhaltspunkten (*wird ausgeführt*).

Zwischen der Täuschung und der Abgabe der Vertragserklärungen besteht auch der erforderliche Ursachenzusammenhang. Dafür reicht es aus, wenn der Getäuschte Umstände dardat, die für seinen Entschluß von Bedeutung sein konnten, und darlegt, daß die Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluß auf die Entschließung hat (BGH NJW 1995, 2362). Der Bebauungsplan hat bei Abschluß des Kaufvertrags die Gefahr heraufbeschoren – und dies gilt auch noch für den jetzigen Zeitpunkt –, daß den Klägern ein Teil des erworbenen Grundstücks durch die Stadt E. durch bodenordnende Maßnahmen ent-

zogen wird. Die Möglichkeit eines derartigen bauplanungsrechtlichen Eingriffs ist nach aller Erfahrung geeignet, den Entschluß eines Kaufinteressenten zum Grundstückserwerb zu beeinflussen.

Der als Vertreter handelnde Vater der Beklagten hat auch arglistig gehandelt. Arglist im Sinne von § 123 BGB setzt zwar Vorsatz voraus, wobei freilich bedingter Vorsatz genügt, erfordert jedoch keine Schädigungsabsicht. Vielmehr reicht das Bewußtsein aus, daß der Partner ohne die Täuschung die Willenserklärung möglicherweise nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgegeben hätte (BGH NJW 1974) 1506; 1980, 2461). Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten war deren Vater der Bebauungsplan seinem gesamten Inhalt und Umfang nach bekannt. Daher wußte er, daß – unabhängig von der weiteren Frage nach der Errichtung einer Tiefgarage – den Klägern zwei nicht nur geringfügige Geländestreifen für öffentliche Verkehrsflächen entzogen werden können. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß sich der Vater der Beklagten zumindest über die Möglichkeit im Klaren war, daß die Kläger bei Kenntnis von den Festsetzungen im Bebauungsplan den Kaufvertrag nicht in der vorgesehenen Form abgeschlossen hätten.

Zwar ist eine Arglist ausgeschlossen, wenn – worauf sich die Beklagte beruft – der Auskunftspflichtige angenommen hat, der andere Teil sei bereits informiert (BGH NJW-RR 1996, 690; Palandt/Heinrichs, § 123 Rdnr. 5 a). Diese Ausnahme darzulegen, obliegt dem zur Offenbarung verpflichteten Vertragspartner. An einem nachvollziehbaren Vortrag der Beklagten zu der insoweit in Rede stehenden Gutgläubigkeit ihres Vaters fehlt es jedoch (*wird ausgeführt*).

Nach alledem sind die Vertragserklärungen der Kläger mit Erfolg wegen arglistiger Täuschung angefochten.

4. BGB § 1018 (Zum Umfang einer Wegedienstbarkeit)

Eine wechselseitig zugunsten und zu Lasten der Eigentümer verschiedener Grundstücke bestellte Wegedienstbarkeit zur Sicherung einer ungehinderten Verbindung zur öffentlichen Straße gibt einem Teileigentümer des herrschenden Grundstücks nicht das Recht, das dienende Nachbargrundstück in Anspruch zu nehmen, um die öffentliche Straße auf einem Umweg zu erreichen, wenn die herrschende Eigentümergemeinschaft sich die unmittelbare Zufahrt auf ihrem Grundstück nachträglich verbaut hat.

BGH, Urteil vom 2.10.1998 – V ZR 301/97 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Mitglied der Eigentümergemeinschaft R. Straße, M. (Flurstück 12944/3), und zwar Eigentümer einer Teileigentumsseinheit, nämlich einer Halle, die im südlichen Bereich der auf demselben Grundstück befindlichen mehrgeschossigen Tiefgarage – Ebene 1 – an der Grenze zum Grundstück der Beklagten liegt. Die Beklagten sind die Wohnungseigentümer eines auf den benachbarten Flurstücken 12944/4, 12944/5, 12944/6 und 12944/7 errichteten Seniorenheims. Sämtliche Grundstücke gehörten ehemals Herrn G. H. Dieser räumte 1962 zugunsten und zu Lasten der jeweiligen Eigentümer jedes einzelnen Flurstücks an allen jeweils anderen Grundstücken wechselseitig das Recht ein, über die einzelnen dienenden Grundstücke jederzeit zu gehen und zu fahren und dies auch Dritten zu ge-

statten. In der notariellen Urkunde über die Bestellung der Dienstbarkeit heißt es weiterhin: „Diese gegenseitigen Geh- und Fahrrechte sind auszuüben auf erst anzulegenden privaten Ein- und Ausfahrtswegen. Ein solcher Fahrweg soll auf den Flurstücken Nr. 12944/4, 12944/5, 12944/6 und 12944/7 (G. Straße ungefähr parallel zu deren nordwestlicher Begrenzungslinie verlaufen, und zwar westlich der auf diesen Grundstücken zu errichtenden Gebäude; zwei weitere Wege sollen auf dem Flurstück 12944/3 (R. Straße) je nördlich und südlich eines auf diesem Grundstück etwa zentral zu errichtenden sog. Punktwohnblocks angelegt werden. Diese Wege sollen zusammen für die jeweiligen Eigentümer des jeweils herrschenden Grundstücks die ungehinderte Verbindung zur R. Straße und zurück gewährleisten, welche nordwestlich aller Grundstücke verläuft“.

Die Halle des Klägers war zunächst unmittelbar über die Ebene 1 der Tiefgarage zu erreichen. Anfang der 80er Jahre wurde diese Zufahrt zugemauert, um Tiefgaragenplätze zu schaffen. Seither nimmt der Fahrzeugverkehr den Weg durch die Tiefgarage hindurch zu der auf dem Gelände der Beklagten befindlichen schachtartigen Lieferantenzufahrt für das Seniorenheim, um später wieder in die Tiefgarage einzubiegen und durch ein grünes Flügeltor zur Halle abzubiegen. Unmittelbar neben dem Fahrgraben befinden sich der Speisesaal und die Aufenthaltsräume, im Stockwerk darüber die Pflegestation des Seniorenwohnheims. Wegen der durch den verstärkten Lkw-Verkehr verursachten Lärm- und Abgasbelästigungen erwirkten die Beklagten gegen den damaligen Mieter der Halle vor dem Landgericht ein rechtskräftiges Unterlassungsurteil.

Der Kläger hat Feststellung beantragt, daß er berechtigt sei, den Zugang und die Zufahrt zu den ihm gehörigen Hallenflächen durch das grüne Flügeltor im südlichen Tiefgaragenbereich und auf dem entlang des Wohngebäudes G. Straße verlaufenden Fahrweg aufgrund der am 23.1.1962 bestellten Grunddienstbarkeit zu benutzen. Hilfsweise hat er beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die Benutzung der Tiefgaragenabfahrt von der R. Straße aus zu ihrem Grundstück G. Straße rückwärtiger Teil, zu unterlassen.

Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten nach einer im Wege der Anschlußberufung erfolgten Klageänderung verurteilt zu dulden, daß der Kläger den Zugang und die Zufahrt durch das derzeit grüne Flügeltor zu den ihm gehörenden Hallenflächen an der südlichen Grundstücksgrenze der Tiefgarage benutzt und Dritten diese Nutzung gestattet. Die Revision führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. 1. Zu Recht vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, daß der Kläger den geltend gemachten Anspruch ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer geltend machen kann. Denn der Abwehranspruch nach § 1027 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB steht jedem einzelnen der aus der Dienstbarkeit berechtigten Miteigentümer zu. Demgemäß besteht auch kein Zwang zu gemeinsamer Prozeßführung (BGHZ 92, 351; Senatsurt. v. 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101). Der Kläger ist nach Aufteilung des herrschenden Grundstücks in Wohnungs- bzw. Teileigentumsrechte als Miteigentümer berechtigt, weil die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile grundsätzlich fortbesteht (§ 1025 Satz 1 BGB). Dabei kann offenbleiben, ob durch die Teilung kraft Gesetzes mehrere Einzelgrunddienstbarkeiten (so *Staudinger/Ring*, BGB, 12. Aufl., § 1025 Rdnr. 3) oder eine Gesamtgrunddienstbarkeit entstanden ist (*Staudinger/Ring* (1994) § 1025 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/Heickenberg, § 1025 Rdnr. 2 jew. m.w.N.). Denn auch bei Annahme einer Gesamtgrunddienstbarkeit kann jeder neue Miteigentümer des herrschenden Grundstücks von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks Unterlassung und Beseitigung der Störung des bestehenden Rechts allein verlangen (vgl. BGHZ 46, 253, 259 zum Wohnungsrecht [= MittBayNot 1967, 15]). Der Miteigentümer macht dann nicht einen (gemeinschaftlichen) Anspruch auch

der anderen Miteigentümer im Wege der Prozeßstandschaft (§ 1011 BGB) geltend, sondern ein Recht aus seinem Eigentumsbruchteil (MünchKomm-BGB/Schmidt, 3. Aufl., § 1011 Rdnr. 1).

2. Nicht gefolgt werden kann dagegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das Klagebegehren werde von der Grunddienstbarkeit gedeckt. Bei der vom Senat selbst vorzunehmenden Auslegung des Grundbuchinhalts (BGHZ 37, 147, 149; Senatsurt. v. 3.7.1992, V ZR 218/91, NJW 1992, 2885, 2886; Senatsurt. v. 30.9.1994, V ZR 1/94, NJW-RR 1995, 15, 16) ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der dazu in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunde dürfen nur dann mit herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 92, 351, 355 [= MittBayNot 1985, 67]; Senatsurteile v. 3.7.1992, V ZR 218/91, a.a.O.; v. 30.9.1994, V ZR 1/94, a.a.O.).

a) Aus der in der Bewilligung in Bezug genommenen Dienstbarkeitsbestellung ergibt sich, daß die Dienstbarkeit die „ungehinderte Verbindung zur R. Straße und zurück“ im Hinblick auf die in Aussicht genommene Bebauung des Grundstücks R. Straße mit einem Punktwohnblock und die Wohngebäude an der G. Straße gewährleisten sollte. Von der Errichtung einer mehrstöckigen Tiefgarage mit Gewerberäumen zwischen diesen Gebäuden ist selbst andeutungsweise ebenso wenig die Rede, wie davon, daß der beschriebene Verlauf der noch anzulegenden Wege nur beispielhafte Bedeutung haben sollte. Beides war für einen verständigen Dritten auch sonst nicht ohne weiteres erkennbar. Maßgebend hierfür ist der Zeitpunkt der Eintragung. Eine spätere für den unbefangenen Betrachter nicht voraussehbare tatsächliche Veränderung des Grundstücks kann der Grunddienstbarkeit keinen anderen Inhalt geben. Soweit das Berufungsgericht meint, es sei lebensfremd anzunehmen, daß sich der als Bauträger bekannte Grundstückseigentümer für die Verwertung seiner Grundstücke Selbstbeschränkungen auferlegen und nur die oberirdischen Zufahrten schaffen wollte, kann offenbleiben, ob es einen entsprechenden Erfahrungssatz tatsächlich gibt. Jedenfalls hat sich der Grundstückseigentümer bei der Bestellung der Dienstbarkeit von ihm nicht erkennbar leiten lassen. Gerade weil er als Bauträger bekannt war, mußte ein verständiger Dritter annehmen, daß er die Grunddienstbarkeit im Hinblick auf ein fertiges Baukonzept bestellt hat und der Verlauf der noch anzulegenden Wege nicht nur beispielhaft beschrieben war. Sonst hätte es nahegelegen, weder die Zahl noch die Lage der oberirdisch anzulegenden Wege auch nur zu erwähnen. Nachdem zwischen den Gebäuden ein nicht vorgesehenes unterirdisches mehrstöckiges Zwischengebäude errichtet worden ist, das eine Ausübung der Dienstbarkeit auf den dafür bei Bestellung vorgesehenen oberirdischen Wegen nicht mehr ermöglicht, kann offenbleiben, ob und ggf. wie die Dienstbarkeit auf den Grundstücken überhaupt noch ausgeübt werden kann. Jedenfalls gibt sie dem Kläger nicht das Recht, den auf dem Grundstück der Beklagten befindlichen Fahrtschacht zu benutzen.

b) Fehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, daß der Umfang einer Dienstbarkeit mit dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks wachsen kann, wenn sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung dieses Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare oder

willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist (st. Rspr., BGHZ 44, 171, 172 ff. [= MittBayNot 1966, 74 (nur Leitsatz)]; Senatsurt. v. 30.9.1994, V ZR 1/94, NJW-RR 1995, 15, 16). Dies führt die Klage jedoch nicht zum Erfolg.

Geht man davon aus, daß die Grunddienstbarkeit auch den Eigentümern des Grundstücks R. Straße ein Geh- und Fahrrecht über die Grundstücke G. Straße einräumt, und sieht man in der Errichtung des unterirdischen mehrstöckigen Zwischengebäudes noch keine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung unvorhersehbare oder willkürliche Benutzungsänderung des herrschenden Grundstücks R. Straße, scheitert die Inanspruchnahme des streitigen Fahrgrabens jedenfalls daran, daß der entsprechende Bedarf für die von dem Kläger beanspruchte Zufahrt erst dadurch entstanden ist, daß die bis dahin mögliche Zufahrt zur Halle durch die Tiefgarage verbaut wurde, um zusätzliche Pkw-Stellplätze zu schaffen. Daß die Eigentümergemeinschaft R. Straße die Zufahrt zu Teilen ihres Grundstücks, die noch dazu gewerblich genutzt werden, selbst verbauen und die betroffenen Teileigentümer auf eine Umfahrung über das Grundstück der Beklagten vorbei an dem Speisesaal und der Pflegestation des Seniorenwohnheims verweisen würde, ist eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare, willkürliche Benutzungsänderung. Der hierauf beruhende Bedarf auf Inanspruchnahme des auf dem Nachbargrundstück lastenden Wegerechts wird daher von dem Umfang der Grunddienstbarkeit nicht mehr gedeckt.

5. WEG 4, 5, 8; BGB §§ 925, 738 (*Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum*)

Wird Wohnungseigentum nicht in der Weise unterteilt, daß aus der bisherigen Raumeinheit mehrere in sich wieder abgeschlossene Einheiten entstehen, sondern kann die Aufteilung des Sondereigentums nur in der Weise vorgenommen werden, daß ein Teil der bisher sondereigentumsfähigen Räume und Gebäudeteile in gemeinschaftliches Eigentum überführt werden muß, dann kann der Aufteilende nicht allein handeln, es müssen vielmehr die übrigen Miteigentümer hierbei nach § 4 WEG mitwirken (Abgrenzung zu BGHZ 49, 250, 256 und BGHZ 73, 150, 154 [= MittBayNot 1979, 66]).

BGH, Urteil vom 5.10.1998 – II ZR 182/97 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien waren Gesellschafter der Parkresidenz B. GbR (im folgenden: Parkresidenz). Nachdem die klagenden Eheleute aus der Gesellschaft zum 31.12.1994 ausgeschieden sind, besteht zwischen den Parteien Streit um die den Klägern zu gewährende Abfindung.

Die Parkresidenz hält einen Miteigentumsanteil von 60/100 an einem 18.871 qm großen bebauten Grundstück in B. Der Miteigentumsanteil ist verbunden mit dem Sondereigentum an 120 Altenwohnungen, welche sämtlich in dem nach dem Teilungsplan mit „Teil I“ bezeichneten Gebäude liegen. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist jede dieser Wohnungen einem Mitgesellschafter zugeordnet. Den Klägern war entsprechend ihrer Beteiligungsquote die Wohnung Nr. 30 im ersten Obergeschoß zugeteilt worden. Der Gesellschaftsvertrag sieht vor, daß ein durch ordentliche Kündigung ausscheidender Gesellschafter „als Abfindung das Eigentum an dem von ihm bezeichneten Sondereigentumsrecht“ erhält. Die Teilungserklärung bestimmt, daß die Inhaber des 60/100 Miteigentumsanteils denselben samt dem damit verbundenen Sondereigentum ohne Zustimmung der übrigen Mit-

eigentümer oder des Verwalters unterteilen dürfen. Hierbei außerhalb der in sich abgeschlossenen Wohnungen entstehende Räume oder Gebäudeteile im Bereich des bisherigen Sondereigentums Wohnen (Teil I), die dem Gebrauch aller oder einer Mehrzahl von Wohnungseigentümern dienen, sollen dann gemeinschaftliches Eigentum aller Miteigentümer werden.

Neben der Parkresidenz sind Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft die Grundstücksgesellschaft B. GbR und weitere Einzelpersonen. Im Sondereigentum dieser mit zusammen 40/100 Miteigentumsanteilen Beteiligten steht das im Teilungsplan mit „Teil II“ bezeichnete Gebäude, in welchem sich u.a. eine Pflegestation befindet.

Nach ihrem Ausscheiden aus der Parkresidenz haben die Kläger Abfindung durch Übertragung der Wohnung Nr. 30 nach Maßgabe eines den Beklagten im Entwurf zugeleiteten Teilungs- und Auflassungsvertrages verlangt. Nachdem die Beklagten hierauf nicht reagiert hatten und auch zu einem Notartermin nicht erschienen waren, haben die Kläger am 22.5.1995 einen Teilungs- und Auflassungsvertrag beurkunden lassen, bei dem für die Beklagten und den Verwalter jeweils Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten sind. Der Aufforderung, diesen Vertrag in der erforderlichen Form zu genehmigen, sind die Beklagten nicht nachgekommen. Die Kläger haben daraufhin – neben weiteren u.a. auf Rechnungslegung zielenden Ansprüchen – ihr Genehmigungsbegehren klageweise verfolgt.

Das Landgericht hat die Beklagten außer zur Rechnungslegung zur Abgabe der erbetenen Erklärung verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß „durch eine entsprechende Änderung und/oder Ergänzung der notariellen Teilungsurkunde vom 22.5.1995 ... klargestellt sein muß, daß aus dem bisherigen Sondereigentum Wohnen (Teil I) Gemeinschaftseigentum nur insoweit entsteht, wie es zur Verwirklichung des Anspruchs der Kläger auf Einräumung des Sondereigentums betreffend die Wohnung Nr. 30 ... erforderlich ist.“ Hinsichtlich der Verurteilung zur Rechnungslegung hat der Senat die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Beklagten nicht angenommen.

Soweit die Beklagten verurteilt worden waren, den für sie durch Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Teilungs- und Auflassungsvertrag zu genehmigen, hatten ihre Rechtsmittel Erfolg und führten zur Abweisung dieses Teils der Klage.

Aus den Gründen:

Zu der Erteilung der Genehmigung sind die Beklagten schon deswegen nicht verpflichtet, weil der notariell beurkundete Teilungs- und Auflassungsvertrag mangels wirksamer Einigung nichtig ist und weil deswegen die von den Klägern erstrebte Genehmigung die Erfüllung ihres Abfindungsanspruchs, nämlich die Begründung ihres Wohnungseigentums an der Wohnung Nr. 30 nicht herbeiführen kann.

Mit Recht stellen die Beklagten allerdings nicht in Abrede, nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet zu sein, den aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Klägern als Abfindung Wohnungseigentum an der ihnen bisher auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage zugeteilten Altenwohnung Nr. 30 zu übertragen (§ 738 BGB i.V.m. § 15 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages). Wie die Kläger mit Recht angenommen haben, bedarf es zur Erfüllung dieses Abfindungsanspruchs der Bildung von Wohnungseigentum, also einer Teilung des von der Parkresidenz gehaltenen Anteils von 60/100, sowie anschließend der Übertragung dieses neu gebildeten Wohnungseigentums auf die Kläger. Zutreffend – und von der Revision auch nicht in Frage gestellt – ist in dem Teilungs- und Auflassungsvertrag vom 22.5.1995 berücksichtigt worden, daß bei der Teilung des bisher alle 120 Altenwohnungen mitsamt den zugehörigen Zugangswegen als Sondereigentum umfassenden Wohnungseigentums in zwei selbständige Einheiten auch solche Räume und Gebäudeteile entstehen, die nicht mehr, wie dies nach § 5 Abs. 2 WEG zwingend vorausgesetzt wird, dem

Gebrauch nur eines Wohnungseigentümers dienen und die deswegen in gemeinschaftliches Eigentum aller Wohnungseigentümer überführt werden müssen. Der von den Klägern zur Erreichung dieses Ziels eingeschlagene Weg, ohne Mitwirkung sämtlicher Miteigentümer die Wohnung Nr. 30 zu verselbständigen und gemeinschaftliches Eigentum an allen außerhalb der 120 abgeschlossenen Wohnungen liegenden Räumen und Gebäudeteilen zu begründen, kann indessen, wie die Revision mit Recht geltend macht, nicht zum Erfolg führen.

Zu Unrecht hat sich das Berufungsgericht zur Begründung seines gegenteiligen Ergebnisses auf die Entscheidungen des V. Zivilsenats vom 17.1.1968 (BGHZ 49, 250 ff. [= MittBay-Not 1968, 267 (nur Leitsatz)] und 24.11.1978 (BGHZ 73, 150 ff. [= MittBayNot 1979, 66]) berufen. Denn beide Fälle, in denen ausgesprochen worden ist, daß ein Wohnungseigentümer in entsprechender Anwendung von § 8 WEG durch einseitige Erklärung und ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer sein Wohnungseigentum in mehrere selbständige Wohnungseigentumsrechte unterteilen und die so entstandenen Rechte an Dritte veräußern kann, setzen voraus, daß die bisherige Raumeinheit in mehrere in sich wiederum abgeschlossene Raumeinheiten unterteilt wird. Nicht behandelt ist dagegen in beiden Entscheidungen die hier maßgebliche Frage, ob auch die bei der Aufteilung von Sondereigentum notwendige Überführung eines Teils der bisher sondereigentumsfähigen Räume und Gebäudeteile in gemeinschaftliches Eigentum durch einseitige Erklärung des Wohnungseigentümers von Statten gehen kann, wie das Berufungsgericht für richtig hält, oder ob es dazu der Mitwirkung der übrigen Miteigentümer nach § 4 WEG bedarf. Anders als bei einer das bisherige Wohnungseigentum vollständig erfassenden und die Rechtsstellung der übrigen Miteigentümer nicht berührenden (vgl. BGHZ 49, 250, 256; BGHZ 73, 150, 154) Unterteilung in mehrere selbständige Einheiten verliert im vorliegenden Fall zwingend ein Teil der Räume und Gebäudeteile seine Sondereigentumsfähigkeit; dementsprechend muß gemeinschaftliches Eigentum begründet und damit zu Gunsten und zu Lasten aller Miteigentümer der Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums verändert werden. Dies kann nicht ohne die formgerechte (§§ 4 Abs. 1 und 2 WEG, 925 BGB) Mitwirkung aller Betroffenen geschehen (vgl. BayObLGZ 1995, 399, 402; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl. 4 Rdnr. 40; *Weitnauer*, WEG, 8. Aufl. § 4 Rdnr. 2 f.).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Teilung des Wohnungseigentums der Parkresidenz die in Form der Auflassung zu erklärende Einigung der anderen, mit 40/100 beteiligten Miteigentümer nicht mit Rücksicht auf den in B IV § 3 Nr. 4 der Teilungserklärung niedergelegten Text entbehrlich. Eine formgerechte Einigungserklärung bezüglich der künftigen Überführung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum enthält dieser Teil der Teilungserklärung nicht. Schon nach dem zweifelsfreien Wortlaut der Regelung („... sollen diese Räume und Gebäudeteile gemeinschaftliches Eigentum aller Miteigentümer werden“) handelt es sich um eine bloße Absichtserklärung bzw. um eine schuldrechtliche Verpflichtung, die noch der Umsetzung bedarf. Dies wird nicht nur durch die Bestimmung belegt, daß den auf die Benutzung dieser Räume angewiesenen Wohnungseigentümern Sondernutzungsrechte eingeräumt und Pflege- und Unterhaltungslasten auferlegt werden sollen; vor allem der letzte Absatz der genannten Klausel bestätigt dies, wenn dort die Verpflichtung der übrigen Miteigentümer niedergelegt ist, ihre „aus formalrechtlichen Gründen“ notwendige Zustimmung „in der gesetzlich erforderlichen Form zu erteilen“.

Davon abgesehen ermangelt die Teilungserklärung insoweit der erforderlichen sachenrechtlichen Bestimmtheit, weil nicht ersichtlich ist, auf welche konkreten Räume und Gebäudeteile sich jene Einwilligungserklärung beziehen sollte. Denn nach der von dem Berufungsgericht gefundenen Auslegung der Teilungserklärung sollten nicht alle Flure und Gemeinschaftsräume des mit „Teil I“ bezeichneten Wohnungseigentums in Gemeinschaftseigentum überführt werden, wenn die Parkresidenz ihr Wohnungseigentum in mehrere selbständige Rechte aufteilte; vielmehr sollte bei Abspaltung einer Wohnung aus dem bisher einheitlichen Sondereigentum ausschließlich an denjenigen Räumen und Gebäudeteilen Gemeinschaftseigentum entstehen, die infolge der Maßnahme ihre Sondereigentumsfähigkeit verloren hatten.

Da nach alledem das Wohnungseigentum, welches den Klägern nach ihrem Ausscheiden aus der Parkresidenz als Abfindung übertragen werden soll, mangels einer formgerechten Einigung aller betroffenen Miteigentümer noch nicht entstanden ist und nur durch eine neue, die anderen Miteigentümer einbeziehende notarielle Urkunde entstehen kann, geht ihr Genehmigungsantrag ins Leere.

6. BGB §§ 1030, 1066 Abs. 1; WEG §§ 25, 43 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 2 (*Kein Antragsrecht des Nießbrauchers im Verfahren zur Ungültigerklärung von Eigentümerbeschlüssen*)

Dem Nießbraucher an einem Wohnungseigentum steht im Verfahren über die Ungültigerklärung von Eigentümerbeschlüssen kein eigenes Antragsrecht zu; dies gilt auch bei der Anfechtung von Beschlüssen, die die Nutzung von Sondereigentum oder gemeinschaftlichem Eigentum oder die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums betreffen.

BayObLG, Beschluß vom 25.6.1998, – 2Z BR 53/98–, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar Dr. *Norbert Kuntz*, Ingolstadt

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird. Die Antragstellerin überließ ihre Wohnung dem Antragsgegner M., ihrem Enkel, der am 29.6.1995 als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. Im Zusammenhang mit der Übereignung behielt sich die Antragstellerin den lebenslangen Nießbrauch an der Wohnung vor; nach einer zum Inhalt des Nießbrauchs gemachten Vereinbarung hat sie auch die Kosten derjenigen Ausbesserungen und Erneuerungen, die nicht zur gewöhnlichen Unterhaltung gehören, sowie die außerordentlichen Lasten des Wohnungseigentums zu tragen.

In der Versammlung vom 30.4.1997, in der weder M. noch die Antragstellerin anwesend oder vertreten waren, beschlossen die Wohnungseigentümer zu Tagesordnungspunkt (TOP) 5.5, Kosten in Höhe von 1.670,79 DM, die vom Verwalter der benachbarten Wohnanlage in Rechnung gestellt wurden (u.a. für Zaunreparatur, Löhne für eine Aushilfe bei Hausmeisterarbeiten), nicht zu übernehmen. Außerdem genehmigten sie einstimmig die Jahresabrechnung 1996 (ebenfalls TOP 5.5) und erteilten der Verwalterin und den Mitgliedern des Verwaltungsbeirats Entlastung für das Jahr 1996 (TOP 5.6 und 5.7). Die Antragstellerin hat am 30.5.1997 beantragt, diese Eigentümerbeschlüsse für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht hat die Anträge am 10.10.1997 als unzulässig abgewiesen, da die Antragstellerin nicht Wohnungseigentümerin sei und der Nießbrauch am Wohnungseigentum weder Stimmrecht noch Antragsrecht gewähre. Das Land-

gericht hat die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Zu Recht halten die Vorinstanzen die Anträge für unzulässig, da der Antragstellerin kein Antragsrecht im Sinne von § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG zusteht. Als Antragstellerin ist sie am Verfahren formell beteiligt; aufgrund ihres Nießbrauchs am Wohnungseigentum ist sie aber nicht materiell Beteiligte im Sinne von § 43 Abs. 4 Nr. 2 WEG und damit nicht antragsberechtigt (ebenso ausdrücklich *Staudinger/Wenzel* BGB 12. Aufl. § 43 WEG Rdnr. 15; *F. Schmidt* MittBayNot 1997, 65/68; a.A. KG NJW-RR 1987, 973 f.; LG München II NJW-RR 1994, 1497 f.; LG Ingolstadt MittBayNot 1996, 440; *Bärmann* Wohnungseigentum Rdnr. 239).

a) Gegen das Antragsrecht des Nießbrauchers spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes, dem zwar keine allein entscheidende, im Hinblick auf die gerade für das Verfahren in Wohnungseigentumssachen aber wichtige Rechtssicherheit doch erhebliche Bedeutung zukommt. Gegen das Antragsrecht des Nießbrauchers spricht nach Ansicht des Senats auch die Interessenlage, wie sie sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Wohnungseigentümern einerseits, zwischen Nießbraucher und Eigentümer der belasteten Wohnung andererseits ergibt. Aus der Regelung des § 1066 Abs. 1 BGB folgt nichts anderes.

(1) Die Probleme, die sich aus der Belastung eines Wohnungseigentums mit einem Nießbrauch und aus den Rechten und Pflichten des Nießbrauchers bei Verwaltung und Nutzung ergeben, werden in erster Linie im Zusammenhang mit dem Stimmrecht in der Eigentümerversammlung behandelt (vgl. zum Folgenden vor allem *F. Schmidt* MittBayNot 1997, 65 ff.). Stimmrecht und Antragsrecht gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG sind zwar nicht gleichzusetzen; es liegt aber nahe, sie gleich zu behandeln und dem Nießbraucher, wenn und soweit ihm das Stimmrecht nach § 25 WEG zuerkannt wird, auch das Antragsrecht zuzusprechen (so ausdrücklich KG NJW-RR 1987, 973 f.; ebenso LG München II NJW-RR 1994, 1497; LG Ingolstadt MittBayNot 1996, 440 und wohl auch OLG Hamburg NJW-RR 1988, 267; *Bärmann* Rdnr. 239 a.E.; vgl. auch *F. Schmidt* a.a.O. S. 68 f.). Das Recht, die Ungültigerklärung eines Eigentümerbeschlusses zu beantragen, ist die verfahrensrechtliche Ergänzung des Stimmrechts. Insbesondere dann, wenn sich ein Wohnungseigentümer bei der Abstimmung nicht durchsetzen kann, dient das Anfechtungsrecht der Weiterverfolgung des über das Stimmrecht nicht erreichten Zieles.

(2) Der Senat schließt sich der Ansicht an, die dem Eigentümer trotz der Belastung seines Wohnungseigentums mit einem Nießbrauch das ausschließliche Stimmrecht in der Eigentümerversammlung einräumt (*MünchKomm/Röll* BGB 3. Aufl. Rdnr. 22, *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 7, *Staudinger/Bub* BGB 12. Aufl. Rdnr. 129, jeweils zu § 25 WEG; *Sauren* WEG 2. Aufl. Rdnr. 9, *Henkes/Niedenführ* WEG 4. Aufl. Rdnr. 6, jeweils zu § 25; *Bader* „Partner im Gespräch“ 25, 67/71 f.; *Belz* Handbuch des Wohnungseigentums 3. Aufl. Rdnr. 210; *Müller* Praktische Fragen des Wohnungseigentums 2. Aufl. Rdnr. 152; *Rieke* DWE 1991, 58/59; *F. Schmidt* a.a.O. S. 67 f., vor allem S. 70); daraus folgt das ausschließliche Antragsrecht des Wohnungseigentümers gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG.

aa) Der Senat vermag der Meinung nicht zu folgen, die dem Nießbraucher an Stelle des Eigentümers das Stimmrecht in denjenigen Angelegenheiten einräumt, die unter sein aus dem Nießbrauch hergeleitetes Nutzungs- und Verwaltungsrecht fallen (*Palandt/Bassenge* BGB 57. Aufl. 1. Rdnr. 2b, *BGB-RGRK/Augustin* 12. Aufl. Rdnr. 24, *Erman/Ganten* BGB 9. Aufl. Rdnr. 3, jeweils zu § 25 WEG; *Staudinger/Frank* 13. Aufl. § 1066 Rdnr. 12; *Bärmann/Merle* WEG 7. Aufl. § 25 Rdnr. 13 f.; *Deckert* Die Eigentumswohnung Gruppe 5 S. 29). Nach Ansicht des Kammergerichts (NJW-RR 1987, 973 ff.) und des Oberlandesgerichts Hamburg (NJW-RR 1988, 267 f.) steht dem Nießbraucher das Stimmrecht in den Angelegenheiten zu, die sich auf die Verwaltung, den Gebrauch und die Nutzung des belasteten Wohnungseigentums beziehen (§§ 15, 16, 21, wohl auch § 28 WEG). Das Landgericht München II (NJW-RR 1994, 1497 f.) gibt dem Nießbraucher das Stimmrecht auch, wenn es um die Bestellung des Verwalters § 26 Abs. 1 WEG) geht.

Eine für die Praxis brauchbare Trennung nach Angelegenheiten, die den Nießbraucher betreffen, und solchen Angelegenheiten, die trotz des Nießbrauchs den Eigentümer berühren, läßt sich aber nicht durchführen. Das Stimmrecht muß demjenigen zustehen, der durch die Beschlußfassung unmittelbar betroffen, vor allem zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen verpflichtet wird. Dies ist aber auch bei einem mit einem Nießbrauch belasteten Wohnungseigentum nur dessen Eigentümer. Dafür spricht auch die Regelung des § 14 Nr. 2 WEG. Vor allem die Zahlungspflicht nach § 16 Abs. 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 und 5 WEG trifft nur den Eigentümer (*BayObLG FGPrax* 1998, 22 f. [= *MittBayNot* 1998, 38]; *Palandt/Bassenge* § 16 WEG Rdnr. 20; *Staudinger/Bub* § 28 Rdnr. 66; *Bärmann/Merle* § 25 Rdnr. 13; *Weitnauer/Hauger* WEG 8. Aufl. § 16 Rdnr. 27 und *Weitnauer/Lüke* § 25 Rdnr. 11; *F. Schmidt* a.a.O. S. 68; vgl. auch BGH LM Nr. 2 zu § 16 WEG). Der abweichenden Ansicht (vgl. *Bärmann/Pick* § 16 Rdnr. 107; *Staudinger/Frank* § 1047 Rdnr. 30) kann schon im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) nicht gefolgt werden; das Dauernutzungsrecht, mit dem das Wohnungseigentum (Wohnungserbbaurecht) dort belastet war, gibt dem Berechtigten praktisch dieselben Befugnisse wie ein Nießbrauch (§ 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3, § 33 WEG). Die Pflicht des Nießbrauchers, zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums beizutragen, ergibt sich nicht aus § 16 Abs. 2 WEG in Verbindung mit der Beschlußfassung in der Eigentümerversammlung, sondern aus seinen Rechtsbeziehungen zum Eigentümer, insbesondere aus dem zum Inhalt des Nießbrauchs gewordenen gesetzlichen Schuldverhältnis, und besteht nur diesem gegenüber. Verbindlich ist der Beschluß nur gegenüber dem Eigentümer; schon deshalb müssen ihm in diesen Angelegenheiten Stimmrecht und Anfechtungsrecht zustehen.

bb) Auch wenn für Stimmrecht und Anfechtungsrecht darauf abgestellt wird, daß die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG letzten Endes überwiegend den Nießbraucher treffen, gibt es auch solche Lasten und Kosten, die beim Eigentümer verbleiben. So hat der Nießbraucher nach § 1041 Satz 2 BGB nur für die gewöhnliche Unterhaltung der belasteten Sache aufzukommen; die Kosten einer außergewöhnlichen Reparatur oder Erneuerung hat der Eigentümer ebenso zu tragen wie die außerordentlichen Lasten der Sache im Sinne von § 1047 BGB. Wollte man das Stimmrecht danach aufteilen, müßte konsequenterweise innerhalb der Abstimmung über Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung (vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 4, § 28 Abs. 1

Nr. 3 WEG) entsprechend unterschieden werden. Anders könnte es wiederum sein, wenn dem Nießbraucher auch die Kosten für die außerordentlichen Ausbesserungen und Erneuerungen des gemeinschaftlichen Eigentums (vgl. BayObLGZ 1985, 6 m.w.N. [= MittBayNot 1985, 70]) oder die außerordentlichen Lasten (sofern dies mit dinglicher Wirkung zulässig sein sollte) auferlegt sind. Ob dies der Fall ist, kann in der Regel nicht aus dem Grundbuch selbst, sondern nur aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersehen werden. Auch die Nutzung von Wohnung und gemeinschaftlichem Eigentum ist keine Angelegenheit, die ausschließlich oder ganz überwiegend nur den Nießbraucher angeht; der Nießbrauch kann gemäß § 1030 Abs. 2 BGB durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden. Zu differenzieren wäre angesichts der Aufgaben, die das Gesetz dem Verwalter zuweist, auch bei der Abstimmung über dessen Bestellung.

cc) Damit erweist sich die Aufspaltung des Stimmrechts nach dem Gegenstand der Beschlußfassung als nicht geeignet. Sie stößt auf kaum lösbare praktische Schwierigkeiten und läßt sich nicht vereinbaren mit der Notwendigkeit, das Stimmrecht an klare Voraussetzungen zu binden. Was der Bundesgerichtshof in dem Beschluß vom 1.12.1988 (BGHZ 106, 113 ff., vor allem S. 119/120 für das Verhältnis zwischen noch eingetragenen und „werdendem“ Wohnungseigentümer (Wohnungsanwärter) ausgesprochen hat, muß genauso für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher gelten; auch der Wohnungsanwärter hat in aller Regel, und oft schon längere Zeit vor seiner Eintragung als Eigentümer, im Verhältnis zum noch eingetragenen Veräußerer die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen (vgl. § 446 Abs. 1 BGB).

dd) Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall, in dem das Wohnungseigentum mit einem Wohnrecht (§ 1093 BGB) belastet war, das Stimmrecht und das Anfechtungsrecht bei Beschlüssen über die Benutzung der im Sondereigentum stehenden Räume und die Benutzung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen dem Wohnungsberechtigten zuerkannt (BGH DNotZ 1978, 177 ff.). Nach Ansicht des Senats ist dies auf den Nießbrauch an einem Wohnungseigentum nicht übertragbar. Davon abgesehen ist die Entscheidung möglicherweise durch den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 1.12.1988 überholt.

(3) Ein gemeinschaftliches, einheitlich auszuübendes Stimmrecht von Eigentümer und Nießbraucher in entsprechender Anwendung von § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG (dafür in allen oder in bestimmten Angelegenheiten *Weitnauer/Lüke* Rdnr. 11, *Bärmann/Merle* Rdnr. 13, jeweils zu § 25; *Schöner* DNotZ 1975, 78/82; *Weitnauer* WE 1987, 131 f.) scheidet nach Ansicht des Senats ebenfalls aus. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar mit der bei mehreren auf gleicher Stufe gemeinschaftlich Berechtigten, für die die gesetzliche Regelung geschaffen wurde. Es kann hier, für das Verhältnis von Eigentümer und Nießbraucher, wiederum nichts anderes gelten als für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Wohnungsanwärter (vgl. BGHZ 106, 113/120 [= MittBayNot 1989, 85]). Im übrigen wäre dann noch zu entscheiden, ob aus dem gemeinschaftlichen Stimmrecht für jeden der Berechtigten ein selbständiges Anfechtungsrecht folgte (vgl. *F. Schmidt* a.a.O. S. 68; BGH NJW 1989, 2694/2696 f.; BayObLGZ 1990, 260/263 [= MittBayNot 1991, 27]. Das gemeinschaftliche Stimmrecht käme zudem allenfalls bei den Angelegenheiten in Betracht, die sowohl den Eigentümer als auch den

Nießbraucher betreffen; die Differenzierung würde wiederum praktisch nicht lösbare Schwierigkeiten bereiten.

(4) Der Senat stimmt somit jedenfalls im Ergebnis mit *F. Schmidt* (a.a.O. S. 66) und *Röll* (MünchKomm § 25 Rdnr. 22) darin überein, daß sich aus § 1066 Abs. 1 BGB kein Anfechtungsrecht und auch kein Stimmrecht für den Nießbraucher an einem Wohnungseigentum ergibt. Diese Vorschrift kann, wie auch andere Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, nicht unbesehen auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit ihren besonderen Verhältnissen und Regelungen angewendet werden (vgl. z.B. BGHZ 106, 222/226 f.).

(5) Für die Rechtslage ist unerheblich, wovon im vorliegenden Fall die Verwalterin ausging und wem die Einladungen zu den Eigentümerversammlungen und sonstige Schriftstücke durch die Verwalterin zugesandt wurden. Wenn der Eigentümer dadurch, daß auf Bitte der Antragstellerin aller Schriftverkehr nur mit ihr geführt wurde, von den Versammlungen und deren Ergebnissen keine Kenntnis erlangte, kann dies für ihn gegebenenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Antragsfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG (vgl. BayObLG NJW-RR 1991, 976) rechtfertigen oder Schadensersatzansprüche begründen; Auswirkungen auf das Antragsrecht hat es nicht.

b) Es kann offenbleiben, ob der Nießbraucher den Antrag nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG mit Zustimmung des Eigentümers in Verfahrensstandschaft für diesen stellen kann und ob er einen Anspruch auf die Erteilung dieser Zustimmung hat (vgl. *F. Schmidt* a.a.O. S. 70 f.). Denn hier scheidet eine Verfahrensstandschaft der Antragstellerin aus. Die Voraussetzungen der gewillkürten Verfahrensstandschaft (vgl. dazu *Henkes/Niedenführ* Rdnr. 53 ff. vor § 43) müssen spätestens im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung vorliegen (vgl. BGHZ 31, 279/283; *Zöller/Vollkommer* ZPO 20. Aufl. Rdnr. 19 vor § 50); dies ist nicht der Fall. Weiter ist die Antragsfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG nur gewahrt, wenn der Antragsteller innerhalb der Frist offenlegt, daß er das Verfahren in Verfahrensstandschaft betreibt (vgl. BayObLGZ 1981, 50/53; KG WE 1995, 119/120; BGH NJW 1972, 1580). Auch dies ist hier nicht geschehen.

c) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.10.1977 (DNotZ 1978, 156 ff.) und die Beschlüsse des Kammergerichts vom 1.4.1987 (NJW-RR 1987, 973 ff.) sowie des Oberlandesgerichts Hamburg vom 10.9.1987 (NJW-RR 1988, 267 f.) verpflichten den Senat nicht dazu, die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Denn der Senat weicht in keiner entscheidungserheblichen Rechtsfrage von den genannten Entscheidungen ab. Das Urteil des Bundesgerichtshofs betraf das Stimmrecht (und Klagerecht) eines Wohnungsberechtigten bei der Beschlußfassung über die Nutzung von in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Räumen und Anlagen; hier geht es um das Antragsrecht des Nießbrauchers und um Beschlüsse, die Zahlungen der Wohnungseigentümer und die Entlastung des Verwalters und der Mitglieder des Verwaltungsbeirats zum Gegenstand haben. Den Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts Hamburg lagen keine (für zulässig gehaltenen) Anträge eines Nießbrauchers zugrunde, sondern Anträge des Eigentümers; die Gerichte haben diese Anträge nicht für unzulässig, sondern teilweise für begründet, teilweise für unbegründet gehalten. Die Entscheidungen beruhen somit nicht unmittelbar darauf, daß sie ein Anfechtungsrecht des Nießbrauchers bejahen.

Anmerkung:

Der Entscheidung des BayObLG ist in allen Teilen zuzustimmen. Zur Ergänzung und Verdeutlichung ist jedoch anzumerken was folgt:

Auszugehen ist vom Wortlaut des Gesetzes. Nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG sind zur Beschlufanfechtung nur der Verwalter und jeder Wohnungseigentümer befugt. Von einem Anfechtungsrecht dinglich Berechtigter ist dort keine Rede. Ein solches Recht kann auch nicht aus den Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft abgeleitet werden. Zwar schreibt § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG vor, daß sich das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, soweit das WEG keine Bestimmungen enthält, nach den Vorschriften des BGB über die Gemeinschaft richtet. Dort ist in § 1066 Abs. 1 bestimmt, daß der Nießbraucher an einem Miteigentumsanteil an Stelle des Miteigentümers die sich aus der Gemeinschaft ergebenden Rechte ausübt, welche sich in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben. Diese Vorschrift kann jedoch hier keine Anwendung finden. Die Bruchteilsgemeinschaft ist anders strukturiert als die Wohnungseigentümergeinschaft. Diese ist – was die Verwaltung betrifft – körperschaftlich organisiert, wie ein Verein oder eine GmbH. Die §§ 20 ff., 43 ff. WEG treffen eine eingehende und in sich abgeschlossene Regelung, die durch Vorschriften aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft nicht ergänzt werden kann.

Zwar ist die Anfechtungsberechtigung vom Stimmrecht getrennt zu behandeln. Würde man aber das Stimmrecht des Nießbrauchers bejahen, so könnte man sein Anfechtungsrecht schwerlich verneinen. Es ist daher notwendig, hier auf die Frage des Stimmrechts einzugehen.

Über das Stimmrecht des Nießbrauchers ist viel geschrieben worden. Es wird von der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung bejaht, dagegen ist im Schrifttum überwiegend verneint¹. Dem ablehnenden Standpunkt folgt auch der vorstehende Beschluß des BayObLG. Wegen der im einzelnen vertretenen Meinungen wird auf die Gründe dieser Entscheidung verwiesen.

Ausgangspunkt der Diskussion war das Urteil des BGH vom 26.11.1976². Dort wurde dem Inhaber eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB das alleinige Stimmrecht bei allen Beschlüssen der Wohnungseigentümerversammlung eingeräumt, welche Benutzungsprobleme betrafen. Begründet wurde dies damit, daß dem Wohnungsberechtigten auf Grund seiner dinglichen Rechtsposition das Recht zur Benutzung des Sondereigentums und Mitbenutzung des Gemeinschaftseigentums zustehe. Diese Entscheidung ist abzulehnen. Auch der Eigentümer ist von solchen Beschlüssen betroffen. Sie bestehen ja auch nach Beendigung des Wohnungsrechts weiter, das spätestens mit dem Tod des Berechtigten endet (§§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB). Die in solchen Beschlüssen getroffenen Regelungen, z.B. die Hausordnung, wirken auch gegen die Rechtsnachfolger des Eigentümers (§ 10 Abs. 3 WEG). Wenn überhaupt ein Stimmrecht des Wohnungsberechtigten in Frage käme, dann nur als gemeinschaftliches Recht zusammen mit dem Eigentümer. Hinsichtlich des Stimmrechts in Benutzungsfragen sind Wohnungsrecht und Nießbrauch gleich zu behandeln, weil §§ 1093 und 1036 Abs. 1 BGB eine ähnliche Regelung treffen.

¹ Zu beachten sind hierzu vor allem die Ausführungen von *Schmidt* in *MittBayNot* 1997, 65, der das Anfechtungs- und Stimmrecht des Nießbrauchers verneint und die damit in Zusammenhang stehenden Fragen eingehend behandelt.

² BGH v. 26.11.1976 DNotZ 1978, 157.

Wie der BGH beim Wohnungsrecht gehen andere Gerichte auch beim Nießbrauch von einem gespaltenen Stimmrecht aus und weisen dem Nießbraucher das alleinige Stimmrecht nicht nur in Fragen der Benutzung, sondern auch der Verwaltung und der Lastentragung zu³. Das kann nicht daraus gerechtfertigt werden, daß der Nießbraucher einen Teil der Kosten und Lasten zu tragen hat; denn gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Eigentümer allein verpflichtet (§ 16 Abs. 2 WEG)⁴. Lediglich auf Grund des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher hat letzterer im Innenverhältnis gewisse Ausgaben zu übernehmen (§§ 1041, 1045 1047 BGB). Es ist im Grunde nicht viel anders als zwischen dem Eigentümer und dem Mieter, auf den ein Großteil der Lasten überwältigt werden kann und der trotzdem kein Stimmrecht hat. Die den Eigentümer treffenden Kosten können beträchtlich sein, z.B. bei einer Dach- oder Fassadensanierung⁵. Es ist nicht einzusehen, warum darüber der Nießbraucher allein abstimmen sollte, obwohl er diese Kosten gar nicht tragen muß. Eine Stimmrechtsspaltung würde zu nicht mehr praktikablen Ergebnissen führen. Die Beschlußfassung über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung müßte in zwei Abstimmungen aufgespalten werden, nämlich in eine, welche die vom Eigentümer zu tragenden Kosten betrifft und in eine andere, die sich auf die Ausgaben bezieht, die auf den Nießbraucher entfallen. Dabei könnte man nicht allein die gesetzliche Regelung berücksichtigen, sondern müßte auch die Eintragungsbewilligung heranziehen, da ja die Kostentragungspflicht bei Begründung des Nießbrauchs anders geregelt werden kann als dies in den §§ 1041, 1045, 1047 BGB vorgesehen ist. Oft wäre die Beratung durch einen Juristen nicht zu vermeiden. Eigentümer und Nießbraucher müssen aber ihr Innenverhältnis selbst klären und können nicht die Wohnungseigentümerversammlung damit befassen.

Probleme ergäben sich auch bei der Ladung zur Versammlung. Der Verwalter müßte sowohl den Eigentümer als auch den Nießbraucher laden. Oft weiß er gar nicht, daß ein Nießbrauch besteht.

Auch ein gemeinschaftliches Stimmrecht von Eigentümer und Nießbraucher, das in analoger Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG nur einheitlich ausübt werden könnte, bringt keine Lösung. Jeder von beiden würde über Angelegenheiten mitbestimmen, die ihn gar nicht betreffen.

Solange in der Rechtsprechung sich widersprechende Ansichten vertreten werden, kann die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht eine pragmatische Lösung darstellen. Eine solche Vollmacht könnte der Nießbraucher dem Eigentümer erteilen, aber auch der Eigentümer dem Nießbraucher. Letzteres ist auch dann möglich, wenn die Gemeinschaftsordnung eine Vollmachtsbeschränkung vorsieht, etwa in der Weise, daß eine Stimmrechtsvollmacht nur dem Ehegatten, einem anderen Wohnungseigentümer oder Verwalter erteilt werden darf. Eine solche Vollmacht des Eigentümers an den Nießbraucher erleichtert die Beschlußfassung und widerspricht daher nicht dem mit der Vollmachtsbeschränkung bezweckten Erfolg⁶.

Notar a.D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

³ KG v. 1.4.1987 NJW-RR 1987, 973 = OLGZ 1987, 417; OLG Hamburg v. 10.9.1987 NJW-RR 1988, 267 = WE 1988, 92; LG München II v. 14.6.1993 NJW-RR 1994, 1497; LG Ingolstadt MittBayNot v. 13.11.1995 MittBayNot 1996, 440.

⁴ *Schmidt* MittBayNot 1997, 65; ders., Festschrift für Seuß 1997, 265, 275.

⁵ Nach *Palandt/Bassenge* Komm. z. BGB 57. Aufl. 1998, § 1041 Rdnr. 2 trägt solche Kosten der Eigentümer.

⁶ *Schmidt* MittBayNot 1997, 65, 71.

7. WEG § 15 Abs. 1; BGB § 1004 Abs. 1 (*Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit bei einem Raum, der zu einem Teileigentum gehört*)

- 1. Sind die zu einem Teileigentum gehörenden Räume in der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung als „nicht zu Wohnzwecken dienende Räume“ bezeichnet, so ist grundsätzlich jede Nutzung der Räume mit Ausnahme der Nutzung zu Wohnzwecken zulässig; eine weitere Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit kann sich allerdings aus Lage und Beschaffenheit der Räume ergeben.**
- 2. Sind die Räume im Aufteilungsplan mit der Aufschrift „Trockenraum“ versehen, so liegt darin in der Regel keine weitere Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit; dies gilt schon deshalb, weil es sich bei einem „Trockenraum“ um eine typische Gemeinschaftseinrichtung handelt.**
- 3. Zur Frage, ob der Eigentümer verpflichtet werden kann, die sanitären Einrichtungen solcher Räume von den Zuleitungen abzutrennen.**

BayObLG, Beschluß vom 24.9.1998 – 2Z BR 52/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller und der Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Anlage; dem Antragsgegner gehört unter anderem die Einheit Nr. 82, die in der Teilungserklärung und im Grundbuch als „Miteigentumsanteil zu 10,5/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an zwei nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen im Dachgeschoß ...“ bezeichnet sind. § 6 Nr. 1 der als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) bestimmt, daß jeder Wohnungseigentümer seine Sondereigentumsräume mit der Maßgabe ungehindert nutzen kann, daß er unter anderem nichts unternimmt, was die Zweckbestimmung beeinträchtigt.

Der Antragsgegner baute die Räume von zusammen rund 50 m² im Jahre 1988 gegen den Widerspruch des Verwalters als Wohnung aus; er ließ eine Heizung, eine Dusche und eine Toilette einbauen. Der Ausbau und die Nutzung als Wohnung sind bauordnungsrechtlich genehmigt.

In der Eigentümerversammlung vom 22.3.1988 sprachen sich die Wohnungseigentümer durch Beschluß mehrheitlich gegen den Ausbau der Keller- und Speicherräume der Anlage aus. Der Verwalter wurde beauftragt, in Absprache und im Einvernehmen mit dem Verwaltungsbeirat den Anspruch der Gemeinschaft auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen.

Im Juni 1990 haben die Antragsteller beim Amtsgericht beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, die in den Räumen Nr. 82 im Dachgeschoß befindlichen Einbauten (das Bad) zu beseitigen und es zu unterlassen, die Räume selbst oder durch Dritte zu Wohnzwecken zu nutzen. Den ersten Antrag haben sie später auf die Abtrennung von den Anschlüssen abgeändert. Das Amtsgericht hat den Antragsgegner mit Beschluß vom 14.4.1997 antragsgemäß verpflichtet, die in den Räumen Nr. 82 befindlichen sanitären Anlagen von den Zuleitungen abzutrennen und die Nutzung der Räume zu Wohnzwecken zu unterlassen. Das Landgericht hat die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Das Rechtsmittel hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)
2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

a) Zu Recht hat das Landgericht es in Übereinstimmung mit dem Amtsgericht dem Antragsgegner untersagt, die Räume Nr. 82 im Dachgeschoß zu Wohnzwecken zu nutzen oder nutzen zu lassen. Auf die zutreffende Begründung in dem Beschluß des Beschwerdegerichts wird insoweit Bezug genommen. Ergänzend ist im Hinblick auf den Vortrag des Antragsgegners im Rechtsbeschwerdeverfahren noch auszuführen:

(1) Maßgebend für die Zweckbestimmung und die zulässige Nutzung der Räume sind die ins Grundbuch übernommenen Angaben der Teilungserklärung, die ebenso wie die Gemeinschaftsordnung nach objektiven Gesichtspunkten auszulegen ist; darauf, welche Absichten der Verfasser mit seinen Formulierungen verfolgt hat oder aus welchem Grund die Räume als „nicht zu Wohnzwecken dienend“ bezeichnet wurden, kommt es nicht an (vgl. BayObLG WuM 1993, 697/699 m.w.N.). Die vom Antragsgegner angeführten bauordnungsrechtlichen Gründe für die Bestimmung zum Teileigentum wären kein Hindernis gewesen, die Möglichkeit, die Zweckbestimmung der Räume später zu ändern, bereits in der Teilungserklärung für alle Rechtsnachfolger verbindlich festzulegen; daß dies nicht geschehen ist, kann sich nicht zum Nachteil der Antragsteller auswirken. Der Umstand, daß die Räume im Dachgeschoß überwiegend zu Wohnungen und wie die Räume Nr. 82 nur zu einem geringen Teil zu nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen bestimmt wurden, spricht eher gegen die Argumentation des Antragsgegners als dafür. Daß die Versorgungs- und Entsorgungsleitungen zu den Räumen schon von Anfang an gelegt waren, ist gleichfalls nicht von entscheidender Bedeutung für die Frage, welche Nutzung in den Räumen zulässig ist; es vermag die fehlende rechtliche Grundlage für die Nutzung zu Wohnzwecken nicht zu ersetzen.

(2) Zu Recht gehen die Vorinstanzen auch davon aus, daß die Nutzung der Räume zu Wohnzwecken mehr stört und beeinträchtigt als die bestimmungsmäßige Nutzung; nach der hier gebotenen „typisierenden“, das heißt verallgemeinernden Betrachtungsweise (vgl. BayObLG a.a.O. S. 699 f.; BayObLG NJW-RR 1995, 1103 [= MittBayNot 1995, 202]) kommt es dabei auf die Größe der Wohnanlage oder des Gebäudes nicht entscheidend an. Die Grundsätze, die der Senat in der von den Beteiligten wiederholt zitierten Entscheidung vom 4.10.1982 (BReg. 2Z 35/82 = ZMR 1983, 35 ff.) aufgestellt hat, treffen jedenfalls überwiegend auch im vorliegenden Fall zu. Konkrete Beeinträchtigungen müssen weder vorgetragen noch nachgewiesen sein. Daß die bauordnungsrechtliche Genehmigung von Umbau und Wohnnutzung für die Rechte und Pflichten der Wohnungs- und Teileigentümer untereinander ohne Bedeutung ist, ergibt sich schon aus Art. 72 Abs. 4 BayBO 1994 (früher Art. 74 Abs. 6 BayBO; vgl. auch BayObLG ZMR 1983, 35 f.; BayObLG NJW-RR 1995, 1103 [= MittBayNot 1995, 202]).

(3) In der Beschränkung der zulässigen Nutzung liegt kein Verstoß gegen Art. 14 GG. Es handelt sich vielmehr um eine durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zugelassene Beschränkung durch rechtsgeschäftliche Erklärung des teilenden Eigentümers, die der Antragsgegner wie eine Vereinbarung der Wohnungs- und Teileigentümer, an der er selbst beteiligt wäre, gegen sich gelten lassen muß (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG).

(4) Es ist durchaus folgerichtig, daß der Antragsgegner wegen der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums wie ein Wohnungseigentümer behandelt wird, solange er die Räume tatsächlich als Wohnung nutzt. Lasten und Kosten richten sich im übrigen gemäß § 16 Abs. 2 WEG (soweit nicht die Gemeinschaftsordnung abweichende Regelungen trifft)

nicht nach der Nutzungsart, sondern weitgehend nach der Größe der Miteigentumsanteile (vgl. BayObLG NJW-RR 1995, 1103 f. [= MittBayNot 1995, 202]).

(5) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs gegen den Antragsgegner stellt auch weder einen Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch gegen das Schikane-Verbot (§ 226 BGB) dar. Nach § 226 BGB ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen; dies setzt voraus, daß nach den gesamten Umständen ein anderer Zweck als die Schadenszufügung ausgeschlossen ist (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 57. Aufl. § 226 Rdnr. 3 m.w.N.). Dies scheidet hier schon deshalb aus, weil die Nutzung der Räume des Antragsgegners als Wohnung jedenfalls für die Nutzung der darunterliegenden Wohnungen Nachteile mit sich bringen, die Unterlassung dieser Nutzung sich für diese Wohnungen vorteilhaft auswirken kann.

In dem Vorgehen gegen den Antragsgegner liegt auch kein Verstoß gegen § 242 BGB. Der auch im Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer geltende Grundsatz von Treu und Glauben verbietet es nicht, gegen die unzulässige Nutzung durch einzelne Eigentümer vorzugehen und die durch andere (vorläufig) zu dulden (vgl. BayObLG WE 1993, 22; 1993, 286 f.; 1995, 377/378). Ein Verstoß gegen Treu und Glauben läge allenfalls dann vor, wenn die Eigentümer die zweckbestimmungswidrige Nutzung von Räumen durch einzelne Eigentümer genehmigten, sie dem Antragsgegner aber unter sonst gleichen Voraussetzungen verweigerten. Dies ist hier aber nicht geschehen. Die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung von Teileigentum, das zu Wohnzwecken genutzt wird, hat ihre Grundlage in § 12 WEG und stellt keine Billigung der zweckbestimmungswidrigen Nutzung dar (vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 657). Im übrigen bleibt es dem Antragsgegner unbenommen, gegen andere Eigentümer, die ihre Räume seiner Ansicht nach in unzulässiger Weise nutzen, gemäß § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB vorzugehen; diese Ansprüche sind Individualansprüche, die ein Wohnungs- oder Teileigentümer auch allein geltend machen kann (vgl. BayObLG WuM 1995, 674; BayObLG MittBayNot 1997, 369).

(6) Zutreffend stellen die Vorinstanzen weiter fest, daß die Voraussetzungen für die Verwirkung der geltend gemachten Ansprüche sowohl was das Zeit- als auch was das Umstandsmoment anlangt, nicht vorliegen.

b) Dagegen kann die Verpflichtung des Antragsgegners, die sanitären Anlagen in den Räumen Nr. 82 von den Zuleitungen abzutrennen, keinen Bestand haben.

(1) Die allgemein gefaßte Entscheidung der Vorinstanzen bedarf insoweit der Auslegung. Unter sanitären Anlagen sind die Einrichtungen zu verstehen, die in einer Wohnung oder in sonstigen Räumen der Gesundheit und der Hygiene dienen, also neben der Toilette (WC) die üblichen Einrichtungen eines Bades (Badewanne, Dusche, Waschbecken), weiterhin wohl noch das in einer Küche befindliche Spülbecken. Der Senat hat in der Entscheidung vom 4.10.1990 (WuM 1991, 53) die Verpflichtung eines Eigentümers bestätigt, das von diesem in seinem „Speicher“ installierte Bad (einschließlich eines außerhalb angebrachten Waschbeckens) und die dort eingerichtete Küchenzeile von den Versorgungs- und Entsorgungsleitungen zu trennen; in dem Beschluß vom 18.6.1993 (WuM 1993, 490) hat es einen Eigentümer verpflichtet, die in seinen „Kellerräumen“ vorhandenen Küchen- und Sanitäreinrichtungen von den Anschlüssen zu trennen und auf Dauer getrennt zu halten. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von

den den beiden zitierten Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten in einem wesentlichen Punkt. Dort war die Nutzung als Speicher- oder Kellerraum nach vereinbarter Zweckbestimmung oder Beschaffenheit der Räume verbindlich festgelegt. Eine zulässige Nutzung, die sanitäre Einrichtungen erforderlich gemacht hätte, schied damit von vornherein aus. Hier sind die Räume Nr. 82 des Antragsgegners in der maßgebenden Teilungserklärung als „nicht zu Wohnzwecken dienende Räume im Dachgeschoß“ bezeichnet. Auch darin liegt für die Räume eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter; sie besagt aber nur, daß die Räume zwar nicht zu Wohnzwecken, aber grundsätzlich zu jedem anderen beliebigen Zweck genutzt werden dürfen. Für die Frage, ob eine bestimmte Nutzung zulässig ist, sind daneben nach den in § 15 Abs. 2 WEG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken Lage und Beschaffenheit der Räume von Bedeutung (vgl. BayObLG WuM 1994, 222 f.; BayObLG FGPrax 1996, 57 f. m.w.N.). Hier ist weder nach der in der Teilungserklärung niedergelegten Zweckbestimmung noch nach Lage oder Beschaffenheit der Räume eine Nutzung von vornherein ausgeschlossen, die auch den Gebrauch sanitärer Einrichtungen erforderlich machen könnte. Da die Räume Nr. 82 von Wohnungen umgeben sind, handelt es sich nicht wegen ihrer Lage um typische Speicherräume; im übrigen waren die Zuleitungen nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Antragsgegners von Anfang an vorhanden.

(2) Die Räume Nr. 82 sind im Aufteilungsplan offenbar mit der Aufschrift „Trockenraum“ versehen. Daraus ergibt sich aber keine gegenüber der Zweckbestimmung der Teilungserklärung eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit dieser Räume. Denn der Bezeichnung im Aufteilungsplan kommt gegenüber der in der Teilungserklärung grundsätzlich kein Vorrang zu; sie führt nicht zu einer weiteren Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten (vgl. BGHZ 130, 159/166 [= MittBayNot 1995, 379]; BayObLG WuM 1985, 238 ff.; OLG Frankfurt OLGZ 1993, 299 ff.). Im übrigen handelt es sich bei einem „Trockenraum“ um eine typische Gemeinschaftseinrichtung; dies spricht zusätzlich dagegen, daß mit dieser Bezeichnung für die im Sondereigentum stehenden Räume eine Zweckbestimmung getroffen werden sollte.

8. BGB §§ 398, 399, 883; GBO § 22 (*Eintragungsfähigkeit des Abtretungsausschlusses für einen durch Vormerkung gesicherten künftigen Eigentumsverschaffungsanspruch*)

1. **Der Ausschluß der Abtretbarkeit des durch eine Vormerkung gesicherten künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs bei Ausübung eines Ankaufsrechts kann im Grundbuch eingetragen werden.**
2. **Wird der Eigentumsverschaffungsanspruch auf einen Dritten übertragen, kann dies im Weg der Grundbuchberichtigung im Grundbuch bei der Vormerkung vermerkt werden.**
3. **Ist im Grundbuch bei der Vormerkung ein Ausschluß der Abtretung nicht eingetragen, genügt zur Grundbuchberichtigung bei Abtretung des gesicherten Anspruchs die Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Vormerkungsberechtigten.**

BayObLG, Beschluß vom 3.9.1998, – ZZ BR 117/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Zu notariellen Urkunden vom Jahr 1982 räumte die Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 bezüglich ihres Grundstücks ein Ankaufsrecht ein, das die Beteiligte zu 2 berechnete, den Abschluß eines Kaufvertrags an bestimmten bezeichneten Tagen zu bestimmten Kaufpreisen und die Übereignung des Grundstücks zu verlangen. In den Urkunden bewilligte die Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des sich aus dem Ankaufsrecht ergebenden Übereignungsanspruchs. In der maßgebenden Urkunde vom 26.1.1982 heißt es am Schluß: „Weitere Abreden wurden nicht getroffen“.

Die Vormerkung wurde am 11.10.1983 in das Grundbuch eingetragen.

Zur notariellen Urkunde vom 23.12.1997 trat die Beteiligte zu 2 den Anspruch auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrags mit der Beteiligten zu 1 und den künftigen Übereignungsanspruch aufgrund des Ankaufsrechts an die Beteiligte zu 3 ab und bewilligte die Eintragung der Abtretung bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch im Weg der Grundbuchberichtigung.

Den Antrag auf Eintragung der Abtretung hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung beanstandet und die Zustimmung der Beteiligten zu 1 verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde dagegen hat das Landgericht zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Die zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragene Vormerkung sichert deren künftigen Eigentumsverschaffungsanspruch bei Ausübung des Ankaufsrechts (§ 883 Abs. 1 BGB). Wird dieser Anspruch wirksam auf einen Dritten übertragen, geht auch die den Anspruch sichernde Vormerkung außerhalb des Grundbuchs auf den Dritten über. Das Grundbuch, das als Berechtigten der Vormerkung weiterhin den ursprünglichen Berechtigten ausweist, ist unrichtig (BayObLGZ 1962, 322/325 [= MittBayNot 1963, 20]; 1971, 307/310; KEHE/Ertl Grundbuchrecht 4. Aufl. § 22 Rdnr. 47; Meikel/Böttcher Grundbuchrecht 7. Aufl. § 22 Rdnr. 31). Es kann dadurch berichtigt werden, daß der Übergang des Anspruchs, also die Abtretung (§ 398 BGB), bei der Auflassungsvormerkung vermerkt wird. Insoweit gilt grundsätzlich nichts anderes als bei einer Pfändung oder Verpfändung des gesicherten Anspruchs (vgl. dazu BayObLGZ 1976, 190 [= MittBayNot 1976, 130]; BayObLG Rpfleger 1985, 58; Demharter GBO 22. Aufl. § 26 Rdnr. 26 und Anhang zu § 26 Rdnr. 50). Die Eintragungsfähigkeit der Abtretung ergibt sich schon daraus, daß durch sie die Grundbuchunrichtigkeit beseitigt wird (vgl. Staudinger/Gursky BGB 12. Aufl. § 883 Rdnr. 218).

b) Die Grundbuchberichtigung setzt entweder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO voraus oder eine Berichtigungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der berichtigenden Eintragung betroffen wird (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO). Der Eintragungsantrag der Beteiligten zu 2 und 3 hat hier eine Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung zum Ziel. Erforderlich und ausreichend ist dazu eine Bewilligung der im Grundbuch als Berechnigte der Vormerkung eingetragenen Beteiligten zu 2, weil diese ihre Buchposition durch die Berichtigung verliert. Allerdings wäre eine Berichtigungsbewilligung der im Grundbuch als Vormerkungsberechnigte eingetragenen Beteiligten zu 2 keine ausreichende Eintragungsgrundlage, wenn die Abtretung des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs ausgeschlossen sein sollte; in diesem Fall würde der Beklagten zu 2 die Bewilligungsbefugnis fehlen.

Zu Recht weisen die Beteiligten zu 2 und 3 allerdings darauf hin, daß dabei allein auf die Abtretbarkeit des künftigen Übereignungsanspruchs abzustellen ist, weil nur dieser durch die Vormerkung gesichert ist. Ob das aus dem Ankaufsrecht fließende Recht, den Abschluß eines Kaufvertrags zu verlangen, abgetreten werden kann (vgl. §§ 399, 413 BGB), ist demgegenüber nicht von ausschlaggebender Bedeutung (siehe dazu Haegeler/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 1456).

c) Der Übereignungsanspruch kann dann nicht abgetreten werden, wenn sich durch die Abtretung der Inhalt der Leistung ändern würde oder die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist; dabei ist, ein vertraglicher Ausschluß auch nachträglich möglich (§ 399 BGB). Bei einem Anspruch auf Eigentumsverschaffung ist in der Regel eine Inhaltsänderung nicht anzunehmen, weil eine Änderung in der Person des Gläubigers eine solche nicht bewirkt (BayObLGZ 1971, 307/311 f.). Ein vertraglicher Ausschluß der Abtretbarkeit des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs wurde bei Einräumung des Ankaufsrechts nicht vereinbart. In der Urkunde ist ausdrücklich ausgeführt, daß weitere als in ihr enthaltene Abreden nicht getroffen wurden; einen Abtretungsausschluß enthält die Urkunde nicht. Denkbar ist allerdings ein nachträglicher Ausschluß der Abtretbarkeit in der Zeit zwischen Einräumung des Ankaufsrechts im Jahr 1982 und der Abtretung im Jahr 1997. Von einem solchen kann aber in dem vorliegenden Berichtigungsverfahren nicht ausgegangen werden. Nach allgemeiner Meinung kann ein Ausschluß der Abtretbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden (KG KGJ 40, 232 f.; KG HRR 1934, 557; Demharter Anhang zu § 13 Rdnr. 23). Die Eintragungsbedürftigkeit wird, insbesondere bei einer Hypothek, damit begründet, daß dadurch ein gutgläubiger Erwerb verhindert werden kann (vgl. KG HRR 1934, 557). Auch wenn ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung nicht in Betracht kommt, falls es an einer wirksamen Übertragung fehlt, weil sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht auf den Bestand des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erstreckt (BayObLG Rpfleger 1993, 58 [= MittBayNot 1992, 395]), ist die Eintragungsfähigkeit eines Abtretungsausschlusses auch bei der Vormerkung zu bejahen. Andernfalls würde nämlich eine Grundbuchberichtigung bei einer Abtretung auf unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen, weil sich der Unrichtigkeitsnachweis auch auf die negative Tatsache erstrecken müßte, daß ein Ausschluß nicht, auch nicht nachträglich, vereinbart wurde. Dieser Nachweis wäre auch bei einer Berichtigungsbewilligung erforderlich, weil bei einem solchen Ausschluß die Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Vormerkungsberechnigten nicht ausreichend wäre. Hier ist ein Abtretungsausschluß nicht im Grundbuch eingetragen, so daß von der Abtretbarkeit auszugehen ist. Aufgrund der Berichtigungsbewilligung der Beteiligten zu 2 ist daher das Grundbuch dadurch zu berichtigen, daß die Abtretung des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs an die Beteiligte zu 3 bei der Vormerkung im Grundbuch vermerkt wird.

9. BGB §§ 432, 880, 883; GBO §§ 19, 47 (*Rangrücktritt mit Auflassungsvormerkung, die einen einheitlichen, gemeinschaftlichen Anspruch sichert*)

Haben vier Beteiligte ein Grundstück zu Miteigentum zu je $\frac{1}{4}$ gekauft und ist zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs eine entsprechende Vormerkung im Grundbuch eingetragen, ist ein Rangrücktritt mit der Auflassungsvormerkung hinter eine Grundschild nur insgesamt und mit der Bewilligung aller Berechtigten möglich. Da der gesicherte Anspruch auf eine unteilbare Leistung gerichtet ist und diese nur an alle Berechtigten gemeinsam erfolgen kann, kommt der Rangrücktritt eines einzelnen Berechtigten mit einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung eines $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteils nicht in Betracht.

BayObLG, Beschluß vom 20.8.1998, 2Z BR 82/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin zweier Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 30.10.1997 verkaufte sie (Abschnitt 2 der Vertragsurkunde) ihren Grundbesitz an die Beteiligten zu 2a, b sowie 3a, b „zum Eigentum nach gleichen Anteilen (je $\frac{1}{4}$)“. Weiter bewilligte sie (Abschnitt 9) zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs die Eintragung einer Vormerkung, „für mehrere Erwerber in dem in Ziffer 2 angegebenen Gemeinschaftsverhältnis“. In Abschnitt 9 ist weiter bestimmt, daß Grundpfandrechte, die aufgrund einer von der Beteiligten zu 1 in der Urkunde erteilten Vollmacht eingetragen würden, der Auflassungsvormerkung im Rang voringen.

Die Vormerkungen wurden am 2.12.1997 „gemäß Bewilligung vom 30.10.1997“ für die vier Beteiligten zu 2 und 3 „zu je $\frac{1}{4}$ “ in das Grundbuch eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 25.11.1997 bestellten die Beteiligten zu 2 im eigenen Namen und aufgrund der von der Beteiligten zu 1 im Kaufvertrag erteilten Vollmacht in deren Namen für eine Sparkasse eine Grundschild in Höhe von 100.000 DM an den beiden verkauften Grundstücken. In derselben Urkunde traten sie „mit ihrer Auflassungsvormerkung“ im Rang hinter die Grundschild zurück und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rangänderung in das Grundbuch. Die Grundschild wurde, nachdem der Urkundsnotar gesonderten Vollzug beantragt hatte, am 5.12.1997 im Rang nach den Auflassungsvormerkungen eingetragen; bezüglich des auf die Rangänderung gerichteten Antrags beanstandete das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom selben Tage, daß die dafür erforderliche Bewilligung der Beteiligten zu 3 fehle.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt, der das Grundbuchamt (Rechtspfleger und Richter) nicht abgeholfen haben. Das Landgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 führte zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Entscheidungen der Vorinstanzen können keinen Bestand haben.

a) In jeder einen Eintragungsantrag beanstandenden Zwischenverfügung liegt das Versprechen, daß dem Antrag nach Beseitigung der dargelegten Hindernisse stattgegeben werde. Kann der Antrag bei richtiger Würdigung der Sach- und Rechtslage überhaupt nicht zu einer seinem Inhalt entsprechenden Eintragung führen, so wird die Zwischenverfügung diesem Versprechen nicht gerecht, da die beantragte Eintra-

gung auch nach Behebung des Hindernisses nicht vorgenommen werden kann. Der Erlaß einer Zwischenverfügung hat in diesem Fall zu unterbleiben (BayObLGZ 1988, 102/108; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 18 Rdnr. 29 m.w.N.).

b) Das Grundbuchamt verlangt mit Billigung des Beschwerdeggerichts zum Vollzug des Rangrücktritts der beiden Auflassungsvormerkungen die Bewilligung der Beteiligten zu 3. Von den Beteiligten zu 2 bewilligt und beantragt ist aber nicht, den Rangrücktritt der Auflassungsvormerkungen insgesamt hinter die Grundschild in das Grundbuch einzutragen; vielmehr beziehen sich Antrag und Bewilligung nur auf „ihre“ Auflassungsvormerkungen. Die Beteiligten zu 2 gehen davon aus, daß ihnen Ansprüche auf die Übertragung von Miteigentumsanteilen von jeweils $\frac{1}{4}$ an den gekauften Grundstücken und dementsprechende Vormerkungen zustehen. Dies ist aber nicht der Fall. Ihre Eintragungsanträge können somit auch mit der Bewilligung der Beteiligten zu 3 keinen Erfolg haben. Den Beteiligten zu 2 und 3 stehen die Ansprüche auf Übertragung der beiden Grundstücke und die zur Sicherung dieser Ansprüche bestellten, von diesen in jeder Hinsicht abhängigen Vormerkungen in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) zu; so sind die Vormerkungen auch im Grundbuch eingetragen. Die Ansprüche sind auf eine unteilbare Leistung, nämlich die Übereignung der Grundstücke als ganzes, gerichtet. Denn nach dem Inhalt des Vertrags wollte die Beteiligte zu 1 nicht Miteigentumsanteile an den Grundstücken, sondern das Eigentum insgesamt an die Beteiligten zu 2 und 3 übertragen; eine Rechtsgemeinschaft zwischen der Beteiligten zu 1 und einem Teil der Beteiligten zu 2 und 3 als mögliche Folge der Veräußerung von ideellen Anteilen an den Grundstücken hätte nicht dem Parteiwillen entsprochen. Betreffen Verkauf und Auflassung das Eigentum als ganzes, so entspricht dem auf der Seite der Erwerber, daß auch der gemeinschaftliche Anspruch auf die Übertragung des Eigentums als ganzes gerichtet ist. Keiner der Beteiligten zu 2 oder 3 kann von der Beteiligten zu 1 die Übertragung eines Miteigentumsanteils von $\frac{1}{4}$ an den Grundstücken verlangen (vgl. BGH NJW 1994, 1471 f.; BayObLGZ 1992, 131/136 [= MittBayNot 1992, 391]).

Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 und 2 steht damit keinem der Erwerber ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Miteigentumsanteil zu, der durch eine Auflassungsvormerkung gesichert wäre. Bei den für die Beteiligten zu 2 und 3 eingetragenen Auflassungsvormerkungen handelt es sich vielmehr wie bei den durch sie gesicherten Ansprüchen um einheitliche, unteilbare Rechte; jeder Gläubiger kann gemäß § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB Leistung an alle Gläubiger gemeinschaftlich fordern, nicht aber Leistung eines seinem Anteil entsprechenden Teils der geschuldeten Leistung an sich allein. Dementsprechend steht auch keinem der Beteiligten zu 2 und 3 als Gläubiger eine den Anspruch auf Teilleistung sichernde Auflassungsvormerkung zu; bei den für diese Beteiligten eingetragenen Auflassungsvormerkungen handelt es sich wie bei den durch sie gesicherten Ansprüchen vielmehr um einheitliche, unteilbare Rechte.

c) Die von den Beteiligten zu 1 und 2 angeführte Regelung des § 747 Abs. 1 BGB steht nicht im Widerspruch zu diesen Feststellungen. § 432 BGB ist für das Außenverhältnis gegenüber dem Schuldner und damit auch für die rechtliche Beurteilung einer Vormerkung maßgebend, § 747 Satz 1 wie alle Bestimmungen der §§ 741 ff. BGB für das Innenverhältnis zwischen den Teilhabern (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 57. Aufl. § 432 Rdnr. 2). Die Übertragung oder Verpfändung des

Anteils an der gemeinschaftlichen Forderung durch einen Teilhaber an einem Dritten – diese Verfügungen könnten durch eine Vereinbarung gemäß § 399 BGB ausgeschlossen sein – führen dazu, daß der Dritte anstelle des Teilhabers ganz oder teilweise in die Gemeinschaft eintritt; an der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des gemeinschaftlichen Anspruchs ändern sie nichts. Die Pfändung eines dem Anteil des Schuldners entsprechenden Teils der Forderung, hier also eines Anspruchs auf Übertragung eines Miteigentumsanteils von $\frac{1}{4}$, ist nicht möglich; gepfändet werden kann, wenn sich der Vollstreckungstitel nur gegen einen der Teilhaber richtet, vielmehr die Mitberechtigung des Schuldners an der gemeinschaftlichen Forderung (vgl. *Stöber* Forderungspfändung 11. Aufl. Rdnr. 62, 1549).

d) Die Anträge können auch dann keinen Erfolg haben, wenn man sie so auslegt, daß die Beteiligten zu 2 mit ihren Anteilen an den Auflassungsvormerkungen im Rang zurücktreten wollen. Zu Recht gehen die Vorinstanzen davon aus, daß ein Rangrücktritt der Auflassungsvormerkungen nur hinsichtlich der Anteile, die daran den Beteiligten zu 2 zustehen, nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Da es sich bei den für die Beteiligten zu 2 und 3 eingetragenen Auflassungsvormerkungen um einheitliche Rechte handelt und ein Rangrücktritt eine Verfügung über das ganze Recht beinhaltet, können sie nur einheitlich und insgesamt im Rang hinter andere Rechte zurücktreten; dazu ist die Bewilligung aller Berechtigten, hier der Beteiligten zu 2 und 3, erforderlich (vgl. OLG Darmstadt JW 1934, 2485 f.; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365 mit zustimmender Anmerkung von *Haegele*; *Palandt/Bassenge* Rdnr. 2, BGB-RGRK/Augustin 12. Aufl. Rdnr. 20, MünchKomm/Wacke BGB 3. Aufl. Rdnr. 7, *Staudinger/Kutter* BGB 13. Aufl. Rdnr. 13, jeweils zu § 880; *Meikel/Böttcher* GBR 8. Aufl. § 45 Rdnr. 111; *Ulbrich* MittRhNotK 1995, 289/291). Andernfalls würden sich für die einheitlichen Ansprüche auf Übertragung des Eigentums in Zusammenhang mit der Geltendmachung der Rechte der Vormerkungsberechtigten (§ 888 Abs. 1 BGB) und im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück aus der Grundschuld (vgl. dazu *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 26 und 27) große rechtliche Schwierigkeiten und Verwirrungen ergeben.

e) Die Beteiligten zu 2 und 3 haben in der notariellen Kaufvertragsurkunde erklärt, daß Grundpfandrechte, deren Eintragung gleichzeitig mit der der Auflassungsvormerkungen beantragt wird und die aufgrund der von der Beteiligten zu 1 erteilten Vollmacht bestellt werden, der Auflassungsvormerkung gleichfalls im Rang vorgehen. Es kann auf sich beruhen, ob diese Erklärung der Beteiligten zu 3 als Zustimmung zur vorrangigen Belastung der Grundstücke mit der Grundschuld auszulegen wäre und die Auflassungsvormerkungen schon deshalb, auch ohne Rangrücktritt, der eingetragenen Grundschuld gegenüber keine Wirkung entfalten können; auf sich beruhen kann auch, ob deshalb bei der Grundschuld und den Vormerkungen ein Wirksamkeitsvermerk eingetragen werden könnte und ob eine solche Eintragung überhaupt zulässig ist (vgl. OLG Köln DNotZ 1998, 311; *Gursky* DNotZ 1998, 273 ff.; *Frank* MittBayNot 1996, 271). Denn eine solche Eintragung ist nicht beantragt.

10. WEG §§ 8, 10 Abs. 1; GBO §§ 18, 53 Abs. 1 Satz 1, (*Keine Zustimmung und Bewilligung des Vormerkungsberechtigten zur Begründung von Wohnungseigentum, wenn die Anlegung der Wohnungsgrundbücher und die Eintragung der Auflassungsvormerkung am gleichen Tag erfolgen*)

1. Wird am selben Tag, an dem die Wohnungsgrundbücher angelegt werden, zugunsten des Käufers eines Wohnungseigentums eine Auflassungsvormerkung in ein Wohnungsgrundbuch eingetragen, so ist die Zustimmung und Bewilligung des Vormerkungsberechtigten zur Begründung des Wohnungseigentums auch insoweit nicht erforderlich, als vom Gesetz abweichende Bestimmungen über das Gemeinschaftsverhältnis zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden.

2. Durch einen Verstoß gegen § 18 Abs. 2 GBO wird das Grundbuch nicht unrichtig.

BayObLG, Beschluß vom 29.10.1998 – 2Z BR 148/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Eigentümer eines Grundstücks teilte zu notarieller Urkunde vom 20.10.1994 ein ihm gehörendes Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum auf. Die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher wurden am 8.11.1994 angelegt. Als Inhalt des Sondereigentums wurde unter anderem eingetragen, daß dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 eine bestimmte Grundstücksfläche zur Sondernutzung zugewiesen wird.

Die Beteiligten zu 1 erwarben mit Kaufvertrag vom 3.5.1994/17.10.1994 die Wohnung Nr. 4, der Beteiligte zu 2 mit Kaufvertrag vom 13.7.1994/17.10.1994 die Wohnung Nr. 6. In der jeweiligen Anlage zu den Kaufverträgen ist die in der Gemeinschaftsordnung der Wohnung Nr. 1 zur Sondernutzung zugewiesene Grundstücksfläche als Gemeinschaftsfläche ausgewiesen. Am 8.11.1994 wurden die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher angelegt und dort die in den Kaufverträgen bewilligten Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 eingetragen. Die Beteiligten zu 1 wurden am 5.3.1996, der Beteiligte zu 2 wurde am 20.8.1996 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Zugunsten der Käufer der Wohnung Nr. 1 wurde am 19.2.1996 eine Auflassungsvormerkung gebucht.

Die Beteiligten haben sich gegen die Eintragung der Teilung des Grundstücks und gegen die Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Käufer der Wohnung Nr. 1 gewandt und haben die Eintragung eines Amtswiderspruchs angeregt. Zur Begründung haben sie ausgeführt, der Eigentümer des Grundstücks habe ohne entsprechende Vollmacht und ohne ihre Zustimmung die Teilungserklärung so abgefaßt, daß dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 eine bestimmte Grundstücksfläche zur Sondernutzung zugewiesen werde. Dies widerspreche den zwischen dem Eigentümer und ihnen zuvor abgeschlossenen Kaufverträgen, in denen diese Fläche als Gemeinschaftsfläche ohne Sondernutzungsrecht ausgewiesen sei. Das Grundbuchamt hat die Anregung abgelehnt. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

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

Zutreffend führt das Landgericht aus, daß die Voraussetzungen für die Eintragung von Amtswidersprüchen nicht gegeben sind.

Ein Amtswiderspruch ist nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Grundbucheintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dies ist hier nicht der Fall.

a) Ein Amtswiderspruch ist nicht einzutragen, soweit als Inhalt des Sondereigentums gebucht ist, daß dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 eine bestimmte Grundstücksfläche zur Sondernutzung zugewiesen ist.

(1) Eintragungsvoraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum sind ein Eintragungsantrag nach § 13 Abs. 1 GBO, die Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG des voreingetragenen Eigentümers (§ 39 Abs. 1 GBO) als Eintragungsbewilligung sowie die in § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG bezeichneten Anlagen, nämlich ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung (BayObLGZ 1989, 447/449 [= MittBayNot 1990, 109]). Diese Voraussetzungen waren hier erfüllt.

(2) Für die Begründung von Wohnungseigentum mit den Sondernutzungsrechten bedurfte es nicht der Zustimmung und der Bewilligung der Beteiligten. Der teilende Eigentümer (§ 8 WEG) verliert zwar seine alleinige Normsetzungsbefugnis, sobald die Wohnungsgrundbücher angelegt sind und mindestens für einen Erwerber von Wohnungseigentum eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist. Nach diesem Zeitpunkt bedarf der Eigentümer des Grundstücks zur Abänderung einer in der Teilungserklärung enthaltenen Bestimmung über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander der Zustimmung des im Wohnungsgrundbuch vorgemerkten Auflassungsempfängers (BayObLGZ 1974, 217/219; 1993, 259/261; 1998 Nr. 61; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2962).

Dies gilt aber nicht, wenn zugleich mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher eine Auflassungsvormerkung eingetragen wird, für die Bestimmungen, die der teilende Grundstückseigentümer erstmals gemäß § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums gemacht hat. Denn die Vormerkung kann mit dinglicher Wirkung den Anspruch auf Übertragung des Wohnungseigentums nur mit dem Inhalt sichern, den dieses bei seiner Begründung erhalten hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß auch dann, wenn die Anlegung der Wohnungsgrundbücher und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung auf den selben Tag fallen, die Vormerkung erst gebucht werden kann, wenn das Wohnungsgrundbuch angelegt ist. Dies bedeutet, daß in einem solchen Fall für die Begründung des Wohnungseigentums die Zustimmung und Bewilligung des Vormerkungsberechtigten nicht erforderlich ist.

(3) Das Grundbuchamt darf zwar nicht dabei mitwirken, daß das Grundbuch durch eine Eintragung unrichtig wird; so hat das Grundbuchamt bei der Eintragung einer Gemeinschaftsordnung zu prüfen, ob sie gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt (BayObLGZ 1997, 139 ff.). Ein solcher Verstoß liegt hier aber nicht vor. Was als Inhalt des Sondereigentums in den Wohnungsgrundbüchern eingetragen wird (hier u.a. das Sondernutzungsrecht zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1), ist oder wird nicht deshalb unrichtig, weil es sich nicht mit den Verpflichtungen, die der teilende Eigentümer in einem Kaufvertrag eingegangen ist, verträgt. Daraus können sich nur schuldrechtliche Ansprüche des Käufers ergeben.

b) Zu Recht haben die Vorinstanzen davon abgesehen, einen Amtswiderspruch bei der Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber der Wohnung Nr. 1 einzutragen.

Bei der Eintragung einer Auflassungsvormerkung hat das Grundbuchamt das Bestehen des zu sichernden Anspruchs nicht zu prüfen (*Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 44 Rdnr. 88). Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, weshalb der

im Kaufvertrag mit den Erwerbern der Wohnung Nr. 1 begründete Anspruch auf Verschaffung dieser Wohnung samt Sondernutzungsfläche nicht bestehen soll.

c) Die Beteiligten sind der Auffassung, Amtswidersprüche müßten eingetragen werden, weil die von ihnen beanstandeten Eintragungen unter Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift, nämlich des § 18 Abs. 2 GBO, vorgenommen worden seien. Dies trifft schon im Ausgangspunkt nicht zu, da die Eintragung der Teilungserklärung früher beantragt wurde als die der Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beteiligten. Im übrigen ist nach § 18 Abs. 2 GBO eine Vormerkung oder ein Widerspruch von Amts wegen einzutragen, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, das nicht zur sofortigen Zurückweisung des Antrags berechtigt, und eine später beantragte Eintragung, durch die dasselbe Recht betroffen wird, vorgenommen werden kann; ob hinsichtlich des früher gestellten Antrags bereits eine Zwischenverfügung erlassen wurde, ist unerheblich (*Demharter* § 18 Rdnr. 39). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Denn der Eintragung der Teilung des Grundstücks stand, wie oben ausgeführt, ein Hindernis nicht entgegen. Abgesehen davon wird durch die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gemäß § 18 Abs. 2 GBO nur der Vorrang des früher gestellten Antrags vor der später beantragten Eintragung gesichert. Darum geht es den Beteiligten hier aber nicht. Im übrigen würde ein Verstoß gegen § 18 GBO nicht zur Grundbuchunrichtigkeit führen (*Demharter* § 18 Rdnr. 45 i.V.m. § 17 Rdnr. 17).

11. GBO §§ 19, 23, 29; BGB § 140, § 1105 (*Keine Umdeutung einer unzulässigen Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht*)

Bei einer Reallast, die die Kosten der Beerdigung und der Grabpflege zum Gegenstand hat, kann eine unzulässige Löschungserleichterung grundsätzlich nicht in eine Bevollmächtigung des Berechtigten zur Löschung umgedeutet werden.

BayObLG, Beschluß vom 8.10.1998 – 2Z BR 133/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin von Grundstücken in F., die Beteiligte zu 2 (ihre Schwester) als Miteigentümerin eines Grundstücks in M. eingetragen. An den Grundstücken wie an weiteren, in anderen Amtsgerichtsbezirken gelegenen Grundstücken der beiden Beteiligten und ihrer Schwester L. ist bzw. war jeweils eine Reallast – Recht auf Pflege, Hilfe, Beheizung, Beleuchtung, Verpflegung, Bestattung, Grabstein, Grabpflege – als Gesamtrecht für Vater und Mutter der Beteiligten eingetragen mit dem Hinweis, daß die Reallast „bei Todesnachweis löscherbar“ sei. Nach der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung gehören zum Inhalt der Reallasten auch die Aufwendungen für die standesgemäße Bestattung der Berechtigten, die üblichen Trauerfeierlichkeiten, einen würdigen Grabstein sowie die Pflege und Erhaltung des Grabs für mindestens 30 Jahre.

Die Beteiligten haben am 1.10.1997 beantragt, die Reallasten zu löschen; sie haben unbeglaubigte Fotokopien von Sterbeurkunden für ihre Eltern (verstorben am 12.12.1996 und 7.3.1997) sowie von Erbscheinsausfertigungen vorgelegt, nach denen sie und L. Erben bzw. Erbeserben der verstorbenen Eltern zu jeweils $\frac{1}{3}$ sind.

Das Grundbuchamt hat die Löschanträge mit Zwischenverfügung beanstandet. Die Sterbeurkunden müßten in beglaubigter Abschrift, der Erbschein bezüglich der am 7.3.1997 verstorbenen Mutter in Ausfertigung vorgelegt werden. Vor Ablauf der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 GBO könnten die Reallasten auch nur mit Bewilligung der Erben gelöscht werden, die in notariell beglaubigter Form vorzulegen seien.

Das Grundbuchamt hat die Anträge mit Beschluß vom 27.4.1998 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat L. ein Rechtsmittel eingelegt und beantragt, den Beschluß aufzuheben. Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichterin haben dem Rechtsmittel nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Erstbeschwerde der Beteiligten ist nicht begründet; das Grundbuchamt hat deren Löschanträge im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

a) (...)

b) Nach der Rechtsprechung des Senats (BayObLGZ 1997, 121 ff. [= MittBayNot 1997, 225]) kann die Bewilligung einer Löschungserleichterungsklausel, die sich nicht auf die zu Lebzeiten des Berechtigten zu erbringenden Leistungen einer Reallast bezieht und deshalb insoweit unwirksam ist, nicht in eine Vollmacht des Berechtigten über den Tod hinaus, auch diesen Teil der Reallast löschen zu lassen, umgedeutet werden.

Die vor allem aus dem Blickwinkel der Praxis beachtlichen Einwände, die *Frank* (MittBayNot 1997, 217 f.) und *Amann* (DNotZ 1998, 6 ff. – vor allem S. 7, 8 –) gegen den zuletzt zitierten Beschluß vorgebracht haben, geben jedenfalls im vorliegenden Fall dem Senat keinen Anlaß, von seiner Rechtsprechung abzugehen. Der von *Frank* und *Amann* vorgeschlagene Weg soll in den sogenannten „Altfällen“ dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Schwierigkeiten und Kosten ersparen, die mit der Ermittlung der Erben und insbesondere mit der Beschaffung ihrer Löschungsbewilligungen verbunden sein können. In manchen Fällen werden die Erben auch zur Bewilligung der Löschung nicht oder nur gegen eine „Abfindung“ bereit sein (vgl. *Amann* a.a.O. S. 8). Hier stellen sich diese Schwierigkeiten nicht, da die Erbfolge offenbar feststeht und die Erben, die zugleich Eigentümer der verschiedenen belasteten Grundstücke und Miteigentumsanteile sind, selbst ein Interesse an der Löschung der Reallasten haben und sie ohne weiteres bewilligen werden. Die Kosten für die Löschungsbewilligungen der Eigentümer fallen, da § 23 GBO für diesen Teil der Reallast nicht einschlägig ist, in jedem Fall an.

Gegen die Meinung von *Frank* und *Amann* sprechen aus der Sicht des Senats, für den neben praxisbezogenen auch dogmatische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, auch grundsätzliche Bedenken: Wie die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes Rechtsgeschäft nach § 140 BGB setzt die Umdeutung einer unzulässigen und unwirksamen Grundbucheintragung in eine Bevollmächtigung durch den Berechtigten über den Tod hinaus in entsprechender Anwendung des § 140 BGB voraus, daß die Bevollmächtigung bei Kenntnis der Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit gewollt sein würde. Es liegt ein Widerspruch darin, daß es dem Willen des Berechtigten entsprechen soll, dem Eigentümer eine Vollmacht zu erteilen, die zur Aufhebung und Löschung eines Teils der Reallast in dem Augenblick ermächtigt, in dem dieser Teil des Rechts erst zum Tragen kommt und für den Rechtsnachfolger

des Berechtigten Bedeutung erlangen kann. Das gilt unbeschadet dessen, daß von der Vollmacht nicht der Berechtigte selbst, sondern nur dessen Erben betroffen sind. Es läge näher, die Erklärungen der Beteiligten bei Bestellung der Reallast dahin auszulegen, daß die erst nach dem Tode des Berechtigten fälligen Leistungen von vornherein nicht durch die Reallast gesichert sein sollten. Eine solche Auslegung dürfte jedoch in der Regel an dem eindeutigen Wortlaut der Erklärungen scheitern.

c) Das Grundbuchamt hat die Löschanträge der Beteiligten im Ergebnis somit zu Recht zurückgewiesen, da die Voraussetzungen für eine Löschung nicht gegeben sind. Erforderlich sind neben dem Nachweis der Rechtsnachfolge (durch Ausfertigungen der Erbscheine, beglaubigte Abschriften genügen nicht – vgl. BayObLGZ 1994, 158/160 [= MittBayNot 1994, 435]; *Demharter* § 35 Rdnr. 23) gemäß §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO notariell beglaubigte Löschungsbewilligungen aller Erben (Erbeserben; Sterbeurkunden brauchen neben den Erbscheinen nicht vorgelegt zu werden). Zurückweisung der Anträge und nicht Erlaß einer Zwischenverfügung war nach § 18 Abs. 1 GBO geboten, da die fehlende Bewilligung der unmittelbar Betroffenen nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht werden darf (vgl. BayObLGZ 1988, 229 ff. [= MittBayNot 1988, 232]; BayObLG MittBayNot 1990, 307; 1995, 42; OLG Zweibrücken OLGZ 1991, 153 f.).

d) Daß zwei Grundbuchämter die Reallasten an den in ihren Bezirken gelegenen Grundstücken gelöscht haben, ändert nichts an der Rechtslage.

Anmerkung:

Mit dem vorstehenden Beschluß führt das BayObLG seine Rechtsprechung fort, wonach eine Reallast, die Sterbefalls- und/oder Grabpflegekosten umfaßt, nicht auf Grund einer ihr beigefügten Löschungserleichterung gelöscht werden kann¹. Die Löschungserleichterung ist unwirksam, weil solche Real-lastleistungen erst nach dem Tod des Berechtigten fällig werden, also nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind wie § 23 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GBO dies verlangt.

Das BayObLG folgt auch nicht dem Vorschlag, die unwirksame Löschungserleichterung in eine Lösungsvollmacht umzuwandeln, den erstmals *Wufka* in dieser Zeitschrift gemacht hat². In einem früher entschiedenen Fall hat das BayObLG das Umdeutungshindernis darin erblickt, daß es an einer umdeutungsfähigen Erklärung des Berechtigten fehle³. Die Löschungserleichterung, die zusammen mit dem von ihr betroffenen Recht eingetragen werde, beruhe nämlich nicht auf einer Bewilligung des Berechtigten, sondern auf einer Bewilligung des Eigentümers⁴. Umdeutung in eine Lösungsvollmacht des Berechtigten setze aber die Existenz einer entsprechenden Erklärung des Berechtigten voraus. Zu Recht hat das BayObLG im jetzt entschiedenen Fall diesen Gedankengang nicht wiederaufgenommen. Der Berechtigte hat nämlich bei der Bestellung des mit einer Löschungserleichterung versehenen Rechts fast immer mitgewirkt. Entweder hat er die entsprechende Eintragungsbewilligung mitabgegeben oder er hat

¹ Beschluß v. 18.3.1997 – 2 Z BR 129/96 – DNotZ 1998, 96 = MittBayNot 1997, 225.

² MittBayNot 1996, 156, 161 ff.

³ Fußn. 1.

⁴ Vgl. BGH DNotZ 1976, 490; *Demharter*, GBO, 22. Aufl. 1997, § 23 GBO Rdnr. 24.

jedenfalls durch seine sonstigen vertraglichen Erklärungen sein Einverständnis mit einer erleichterten Löscharbeit seines Rechts zum Ausdruck gebracht⁵.

Das entscheidende Umdeutungshindernis erblickt das BayObLG bei einer Reallast für Sterbefalls- und/oder Grabpflegekosten darin, daß die Umdeutung dem Eigentümer die Möglichkeit eröffnete, die Reallast zu dem Zeitpunkt, zu dem sie erstmals wirken soll, bereits wieder löschen zu lassen. Dies hält das Gericht für unvereinbar mit dem in der Urkunde erklärten Willen der Beteiligten, für die Sterbefalls- und Grabpflegekosten eine dingliche Sicherheit zu schaffen.

Der Gedanke, die Umdeutung der Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht laufe auf den Wegfall einer dinglichen Sicherheit für die postmortal fälligen Leistungen hinaus, erscheint zunächst überzeugend. Diese Überzeugung schwindet jedoch, sobald man sich die Wirkungen einer Löschung kraft Löschungserleichterung oder kraft Löschungsvollmacht vergegenwärtigt: Eine solche Löschung hebt die Reallast materiellrechtlich nicht auf, sondern führt lediglich dazu, daß sie nicht mehr im Grundbuch eingetragen ist⁶. Dementsprechend sind die Erben nicht gehindert, trotz der Löschung Ansprüche aus der Reallast gegen den Eigentümer geltend zu machen und ihre Rechte durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung gemäß § 938 Abs. 1 ZPO oder eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB zu wahren⁷. Die kraft Löschungserleichterung oder Löschungsvollmacht gelöschte Reallast besteht materiellrechtlich fort. Der Untergang oder ein Rangverlust droht ihr lediglich dann und erst dann, wenn auf die Löschung ein gutgläubiger Eigentumserwerb oder ein gutgläubiger Erwerb des Vorrangs folgt.

Die Umdeutung der unwirksamen Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht verfälscht also nicht den Willen des verstorbenen Berechtigten. Dieser hat sich in der Tat nicht mit einem Wegfall der dinglichen Sicherheit einverstanden erklärt. Sehr wohl hat er aber in Kauf genommen, daß seine Erben infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten einen Rechtsverlust erleiden. Nur dieses und kein weitergehendes Risiko büdet die Löschungsvollmacht genau wie die unwirksame Löschungserleichterung den Erben des Berechtigten auf, nicht den automatischen Verlust der dinglichen Sicherheit.

Für die Zukunft noch größere Bedeutung wird die Frage der Umdeutbarkeit bei den zahllosen Rückkauflassungsvormerkungen gewinnen, denen Löschungserleichterungen beigelegt sind, welchen die Rechtsprechung später Unwirksamkeit bescheinigt hat⁸. Auch hier geht es darum, ob die unwirksame Löschungserleichterung umdeutbar ist in eine dem jeweiligen Eigentümer erteilte Vollmacht, nach dem Tod des Vormerkungsberechtigten die Löschung der Rückkauflassungsvormerkung gemäß § 19 GBO zu bewilligen, ohne diese dadurch materiellrechtlich aufzuheben⁹. Bei derartigen Rückkauflassungsvormerkungen lassen sich Bedenken gegen die Umdeutung noch weniger rechtfertigen: Während Sterbefalls- und Grabpflegereallasten Ansprüche überhaupt erst nach dem Tod des Berechtigten, also nur *postmortal*, begründen, kann der vorgemerkte Rücküberweisungsanspruch lediglich zu Leb-

zeiten des Berechtigten, also nur *prä mortal*, entstehen. Der Berechtigte hat es normalerweise in der Hand, den Rücküberweisungsanspruch zu seinen Lebzeiten durchzusetzen. Hinzu kommt, daß sich in der Rechtswirklichkeit so gut wie nie ein Vertragspartner für eine den Rücküberweisungsanspruch auslösende Verfügung findet. Die eingetragene Rückkauflassungsvormerkung hindert nämlich bereits durch ihre Existenz *faktisch* alle Verfügungen, die den vorgemerkten Rücküberweisungsanspruch auslösen. Der zu Lebzeiten entstandene, beim Tod des Berechtigten noch nicht durchgesetzte Rücküberweisungsanspruch wird demzufolge eine ganz seltene Ausnahmeerscheinung bleiben. Hierfür einen Schutz der Erben gegen gutgläubigen Erwerb aufzubauen, den die Löschungserleichterung diesen nie geboten hätte, wäre keine Verwirklichung, sondern eine Verfälschung des Willens des Berechtigten.

Wie wir gesehen haben, gewährt man durch die Ablehnung der Umdeutung den Erben des Berechtigten einen Schutz gegen Rechtsverlust durch gutgläubig lastenfreien Erwerb, auf welchen der Berechtigte selbst verzichtet hat. Bereits bei Reallasten für Sterbefalls- und/oder Grabpflegekosten handelt es sich hierbei um ein unverdientes Privileg der Erben. Dieses Privileg sollte unter keinen Umständen auf Rückkauflassungsvormerkungen ausgedehnt werden, weil die Wirkungen solcher Ausdehnung noch belastender¹⁰, die Unvereinbarkeit mit dem Willen des Berechtigten noch deutlicher ist.

Das BayObLG hat die enormen Zusatzbelastungen der Nachlassgerichte und Notare durchaus gesehen, die drohen, wenn man die Umdeutung ablehnt. Nachdem diese für die Erben des Berechtigten nicht zum Verlust der dinglichen Sicherheit führt, sondern nur ein Risiko begründet, das der verstorbene Berechtigte für seine Erben bereits in Kauf genommen hat, nämlich das Risiko gutgläubigen lastenfreien Erwerbs, sollte wertvolle Arbeitskraft von Gerichten und Notaren nicht weiterhin gebunden werden für einen Schutz der Erben, den der Erblasser diesen nicht eingeräumt hat.

Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden

¹⁰ Amann DNotZ 1998, 8, 11.

12. BGB §§ 874, 1090 (*Inhaltliche Bestimmtheit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit*)

Einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die ein Mitbenutzungsrecht an einem (gesamten) näher bezeichneten Grundstück zum Gegenstand hat, kann die zur Eintragung im Grundbuch erforderliche Bestimmtheit nicht abgesprochen werden.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 12.9.1997 – 3 W 176/97 –

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind Eheleute und hälftige Miteigentümer eines Grundstücks.

Zu notarieller Urkunde vom 16.12.1995 übertrug die Beteiligte zu 1) ihren Halfteanteil an dem Grundstück als ehebedingte Zuwendung an ihren Ehemann, den Beteiligten zu 2). Dieser räumte der Beteiligte zu 1) als Gegenleistung ein lebenslanges Mitbenutzungsrecht an dem gesamten Hausgrundstück ein, zu dessen Absicherung er zu Gunsten der Beteiligten zu 1) die Eintragung einer entsprechenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bewilligte.

⁵ Frank MittBayNot 1997, 217, 218; Amann DNotZ 1998, 6, 15 ff.

⁶ BGH DNotZ 1976, 490; Demharter a.a.O. (Fußn. 4).

⁷ Vgl. Lülsdorf DNotZ 1996, 457; Amann DNotZ 1998, 6.

⁸ BGH DNotZ 1996, 453 mit Anm. Lülsdorf; BayObLG MittBayNot 1994, 539.

⁹ Zum näheren Inhalt der Löschungsvollmacht Wufka MittBayNot 1996, 156, 161 f.; Lülsdorf DNotZ 1996, 458.

Am 29./30.1.1996 beantragten die Beteiligten die Umschreibung des Eigentums und die Eintragung des Mitbenutzungsrechts nach Maßgabe der notariellen Urkunde vom 16.12.1995.

Mit Zwischenverfügung beanstandete die Rechtspflegerin des Grundbuchamts den Antrag auf Eintragung des Mitbenutzungsrechts und forderte die Beteiligten zu 1) und 2) auf, eine öffentlich beglaubigte Nachtragsbewilligung vorzulegen, in der festzulegen sei, inwieweit die Grundstücksnutzung in einzelnen Beziehungen gestattet sein solle.

Die dagegen gerichtete Erinnerung und Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2) sind erfolglos geblieben. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die mit der Erstbeschwerde angefochtene Zwischenverfügung kann schon aus formellen Gründen keinen Bestand behalten. Wie der Senat mit Beschluß vom 22.4.1997 (3 W 65/97 = OLGR 1997, 139) entschieden hat, ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung aufzugeben, das einzutragende dingliche Recht durch Rechtsgeschäft abzuändern oder durch ein anderes Recht zu ersetzen. Gerade dies geschieht aber dann, wenn im Falle der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der Antragsteller aufgefordert wird, eine Nachtragsurkunde zur näheren Bezeichnung der Art der gestatteten Nutzung vorzulegen (Senat a.a.O. m.w.N.). Die Zwischenverfügung und der angefochtene Beschluß des Landgerichts sind bereits aus diesem Grunde aufzuheben.

Darüber hinaus wäre die von den Vorinstanzen erhobene Beanstandung aber auch in der Sache nicht gerechtfertigt. Einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die ein Mitbenutzungsrecht an einem (gesamten) näher bezeichneten Grundstück zum Gegenstand hat, kann die zur Eintragung erforderliche Bestimmtheit nicht abgesprochen werden.

Bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Der wesentliche Inhalt des Rechts, d.h. seine allgemeine Rechtsnatur und die besondere Art des Rechts sind dabei im Eintragungsvermerk schlagwortartig zu bezeichnen. Im Falle der Eintragung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, mit der ein Recht zur Benutzung eines Grundstücks eingeräumt werden soll, kann die Eintragung nicht auf die allgemeine Bezeichnung beschränkt werden, das Grundstück „zu nutzen“. Vielmehr muß das Recht in der Eintragung beispielsweise als Wege-recht, Wasserentnahmerecht oder Wohnrecht näher gekennzeichnet werden (BGHZ 35, 378, 382; BayObLG Rechtspfleger 1995, 13 [= MittBayNot 1994, 431]; Senatsbeschluß vom 22.4.1997 a.a.O., jeweils m.w.N.). Dies gilt aber nur deshalb, weil andernfalls die Möglichkeit verbliebe, daß das Recht die *alleinige* Nutzung des Grundstücks oder eines Grundstücksteils durch den Berechtigten zum Gegenstand haben soll. In diesem Falle ließe sich ohne einschränkende Konkretisierung des Benutzungszwecks nicht ausschließen, daß die Dienstbarkeit die Benutzungsmöglichkeit des Grundstücks oder Grundstücksteils völlig ausschöpft und damit in Wahrheit einen Nießbrauch zum Gegenstand hat (vgl. Senat in Rechtspfleger 1982, 98; BayObLG Rechtspfleger 1990, 111 [= MittBayNot 1990, 41]; KG Rechtspfleger 1991, 411; *Staudinger/Ring*, BGB 13. Aufl. § 1018 Rdnr. 44, jeweils m.w.N.). So liegen – worauf die Beschwerdeführer mit Recht hinweisen – die Dinge im hier zu entscheidenden Fall indes nicht. Die bewilligte Grundstücksbelastung beschränkt sich von vornherein auf die bloße *Mitbenutzung* des Grundstücks und hat deshalb

keinen Ausschluß des Eigentümers zur Folge. Der Sache nach bezieht sie sich auf ein Teilrecht am gesamten Grundstück und stellt sich rechtlich ebenso wie die Beschränkung auf eine bestimmte Nutzungsart als Benutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“ i.S.v. §§ 1090, 1018 BGB dar. Dann muß aber die Bezeichnung als Mitbenutzungsrecht dem Erfordernis nach schlagwortartiger Konkretisierung des Inhalts der Dienstbarkeit genügen (OLG Frankfurt Rechtspfleger 1985, 393 = OLGA 1985, 399; BayObLG Rechtspfleger 1981, 353 [= MittBayNot 1981, 186]; *Staudinger/Ring* a.a.O.; *Palandt/Bassenge* § 1018 Rdnr. 15; *Kuntze/Ertl/Herrmann Eickmann*, Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. O 52; *Demharter*, GBO 22. Aufl. Anh. zu § 44 Rdnr. 16; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 1130). Auch im übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Bestimmtheit der Eintragung. Da sich das Mitbenutzungsrecht auf alle denkbaren Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks erstreckt, ist dem Bestimmtheitserfordernis schon allein mit der Grundstücksbezeichnung Rechnung getragen (OLG Frankfurt a.a.O.).

An einer eigenen Entscheidung über die Eintragungsanträge der Beteiligten ist der Senat gehindert. Gegenstand des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens in beiden Instanzen ist allein das in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis, nicht aber der Eintragungsantrag selbst (vgl. BayObLGZ 1977, 81, 83 [= MittBayNot 1977, 120]; BayObLG NJW-RR 1987, 1204; Senat Rechtspfleger 1985, 284, 285 und OLGA 1991, 153; *Demharter* a.a.O. § 77 Rdnr. 15, jeweils m.w.N.). Der Senat hat sich deshalb darauf zu beschränken, die Entscheidungen des Amts- und Landgerichts einschließlich der Zwischenverfügung aufzuheben und das Verfahren an das Grundbuchamt zurückzuverweisen. Dieses ist gehalten, von seinen in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken nach Maßgabe der vorliegenden Senatsentscheidung Abstand zu nehmen und über die Eintragungsanträge der Beteiligten erneut zu entscheiden.

13. BGB § 1010; GBO § 3 Abs. 6 („Miteigentümerregelung“ nach § 1010 BGB durch Alleineigentümer)

Liegen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 6 GBO vor, so kann auch an einem Grundstück, das sich im Alleineigentum einer Person befindet, eine „Miteigentümerregelung“ nach § 1010 BGB in das Grundbuch eingetragen werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Memmingen, Beschluß vom 4.6.1998 – 4 T 849/98 –, mitgeteilt von Notar *Christoph Rehle*, Neu-Ulm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte bewilligte und beantragte den Vollzug eines Veränderungsnachweises und beantragte in diesem Zusammenhang, für das Grundstück Nr. 848/38 folgende Miteigentümerregelung gem. § 1010 BGB zu treffen:

„a) Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wird für immer ausgeschlossen.

b) Die Miteigentümer können das Grundstück jeweils als Zufahrts- und Zugangsfläche nutzen. Das Abstellen von Fahrzeugen und das Ablagern von Gegenständen ist nicht erlaubt.

Für die Unterhaltung und Instandsetzung der Grundstücksfläche sowie die Verkehrssicherungspflicht sind die Miteigentümer gemeinschaftlich verantwortlich. Die anfallenden

Kosten sind im Innenverhältnis entsprechend den Miteigentumsanteilen zu tragen. Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen über die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB).

Es wird bewilligt und beantragt, diese Regelungen als Belastung eines jeden Miteigentumsanteils zu Gunsten der jeweiligen anderen Miteigentümer im Grundbuch einzutragen.“

Nach derzeitigem Grundbuchstand ist der Beteiligte als Alleineigentümer des vorbezeichneten Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Der Notar als Verfahrensbevollmächtigter des Beteiligten beantragte unter anderem die oben genannte Miteigentümerregelung in das Grundbuch einzutragen. Das Amtsgericht, Grundbuchamt, wies diesen Antrag zurück.

Hiergegen wendet sich die Erinnerung des Beteiligten, mit der er seinen ursprünglichen Eintragungsantrag weiterhin verfolgt.

Rechtspflegerin und Richter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Die nach Nichtabhilfe als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung (§ 11 RPflG) hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Zur Überzeugung der Kammer kann unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 6 GBO auch eine Nutzungsregelung nach § 1010 BGB bereits in das Grundbuch eingetragen werden.

Denn die Ausgangsentscheidung übersieht ebenso wie die entgegenstehenden Stimmen in der Literatur nach Ansicht der Kammer, daß § 3 Abs. 6 GBO eine für das formelle Grundbuchrecht grundsätzlich abweichende Regelung vom materiellen Recht getroffen hat:

1. § 1010 BGB gehört zu den Regelungen über das Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008 ff.) BGB. Miteigentum im Sinne dieser Bestimmungen ist grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, daß eine Sache zu Bruchteilen mehreren Inhabern gehört (MüKo, BGB, 3. Aufl., § 1008, Rdnrn. 4, 5). Hingegen verwehren es diese materiell-rechtlichen Bestimmungen einem Alleineigentümer gerade, selbst im Wege einer Vorratsteilung Miteigentum zu schaffen (MüKo, a.a.O.). Insofern unterscheiden sich die Regelungen der §§ 1008 ff. BGB mithin von den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes (dort § 8).

2. Von diesem Grundsatz entwickeln sich jedoch aufgrund der formell-rechtlichen Regelungen der GBO in deren § 3 für Grundstücke zwischenzeitliche Ausnahmen (vgl. auch MüKo, a.a.O.).

§ 3 Abs. 6 GBO erklärt es nunmehr – soweit die Voraussetzungen von § 3 Abs. 4 und 5 GBO vorliegen – für statthaft, Miteigentumsanteile eines dienenden Grundstückes den herrschenden Grundstücken auch dann bereits zuzuschreiben, wenn sämtliche beteiligten Grundstücke noch in der Hand eines Eigentümers stehen. Damit läßt diese Bestimmung formell-rechtlich genau das zu, was die materiellen Bestimmungen der §§ 1008 ff. BGB an sich gerade nicht erlauben, nämlich Miteigentumsanteile nach Bruchteilen an ein und demselben Grundstück in der Hand eines Eigentümers.

3. Ist es aber grundbuchrechtlich erlaubt, eine derartige Regelung für das „Vollrecht“ Miteigentum selbst in das Grundbuch einzutragen, so bestehen nach Auffassung der Kammer keine Gründe dafür, für den Fall der Eintragung von Belastungen der einzelnen Miteigentumsanteile nach § 1010 BGB anders zu verfahren:

Zunächst kann einer derartigen Regelung nicht der Wortlaut des § 1010 BGB, der von Miteigentümern spricht, entgegengehalten werden. Denn wie oben ausgeführt, haben die Regelungen des § 3 GBO insoweit den Charakter einer den § 1008 ff. BGB vorgehenden Spezialregelung.

Die entgegenstehenden Auffassungen von *Döbler* (MittRhNot 1983, 182) und *Vossius* (MittBayNot 1994, 12) vermögen die Kammer ebenfalls nicht zu überzeugen: Denn wenn der Gesetzgeber durch § 3 Abs. 6 GBO schon eine entsprechende Eintragung von Vollrechten in das Grundbuch erlaubt – was dann auch deren Belastung mit Grundpfandrechten ermöglicht –, dann mußte er nach Ansicht der Kammer für eine Belastung dieser Rechte in einzelnen Punkten wie etwa mit einer Benutzungsregelung nach § 1010 BGB keine eigene Regelung mehr treffen. Vielmehr folgt aus der Eintragungsfähigkeit des Vollrechtes auch die Eintragungsfähigkeit der Belastung, weil materiell-rechtlich – wie ausgeführt – § 1010 BGB ja eben auch gerade eine Detailregelung der Bestimmungen des Miteigentums darstellt.

4. Schließlich steht auch die oben zitierte Entscheidung des BayObLG der hier getroffenen Entscheidung nicht entgegen:

In seinen Entscheidungsgründen hat das BayObLG damals ausgeführt, daß eine Regelung nach § 1010 BGB allein Gemeinschaftsbelange zu sichern vermöge und sichern solle. Sei die Gemeinschaft beendet, gebe es daher zwangsläufig keine Interessen mehr, die einer Regelung nach § 1010 BGB zugänglich seien.

Die Interessenlage *nach* Beendigung einer Gemeinschaft kann aber der Interessenlage *vor* Begründung einer Gemeinschaft nicht gleichgestellt werden. Denn wird – wie hier – ein Grundstück aufgeteilt und zu bestimmten Bruchteilen herrschenden Grundstücken zugeordnet, so geschieht dies regelmäßig im Hinblick darauf, daß eine Miteigentümergemeinschaft begründet werden soll. Dann aber bestehen – wie hier die Zugangs- und Unterhaltsregelung – durchaus Interessen, die es – in Zukunft – zu sichern gilt. Insofern besteht ein grundlegender Unterschied zwischen beiden Zeitpunkten.

Läßt es nun der Gesetzgeber grundbuchrechtlich zu, daß das dienende Grundstück grundbuchrechtlich bereits vor Begründung der Miteigentümergemeinschaft wie ein im Miteigentum stehendes Grundstück behandelt wird, so spricht nichts dagegen, bei derselben Interessenlage bzgl. der zukünftigen Belastungen des Miteigentums ebenso zu verfahren.

5. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 und 5 GBO sind nach Auffassung der Kammer erfüllt, insbesondere ist durch die Eintragung der entsprechenden Benutzungsregelung keine Verwirrung des Grundbuches zu befürchten.

Anmerkung

1) Das LG Memmingen hat in seinem vorstehenden Beschluß vom 4.6.1998 für Recht erkannt, daß der Alleineigentümer einer Immobilie bei Bildung selbständiger Miteigentumsanteile gem. § 3 Abs. 6 GBO n.F. auch bereits Miteigentümerregelungen nach § 1010 BGB treffen und die entsprechende Eintragung im Grundbuch herbeiführen kann.

Soweit ersichtlich, liegt damit erstmals eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung zu diesem Problemkreis vor. Aus der Sicht des Rechtsanwenders kann die Entscheidung – zumindest was das Ergebnis angeht – nur uneingeschränkt begrüßt werden.

2) In der Praxis spielen Miteigentümerregelungen nach § 1010 BGB nach wie vor eine wichtige Rolle. Ist die Aufteilung einer Immobilie im Wege der Realteilung oder durch Begründung von Wohnungs- bzw. Teileigentum nicht möglich oder nicht zweckmäßig – maßgeblich hierfür können auch nur Kostengründe sein –, so bietet sich die Bildung von Miteigen-

tumsanteilen verbunden mit entsprechenden Benutzungsregelungen an. Dies gilt namentlich für gemeinsame Wohnwege, Stellplatzflächen, Garagenzeilen, Doppelparker sowie für Gebäude, bei denen die Aufteilung nach WEG mangels Abgeschlossenheit nicht möglich ist. Bei Wohnungs- und Teileigentumseinheiten, die mehreren Miteigentümern zustehen, kommt als Alternative auch eine Benutzungsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG in Betracht (vergl. BayObLG DNotZ 1995, 70 = MittBayNot 1994, 438 kritisch hierzu jetzt aber *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2836). Ungeachtet dessen bleibt aber auch für die Regelung nach § 1010 BGB noch – um mit den Worten des alten Briest zu sprechen – ein weites Feld. In dem Zusammenhang dürfen auch die „Altfälle“ der Miteigentümerregelungen bei Gemeinschaftsgaragen vor Inkrafttreten von § 3 Abs. 2 S. 2 WEG erwähnt werden.

3) Nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes (§§ 1008 ff. BGB, § 1114 BGB usw.) setzt Miteigentum das Vorhandensein mehrerer Bruchteilsberechtigter voraus. Daraus zog und zieht die ganz h.M. den Schluß, daß die Bildung von Miteigentumsanteilen durch einen Alleineigentümer im Wege der Vorratsteilung sowie auch die gesonderte Belastung solcher Anteile grundsätzlich ausgeschlossen ist (vergl. MüKo 3. Aufl. § 1008 BGB Rdnr. 4,5 m.w.N.). Diese Auffassung liegt auch noch uneingeschränkt der Entscheidung des BayObLG vom 21.05.1964 (MittBayNot 1964, 275) zugrunde. Das Gericht hat es – ohne überhaupt Zweifel aufkommen zu lassen – als eindeutig feststehend erachtet, daß bei einer nachträglichen Vereinigung aller Miteigentumsanteile auch die Regelungen gem. § 1010 BGB automatisch erlöschen. Diese Entscheidung wird bis heute im Schrifttum allseits zustimmend zitiert (vgl. *Palandt* § 1010 BGB Rdnr. 2). Eine gewisse, wenn auch vorsichtige Kehrtwendung wird in der Entscheidung des BayObLG v. 29.11.1974 (DNotZ 1976, 28) erkennbar. Per obiter dictum bringt das Gericht zum Ausdruck, daß in bestimmten Ausnahmefällen die Vorratsteilung zulässig sei. Dies gelte namentlich auch bei der gesonderten Buchung von Miteigentumsanteilen gem. § 3 Abs. 3 GBO – in der damaligen Fassung –. Der Denkansatz des BayObLG wurde später – insbesondere auch unter Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 8 WEG – von anderen Gerichten aufgegriffen und ausgeweitet (vgl. LG Bochum Rpfleger 1981, 299 und OLG Köln Rpfleger 1981, 481). Seither entsprach es auch noch unter der Geltung von § 3 Abs. 3 GBO a.F. wohl allgemeiner Auffassung, daß die Verselbständigung der Miteigentumsanteile in der Hand eines Alleineigentümers möglich ist. Diese Miteigentumsanteile konnten selbst entgegen dem scheinbar eindeutigen Wortlaut von § 1114 BGB a.F. gesondert belastet werden. Die von der Rechtsprechung entwickelte Praxis wurde inzwischen durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.12.1993 (RegVBG) in § 3 Abs. 6 GBO und § 1114 BGB n.F. gesetzlich sanktioniert.

Trotz der (partiellen) Zulassung der Vorratsteilung sah bisher die h.M. im Schrifttum keine Möglichkeit, dem aufteilenden Alleineigentümer auch die Befugnis zuzugestehen, durch einseitige Erklärung eine Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB zu treffen (vgl. *Döbler* MittRhNot 1983, 182; *Vossius* MittBayNot 1994, 12; *Frank* MittBayNot 1994, 516; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 1462; abweichend schon *Schmidt* in *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl. Rdnr. 66). *Frank* (a.a.O.) legt überzeugend und detailliert dar, daß eine solche Möglichkeit zwar de lege ferenda aus Gründen der Verfahrensvereinfachung und Rechtssicherheit durchaus wünschenswert wäre, im gelten-

den Recht sieht er hierfür jedoch noch keine Grundlage. Daß man das auch anders beurteilen kann, zeigt die neue Entscheidung des LG Memmingen. Dieser Entscheid darf aber auch Anlaß sein, darüber nachzudenken, ob nicht über den Fall des § 3 Abs. 6 GBO n.F. hinaus die Vorratsteilung verbunden mit einer Regelung nach § 1010 BGB für zulässig erachtet werden kann. Dies würde auf jeden Fall den Bedürfnissen der Praxis sehr entgegenkommen. Für den Bereich des Wohnungseigentums hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 4 WEG diesem Gesichtspunkt in vollem Umfang Rechnung getragen. Auch wenn es angesichts des bisher scheinbar unverrückbaren Meinungsstandes reichlich kühn erscheint, soll hier der Versuch gemacht werden, auch für den Bereich des sonstigen Miteigentums eine ähnliche Lösung zumindest anzudenken.

4) a) Die Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB ist ein Recht sui generis mit stark dienstbarkeitsähnlichem Charakter (vgl. im einzelnen *Döbler* a.a.O. m.w.N.). Neben dem Ausschluß des Rechts auf Auseinandersetzung können Verwaltungs- und Benutzungsregelungen zugunsten und zulasten der einzelnen Miteigentümer geregelt werden. Praktisch bedeutsam ist dabei vor allem auch die Einräumung von ausschließlichen Nutzungsrechten zugunsten bestimmter Miteigentümer. Nach einer Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 1992, 333) kann hierbei auch eine Lasten- und Kostentragsregelung miteinbezogen werden. Die Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB enthält somit oft ein ganzes Paket und ein Konglomerat von verschiedenen Rechten und Pflichten der beteiligten Miteigentümer. Wenn Rechtsprechung und Schrifttum hierzu verlangen, daß Berechtigte und Verpflichtete in Eintragungsbewilligung und Grundbucheintragung genau bezeichnet sein müssen, so läßt sich dies praktisch kaum umsetzen. Man müßte vielfach die Gesamtregelung in Einzelregelungen aufteilen, was nur zu einer unnötigen Aufblähung und Verwirrung des Grundbuchs führen würde. Die Praxis begnügt sich daher auch meist mit der einfachen Eintragung der Miteigentümerregelung im Grundbuch unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (vgl. *Schmidt* in MüKo, § 1010 BGB Rdnr. 11).

b) Wegen der Möglichkeit, nach § 1010 BGB Rechte zugunsten und zulasten einzelner Miteigentümer zu begründen, ist jedoch die eindeutige Zuordnung solcher Rechte zu einem bestimmten Miteigentumsanteil unumgänglich. Solange keine verselbständigten Miteigentumsanteile gebildet sind, sind Berechtigte und Verpflichtete der betreffenden Rechtsposition nicht eindeutig bestimmbar. Insoweit kann daher auch der h.M. uneingeschränkt zugestimmt werden, daß bei einem unaufgeteilten Alleineigentum Miteigentümerregelungen nach § 1010 BGB nicht möglich sind. Etwas anderes hat aber bei der zulässigen Verselbständigung der Miteigentumsanteile im Wege der Vorratsteilung zu gelten. Der formale Einwand, daß die §§ 1008 ff. BGB von mehreren Miteigentümern ausgehen, läßt sich verhältnismäßig einfach entkräften. Wie schon dargelegt, hatte die Rechtsprechung auch vor Inkrafttreten des RegVBG keine Schwierigkeiten, die Belastung eines verselbständigten Miteigentumsanteils trotz des Wortlautes von § 1114 BGB a.F. zuzulassen.

Diese Rechtsauffassung läßt sich ganz zwanglos dahingehend weiterentwickeln, daß § 1010 BGB nicht die Existenz mehrerer Miteigentümer, sondern nur die Existenz mehrerer verselbständigter Miteigentumsanteile voraussetzt. Alles andere wäre doch wohl nur ein Rückfall in eine rein statische Gesetzesauslegung.

Daß bei der Vorratsteilung im Alleinbesitz eines Eigentümers auch Eigentümerrechte begründet werden können, begegnet rechtsdogmatisch keinen unüberwindlichen Schwierigkeiten. In dem Rechtsinstitut der Eigentümergrundschuld hat der Gesetzgeber selbst eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen. Daneben hat die Rechtsprechung auch auf breiter Front, selbst wenn es nicht immer dem formalen Gesetzeswortlaut entspricht, Eigentümerrechte zugelassen. Hauptbeispiel hierfür sind die Eigentümerdienstbarkeiten (vgl. nur *Palandt* § 1090 BGB Rdnr. 3). Bei der Eigentümergrundschuld ergibt sich aus § 1197 BGB, daß das Recht, solange es dem Eigentümer selbst zusteht, ruht und erst mit dem Eigentümerwechsel aktualisiert wird. Sogesehen enthält § 1197 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken, der wohl für alle Eigentümerrechte gilt. Das Eigentum am belasteten Objekt steht damit nicht der Begründung des Eigentümerrechts im Weg. Lediglich die Ausübung des Rechts wird bis zu einem Eigentümerwechsel storniert.

c) Werden Miteigentumsanteile im Wege der Vorratsteilung gemäß § 3 Abs. 6 GBO n.F. oder auch aufgrund anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen verselbständigt, so ist die eindeutige Zuordnung der Rechte und Pflichten aus der Miteigentümerregelung problemlos möglich. Somit kann auch der aufteilende Eigentümer die entsprechenden Regelungen treffen. Diese Auffassung hat sich jetzt auch das LG Memmingen zu eigen gemacht.

Schwieriger wird es, wenn man dem Alleineigentümer auch in anderen Fällen das Recht zur Begründung von Miteigentümerregelungen zukommenlassen möchte. Die Vorratsteilung gemäß § 3 Abs. 6 GBO ist nicht immer möglich oder zweckmäßig. In dieser Form kann die Aufteilung nur erfolgen, wenn sämtliche Miteigentumsanteile jeweils einem herrschenden Grundstück (oder einer sonstigen Immobilie) zugeschrieben werden können (vgl. BayObLG DNotZ 1995, 74 = MittBayNot 1994, 538). Gerade bei Miteigentumsanteilen, mit denen das ausschließliche Nutzungsrecht an einem bestimmten Auto-Stellplatz verbunden wird, ist auch die verbindliche Zuordnung zu einer anderen herrschenden Immobilie vielfach nicht erwünscht. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Eigentümer auch die Möglichkeit vorbehalten wollen, über solche Stellplatzrechte losgelöst von der herrschenden Immobilie zu verfügen, z.B. bei der Veräußerung an einen außenstehenden Dritten.

Aber auch in diesen Fällen erscheint es möglich, die Miteigentumsanteile bei der Vorratsteilung soweit zu verselbständigen und zu individualisieren, daß eine eindeutige Zuordnung der damit verbundenen Rechte möglich ist. Man kann hier auf die Rechtsprechung zur Begründung von Nutzungsregelungen gemäß § 15 Abs. 1 WEG durch den Alleineigentümer eines Wohnungs- bzw. Teileigentums zurückgreifen (vgl. BayObLG DNotZ 1995, 70 = MittBayNot 1994, 438 m.w.N. sowie insbes. LG München I MittBayNot 1971, 242). Der ideelle Miteigentumsanteil wird hier durch die Verbindung mit dem Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Auto-Stellplatz gekennzeichnet und abgegrenzt. In gleicher Weise wie bei der Regelung nach § 15 Abs. 1 WEG kann aber auch durch eine spezielle Nutzungszuweisung nach § 1010 BGB der Miteigentumsanteil eindeutig bestimmt werden. Diese Argumentation mag nun manchem als Zirkelschluß erscheinen, da eine entsprechende Regelung nach § 1010 BGB geradezu zur Voraussetzung für die Möglichkeit zur einseitigen Festlegung durch den Alleineigentümer gemacht wird.

Die Akzeptanz dieser Argumentation fällt vielleicht leichter, wenn man sich das Modell eines kybernetischen Regelkreises

vor Augen hält (siehe *Suhr* JuS 1968, 351 ff.). Danach kann das Ergebnis eines Prozesses durch Rückkoppelung auf die Ausgangssituation zurückwirken. Mit dieser Überlegung läßt es sich vertreten, den Regelungsinhalt einer Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB zur Voraussetzung der einseitigen Bestimmung durch den Alleineigentümer zu machen. Eine ähnliche Überlegung hat das BayObLG auch schon in seiner Entscheidung vom 29.11.1974 (DNotZ 1976, 28) angestellt. Dort heißt es, daß der Stellplatz in einer Doppelstockgarage, für die Teileigentum gebildet worden ist, gemäß § 1010 BGB einem von mehreren Miteigentümern zur Sondernutzung zugewiesen werden kann. Wörtlich geht es weiter: „Ist eine Doppelstockgarage Teileigentum zweier Wohnungseigentümer, so bietet sich die Möglichkeit an, die Miteigentumsanteile an der Garage im Grundbuch jeweils dem Wohnungseigentum gemäß § 3 Abs. 3 GBO beizuschreiben, dem sie *kraft dinglich wirksamer Sondernutzungsregelung* zu dienen bestimmt sind. Dieses Verfahren ermöglicht die Vorratsteilung auch des Garageneigentums ...“. Die Formulierung läßt erkennen, daß das BayObLG die dingliche wirksame Sondernutzungsregelung, also die Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB, gerade als Voraussetzung für die Vorratsteilung durch den Alleineigentümer ansieht.

d) Folgt man der vorstehenden Argumentation, dann hat dies auch Einfluß auf bestehende Miteigentümerregelungen. Anders als vom BayObLG in dem Beschluß vom 21.5.1964 (a.a.O.) entschieden, hätte die Vereinigung aller Miteigentumsanteile in einer Hand auch nicht mehr das automatische Erlöschen der Miteigentümerregelung zur Folge. Ähnliches gilt, wenn nur ein Teil der Miteigentümeranteile nachträglich vereinigt wird. Gerade bei der Vereinigung von Miteigentumsanteilen verbunden mit den Sondernutzungsrechten an bestimmten Auto-Stellplätzen ist dies nicht selten der Fall. Bei Anwendung der bisherigen h.M. müßte man hier wohl zum Ergebnis kommen, daß mit Vereinigung der Miteigentumsanteile auch die entsprechenden Sondernutzungsrechte zusammenfallen. Bei einer späteren erneuten Teilung wären diese Sondernutzungsrechte ebenfalls wieder neu zuzuordnen und erneut im Grundbuch zur Eintragung zu bringen (vgl. hierzu *Panz* – BWNNotZ 1990, 67). Soweit ersichtlich, haben die Grundbuchämter dies aber immer schon anders gehandhabt. Miteigentumsanteile, denen das Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Auto-Stellplatz zugeordnet ist, bleiben auch bei der Vereinigung mehrerer Miteigentumsanteile in einer Person gesondert gebucht. Bei der späteren Veräußerung eines Anteils ist daher auch keine erneute Trennung und Aufschlüsselung mehr erforderlich.

e) Um Unklarheiten zu vermeiden, würde es sich wohl empfehlen, den gängigen Begriff „Sondernutzungsrecht“ auf den Bereich des Wohnungs- und Teileigentums zu beschränken. Bei Miteigentümerregelungen könnte man daran denken, lediglich von „ausschließlichen Nutzungsrechten“ zu sprechen, ohne damit besseren und treffenderen Wortschöpfungen vorgreifen zu wollen.

5) Die Entscheidung des LG Memmingen bedeutet einen ersten Schritt in die richtige Richtung. Ob die hier vertretenen weiterführenden Überlegungen Wunschdenken bleiben, oder ob nicht doch im Interesse der Praxis das Rechtsinstitut der Miteigentümerregelung nach § 1010 BGB verbessert und aufgewertet wird, bleibt abzuwarten.

Notar *Christoph Rehle*, Neu-Ulm

14. BGB § 2351 (*Keine Aufhebung eines Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden*)

Der Erbverzicht kann nach dem Tod des Verzichtenden nicht mehr aufgehoben werden.

BGH, Urteil vom 24.6.1998 – IV ZR 159/97 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger macht gegen die Beklagte als Erbin u.a. Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend.

Die am 10.6.1993 verstorbene Erblasserin hatte drei Kinder: den Kläger, einen schon 1984 ohne Kinder verstorbenen Sohn und den Vater der Beklagten. Dieser hat am 30.8.1972 durch notariellen Vertrag mit der Erblasserin auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht gegen eine Abfindung verzichtet. Er starb am 17.1.1979 und wurde von seiner zweiten Ehefrau und seinen beiden Kindern aus erster Ehe, der Beklagten und ihrem Bruder, beerbt. Durch Testament vom 27.1.1992 setzte die Erblasserin die Beklagte als Alleinerbin ein. In einem notariellen Vertrag vom 18.8.1992 vereinbarte die Erblasserin mit der Beklagten und ihrem Bruder die Aufhebung des Erbverzichts aus dem Jahre 1972, wobei klargestellt wurde, daß der Pflichtteilsverzicht nach wie vor bestehen bleibe.

Die Parteien streiten u.a. darüber, ob die Aufhebung des Erbverzichts wirksam ist. Die Beklagte hat mit einem nach ihrer Ansicht die eingeklagten Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche übersteigenden Anspruch auf eine Abfindung aufgerechnet, die ihr als Erbin zustehe, weil der Gesellschaftsanteil der Erblasserin an einer offenen Handelsgesellschaft nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auf den Kläger übergegangen sei.

Auf den Antrag beider Parteien, ein Grundurteil über die Pflichtteilsquote zu erlassen, hat das Landgericht den Pflichtteilsanspruch des Klägers durch Teil-Grundurteil als dem Grunde nach zu $\frac{1}{4}$ gerechtfertigt erklärt (ZEV 1996, 314). Mit der Berufung hat der Kläger die Feststellung beantragt, daß ihm dem Grunde nach ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von $\frac{1}{2}$ des Nachlaßwertes zustehe. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen (ZEV 1997, 299). Mit der Revision verfolgte der Kläger seinen Berufungsantrag weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. 1. (...)

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erbverzicht sei wirksam aufgehoben worden, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Vielmehr kann der Erbverzicht nur von den Vertragschließenden selbst zu deren Lebzeiten aufgehoben werden (so auch *Wüstenberg*, ZEV 1997, 301; *Pentz*, MDR 1997, 1001). Dies ergibt sich für den Erblasser aus §§ 2351, 2347 Abs. 2 Satz 1 erster Halbsatz BGB und entspricht allgemeiner Ansicht (vgl. nur *Staudinger/Schotten*, BGB 13. Aufl., § 2346 Rdnr. 96 m.w.N.). Nach herrschender Meinung kann aber auch Vertragspartner eines Aufhebungsvertrages mit dem Erblasser nur der Verzichtende selbst sein, auch wenn dies – anders als beim Erbvertrag (§ 2290 Abs. 1 Satz 2 BGB) – beim Erbverzicht nicht ausdrücklich aus dem Gesetz hervorgeht (*MünchKomm/Strobel*, BGB 3. Aufl., § 2351 Rdnr. 2; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, BGB 12. Aufl., § 2351 Rdnr. 7; *AK-BGB/Teubner*, § 2351 Rdnr. 3; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 57. Aufl., § 2351 Rdnr. 1; a.A. *Staudinger/Schotten*, BGB 13. Aufl., § 2346 Rdnr. 97; *Dietz*, Erbrecht, 1949, § 16 III 2 S. 99). Dafür sprechen vor allem folgende Gesichtspunkte:

a) Verzichtet ein Abkömmling (wie hier) oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so er-

streckt § 2349 BGB die Wirkung dieses Verzichts auf seine Abkömmlinge, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Der Erbverzicht erfaßt demnach kraft Gesetzes den ganzen Stamm des Verzichtenden, auch wenn der Verzicht nicht zugleich im Namen der Abkömmlinge des Verzichtenden erklärt worden ist und diese dem Verzicht nicht zugestimmt haben. § 2349 BGB ermöglicht dem Verzichtenden damit einen Eingriff in das von seinem gesetzlichen Erbrecht an sich unabhängige gesetzliche Erbrecht seiner Abkömmlinge.

Bei dieser Regelung ging man im Gesetzgebungsverfahren von der Vorstellung aus, der Erbverzicht diene häufig dem Ziel einer vorweggenommenen Erbfolge des Verzichtenden gegen Abfindung. Es entspreche weder den Absichten der Beteiligten noch der Billigkeit, den Abkömmlingen des Verzichtenden trotzdem demnächst die Geltendmachung ihres Erbrechts zu gestatten. Aus Gründen der Praktikabilität wurde die in § 2349 BGB angeordnete Wirkung des Erbverzichts auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden nicht davon abhängig gemacht, ob im Einzelfall eine Abfindung geleistet wurde (Prot. V 607 f.; *Staudinger/Schotten*, § 2349 Rdnr. 1 und 2).

In Anbetracht der Stellung, die § 2349 BGB dem Verzichtenden als Repräsentanten seines Stammes für die gesetzliche Erbfolge einräumt, versteht sich von selbst, daß der Verzichtende auch zur Aufhebung des Erbverzichts gemäß § 2351 BGB nicht der Zustimmung seiner Abkömmlinge bedarf (*Staudinger/Schotten* § 2346 Rdnr. 98). Kommt es aber zu Lebzeiten des Verzichtenden (und des Erblassers) nicht zu einer Aufhebung des Erbverzichts, muß aus Gründen der Rechtsklarheit mit dem Tod des Verzichtenden feststehen, daß er und sein Stamm endgültig aus der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser ausgeschieden sind. Die vorweggenommene Erbfolge, an der sich der Gesetzgeber bei seiner Regelung des Erbverzichts orientiert hat, ist damit in der Person des Verzichtenden unabänderlich geworden mit der Wirkung, daß sich sein Stamm mit dem zufrieden geben muß, was der Verzichtende für seinen Erbverzicht vom Erblasser empfangen hat.

Das Berufungsgericht meint, die Abkömmlinge des Verzichtenden rückten nach dessen Tod gemäß § 1924 Abs. 3 BGB in seine Stellung ein, mit dem Erblasser eine Aufhebung des Erbverzichts vereinbaren zu können. Zwar ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß der Erbverzicht das Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden nicht vernichte, sondern nur ein Hindernis für die Verwirklichung ihrer Erbhoffnung bilde (Mot. V 476). Deshalb lebe das Erbrecht der Abkömmlinge wieder auf, wenn der Erbverzicht gemäß § 2351 BGB aufgehoben wird. Daraus folgt aber nicht, daß die Abkömmlinge nach dem Tod des Verzichtenden in der Lage wären, den noch bestehenden Erbverzicht durch einen Aufhebungsvertrag mit dem Erblasser zu beseitigen. Vielmehr steht der Erbaussicht der Enkel weiterhin der Erbverzicht des den Stamm nach der gesetzlichen Erbfolge repräsentierenden Verzichtenden entgegen.

b) Das Berufungsgericht meint, der Erbverzicht begünstige allein den Erblasser; ihm müsse es daher freistehen, den Verzicht mit den Abkömmlingen des Verzichtenden wieder aufzuheben. Dem steht schon entgegen, daß der Erblasser den Verzicht nicht einseitig aufheben kann, sondern dazu nach § 2351 BGB ein Vertrag erforderlich ist. Insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden kommt der Erbverzicht darüber hinaus gem. § 2310 Satz 2 BGB anderen Pflichtteilsberechtigten zugute. Auch insoweit hat sich der Gesetzgeber von der Erwägung leiten lassen, der Erbverzicht werde regelmäßig

gegen eine Abfindung vereinbart, so daß es zu Unbilligkeiten gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten führe, wenn deren Quote trotz der Abfindungszahlung so berechnet werde, als wenn der Verzichtende Erbe geblieben wäre (Prot. V 612 f.; MünchKomm/Frank, § 2310 Rdnr. 1). Dies gilt auch, wenn die Abkömmlinge des Verzichtenden nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge als sein Erbstamm an seine Stelle treten, weil der Verzichtende – wie hier – den Erbfall nicht mehr erlebt. Jedenfalls im Hinblick auf die Wirkungen des Erbverzichts nach § 2310 Satz 2 BGB liegt die Annahme fern, sie könnten durch Aufhebung des Erbverzichts auch dann noch beseitigt werden, wenn der Verzichtende gestorben und die mit dem Erblasser durch Vereinbarung vorweggenommene Erbfolge in der Person des Verzichtenden unabänderlich geworden ist. Es bleibt dem Erblasser unbenommen, die Abkömmlinge des Verzichtenden testamentarisch zu bedenken (BGHZ 30, 261, 267). Eine Befugnis des Erblassers, die kraft Gesetzes eingetretene Erhöhung der Quote eines Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Verzichtenden und ohne Zustimmung des gem. § 2310 S. 2 BGB Begünstigten wieder rückgängig zu machen, läßt sich mit den Grundsätzen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts nicht vereinbaren.

c) § 2349 BGB ist allerdings keine zwingende Vorschrift, sondern eröffnet den Vertragsparteien des Erbverzichts die Möglichkeit, die nach dem Gesetz eintretenden Wirkungen für die Abkömmlinge auszuschließen. Der Gesetzgeber hat seine Absicht, eine Bevorzugung des Stammes des Verzichtenden zu vermeiden, nicht gegen den Willen der Vertragsparteien des Erbverzichts durchsetzen wollen. Daraus läßt sich indessen keine Befugnis der Abkömmlinge herleiten, die Wirkungen eines Erbverzichts, der keine Einschränkungen bezüglich der Abkömmlinge des Verzichtenden enthält, zum Nachteil anderer Pflichtteilsberechtigter aufzuheben.

Wollte man anders entscheiden, könnten die Abkömmlinge des Verzichtenden dessen Motive für den Erbverzicht durchkreuzen. Denkbar ist, daß dieser im Interesse einer Erhöhung der Pflichtteilsquote seiner Geschwister oder gerade zu dem Zweck auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, seine Abkömmlinge von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen (Pentz, MDR 1997, 1001, 1002). Es ist nicht einzusehen, daß die Abkömmlinge gleichwohl berechtigt sein sollten, nach dem Tod des Verzichtenden im Zusammenwirken mit dem Erblasser ihre abweichenden Interessen durchzusetzen.

III. Danach hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – die Pflichtteilsquote unzutreffend bestimmt. Insoweit ist die Sache entscheidungsreif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Nach dem Tod des Vaters der Beklagten konnten sie und ihr Bruder den Erbverzicht nicht mehr aufheben. Also wäre der Kläger bei Eintritt gesetzlicher Erbfolge Alleinerbe geworden. Die Beklagte und ihr Bruder können gemäß § 2310 Satz 2 BGB bei der Ermittlung der Pflichtteilsquote nicht mitgezählt werden. Dem Kläger steht mithin eine Pflichtteilsquote in Höhe von $\frac{1}{2}$ des Nachlaßwertes zu.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von Dr. Jörg Mayer, in diesem Heft S. 41.

15. BGB §§ 2205, 2211, 2368; GBO § 35 (Zur Maßgeblichkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses für die Befugnisse und sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers)

1. Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so ist für die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über ein Grundstück oder Grundstücksrecht oder die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers allein das Zeugnis maßgebend.

2. Zur Frage, welche rechtliche Bedeutung der Klausel eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zukommt, daß der Testamentsvollstrecker „den Nachlaß nach den Anordnungen im (öffentlichen) Testament vom ... zu verwalten“ hat.

BayObLG, Beschluß vom 20.8.1998 – 2Z BR 45/98 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der am 9.3.1981 geborene Beteiligte zu 1 ist seit dem 20.8.1991 als Eigentümer eines Grundstücks in K. aufgrund öffentlichen Testaments vom 15.6.1990 im Grundbuch eingetragen. Nach den Vermerken in der zweiten Abteilung ist sein Vater, der Beteiligte zu 2, als Nacherbe eingesetzt; außerdem ist Testamentsvollstreckung als Dauervollstreckung bis zum 9.3.2009 angeordnet. Der Testamentsvollstrecker hat laut Eintragung den Nachlaß „nach den Anordnungen im Testament vom 15.6.1990“ zu verwalten.

Zum Testamentsvollstrecker war der Beteiligte zu 3 bestimmt; nach dem Testamentsvollstreckerzeugnis vom 3.4.1992 hatte er den Nachlaß „nach den Anordnungen im Testament vom 15.6.1990“ zu verwalten.

Das in Bezug genommene Testament der Voreigentümerin enthält u.a. zur Testamentsvollstreckung folgende Regelungen:

Die Testamentsvollstreckung erstreckt sich auf meinen gesamten Nachlaß, ...

Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlaß in dem eben beschriebenen Umfang in Besitz zu nehmen und zu verwalten. Auch alle Verfügungsrechte stehen ausschließlich dem Testamentsvollstrecker zu. Die Instandsetzung und Instandhaltung des Hauses ... (= Grundstück, um dessen Auflassung es hier geht) soll der Testamentsvollstrecker meinem früheren Schwiegersohn (= Beteiligter zu 2) gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts überlassen. Dagegen soll für die Häuser ... der Testamentsvollstrecker auch für die Instandhaltung und Instandsetzung sorgen. Er soll darüber hinaus in einem Abstand von ca. 2 Jahren alle Häuser durch einen Fachmann auf ihren baulichen Zustand durchsehen lassen.

Aus den Erträgen des Vermögens sollen nach Abzug aller anfallenden Steuern die nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Verwaltung anzulegenden Rücklagen für die Erhaltung des Grundbesitzes gebildet werden. Die nach Bildung dieser Rücklagen und Bezahlung aller Verbindlichkeiten verbleibenden Nettoerträge sollen der Testamentsvollstrecker für die Ausbildung meines Enkels Alexander verwenden.

Zu notarieller Urkunde vom 6.12.1996 verkaufte der Beteiligte zu 3 das vom Beteiligten zu 1 geerbte Grundstück in K. an die Beteiligte zu 5; er bewilligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für die Käuferin.

Das Grundbuchamt beanstandete den Eintragungsantrag mit inzwischen erledigter Zwischenverfügung. Zu notarieller Urkunde vom selben Tag bewilligte der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker die Eintragung einer Grundschuld über 1.650.000 DM an dem Grundstück des Beteiligten zu 1 für die Beteiligte zu 6 und beantragte deren Eintragung in das Grundbuch. Mit Zwischenverfügung vom 15.1.1997 machte das Grundbuchamt – soweit noch von Interesse – den Vollzug der Anträge von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Beteiligten zu 1 und von der Zustimmung des Beteiligten zu 2 als Nacherben zu Kaufvertrag und Grundschuldbestellung abhängig. Es führte aus, daß der Beteiligte zu 3 nach den im Testa-

mentstvollstreckerzeugnis in Bezug genommenen Anordnungen im Testament vom 15.6.1990 nicht befugt gewesen sei, allein über das Grundstück zu verfügen; die Erblasserin habe ihm insoweit vielmehr die Verfügungsbefugnis entzogen.

Die Beteiligten zu 3, 5 und 6 haben gegen die Zwischenverfügung vom 15.1.1997 Erinnerung/Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt (Rechtspfleger und Richter) nicht abgeholfen hat.

Mit Beschluß vom 23.4.1997 entließ das Nachlaßgericht auf Antrag des Beteiligten zu 1 den Beteiligten zu 3 aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker; dieser legte gegen den Entlassungsbeschluß sofortige Beschwerde ein, über die noch nicht entschieden ist. Gleichzeitig ernannte das Nachlaßgericht den Beteiligten zu 4 zum neuen Testamentsvollstrecker und erteilte ihm am 6.5.1997 ein mit dem früheren übereinstimmendes Testamentsvollstreckerzeugnis.

Das Landgericht hat die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 15.1.1997 abgeändert; es hat – soweit hier noch von Interesse – die Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Grundschuld nur noch von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Beteiligten zu 1 abhängig gemacht. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 5 und 6 führte im Umfang der Aufhebung zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Der Vollzug der vom Beteiligten zu 3 als ehemaligen Testamentsvollstrecker bewilligten und beantragten Eintragungen hängt nicht von der Zustimmung (Bewilligung gemäß § 19 GBO) des Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Grundstücks ab. Dies gilt unabhängig davon, wie sich die Entlassung des Beteiligten zu 3 durch die Verfügung des Nachlaßgerichts vom 23.4.1997 auf die Rechtslage ausgewirkt hat.

a) Mit den Vorinstanzen geht der Senat davon aus, daß sich die von der Erblasserin angeordnete Testamentsvollstreckung auch auf das hier betroffene Grundstück erstreckt und daß auch dieses dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers mit der Rechtsfolge des § 2211 Abs. 1 BGB unterliegt. Weiter nehmen die Vorinstanzen an, daß die Erblasserin dem Testamentsvollstrecker die Befugnis, über das Grundstück zu verfügen, mit dinglicher Wirkung entzogen habe, daß eine Verfügung somit (vgl. BGHZ 56, 275 ff. [= MittBayNot 1971, 319]; BGH NJW 1984, 2464 f. [= MittBayNot 1984, 196] nur von Testamentsvollstrecker und Erben gemeinsam vorgenommen werden könne. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

b) (1) Durch den im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerk wird gemäß § 52 GBO verlaublich, daß das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt, das Verfügungsrecht des Erben darüber ausgeschlossen oder beschränkt ist. Der Testamentsvollstreckervermerk hat eine rein negative Wirkung (vgl. KEHE/Herrmann GBR 4. Aufl. Rdnr. 85, Meikel/Roth GBR 7. Aufl. Rdnr. 136, jeweils zu § 35); die Befugnis eines Testamentsvollstreckers, über das Nachlaßgrundstück zu verfügen, kann entweder nach § 35 Abs. 2 Halbs. 1 GBO durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) oder nach § 35 Abs. 2 Halbs. 2, Abs. 1 Satz 2 GBO durch eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen nachgewiesen werden.

(2) Nach § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB ist im Zeugnis anzugeben, ob der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt ist. Aus dieser Bestimmung folgt der allgemeine Grundsatz, daß alle vom Erblasser angeordneten Abweichungen von den in den §§ 2203 bis 2206 BGB niedergelegten Befugnissen des Testamentsvollstreckers, die für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten bedeutsam sind, im

Zeugnis vermerkt werden müssen; insbesondere gilt dies für Abweichungen von der gesetzlich eingeräumten Verfügungsbefugnis (BayObLGZ 1990, 82/86 f. [= MittBayNot 1990, 253]; BayObLG MittBayNot 1991, 122 ff., jeweils m.w.N.).

(3) Hier ist dem Testamentsvollstreckerzeugnis vom 3.4.1992 (und dem vom 6.5.1997) nicht zu entnehmen, daß dem Testamentsvollstrecker das Recht, über das betroffene Grundstück zu verfügen, nicht zustehen soll; es ist somit von der gesetzlichen Verfügungsbefugnis nach § 2205 Satz 2 und 3 BGB auszugehen.

Die im Zeugnis enthaltene Klausel, daß der Nachlaß „nach den Anordnungen im Testament vom 15.6.1990 zu verwalten“ sei, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Es kann offen bleiben, ob eine solche Bezugnahme überhaupt zulässig ist. Denn auch aus dem Testament, das dann als Bestandteil des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu behandeln wäre, ergeben sich keine nach außen wirksamen Verfügungsbeschränkungen des Testamentsvollstreckers, sondern nur Verwaltungsanordnungen der Erblasserin im Sinne von § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB, die nicht in ein Testamentsvollstreckerzeugnis aufzunehmen sind (vgl. Palandt/Edenhofer BGB 57. Aufl. § 2368 Rdnr. 4). Der Senat ist insoweit zu einer selbständigen Auslegung dieser Anordnungen als Teil einer gerichtlichen Verfügung befugt. Eine Einziehung des dem Beteiligten zu 3 erteilten Zeugnisses – das nach der vom Nachlaßgericht vertretenen Meinung dann unrichtig wäre – gemäß § 2368 Abs. 3 1. Halbs., § 2361 BGB – kommt nicht mehr in Betracht, da dieses durch die Entlassung des Beteiligten zu 3 gemäß § 2368 Abs. 3 2 Halbs. von selbst kraftlos geworden ist (vgl. Palandt/Edenhofer § 2368 Rdnr. 10).

c) Durch die Bekanntmachung der Entlassungsverfügung vom 23.4.1997 gemäß § 16 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 FGG erlosch das Amt des Beteiligten zu 3, auch wenn dieser gegen die Verfügung sofortige Beschwerde einlegte (BayObLGZ 1969, 138/142; Palandt/Edenhofer BGB 47. Aufl. Rdnr. 9, MünchKomm/Brandner BGB 47. Aufl. Rdnr. 15, jeweils zu § 2227); damit entfielen auch die Verfügungs- und Bewilligungsbefugnis des Beteiligten zu 3. Diese müssen aber grundsätzlich bis zur Vollendung des Rechtserwerbs, also bis zur Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch vorliegen (BGHZ 27, 360/368; Demharter GBO 22. Aufl. § 19 Rdnr. 60 und 61 m.w.N.). Die Zustimmung (Bewilligung) des Beteiligten zu 1 ist aber unabhängig davon, ob man § 878 BGB auf diesen Fall des Verlusts der Verfügungsbefugnis entsprechend anwendet (vgl. dazu die Verfügung des Senats vom 26.6.1998), nicht geeignet, den Eintragungsanträgen zum Erfolg zu verhelfen. Denn wenn diese Bestimmung hier entsprechend angewendet wird (dafür z.B. OLG Brandenburg VIZ 1995, 365 f.; Palandt/Bassenge Rdnr. 11, MünchKomm/Wacke Rdnr. 13, Staudinger/Gursky BGB 13. Aufl. Rdnr. 51 und 52, jeweils zu § 878), ist die Zustimmung des Beteiligten zu 1 nicht erforderlich; die Bewilligungen des Beteiligten zu 3 können weiterhin Grundlage der beantragten Eintragungen sein. Wird aber die entsprechende Anwendung von § 878 BGB hier abgelehnt, dann ist die Zustimmung des Beteiligten zu 1 gleichfalls weder erforderlich noch ausreichend. Denn das Nachlaßgericht hat mit dem Beteiligten zu 4 wiederum einen Testamentsvollstrecker bestellt; es geht davon aus, daß die Testamentsvollstreckung mit der Entlassung des Beteiligten zu 3 nicht beendet ist. Damit fehlt dem Beteiligten zu 1 weiterhin gemäß § 2211 Abs. 1 BGB die Befugnis, über das Grundstück zu verfügen; diese steht nunmehr dem Beteiligten zu 4 zu. Voraussetzung für die Vornahme der beantragten Eintragungen wäre somit in entsprechender Anwendung von § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB dessen

Bewilligung (vgl. auch *Bengel/Reimann* Handbuch der Testamentsvollstreckung 1997 Kapitel V Rdnr. 14).

d) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens über die Zwischenverfügung ist nur das darin angenommene Eintragungs-hindernis, nicht der Eintragungsantrag selbst (BayObLGZ 1991, 97/102 m.w.N.). Deshalb kommt die von den Beteiligten zu 3 und 5 beantragte Aussetzung des Rechtsbeschwerdeverfahrens von vornherein nicht in Betracht (vgl. im übrigen zur Aussetzung im Grundbucheintragungsverfahren BayObLGZ 1978, 15; 1984, 126/129). Da es für die beantragten Eintragungen in keinem Fall auf die Bewilligung des Beteiligten zu 1 ankommt, braucht der Senat die Frage, ob § 878 BGB im vorliegenden Fall entsprechend anzuwenden sei, hier nicht abschließend zu entscheiden. Der Senat neigt aber, wie schon der Verfügung vom 26.6.1998 zu entnehmen war, mit der in der Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Meinung (OLG Köln MittRhNotK 1981, 139 f.; OLG Celle DNotZ 1953, 158 f.; KG OLGE 26, 4 f.; 29, 398 f.; vgl. auch BayObLGZ 1956, 172/177; BayObLG MittBayNot 1975, 228 f.) dazu, diese Frage zu verneinen. Der Senat ist auch nicht befugt, die Zwischenverfügung dahin abzuändern, daß an Stelle der Bewilligung des Beteiligten zu 1 die des Beteiligten zu 4 beigebracht werden müsse. Im übrigen wäre mit dieser Bewilligung voraussichtlich nicht zu rechnen, so daß sich auch aus diesem Grunde der Erlaß einer Zwischenverfügung mit diesem Inhalt nicht als sinnvoll erwiese (vgl. BayObLGZ 1984, 126/129).

16. BGB §§ 2279 Abs. 2, 2077 (*Unwirksamkeit eines Erbvertrages bei Ehescheidung*)

Verfügungen i.S.v. §§ 2279, 2077 BGB werden in aller Regel unter der gleichsam selbstverständlichen Voraussetzung getroffen, daß die Ehe zur Zeit des Erbfalls noch besteht. Es müssen daher besondere Umstände vorliegen, wenn im Einzelfall ein abweichender Wille des Erblassers bejaht werden soll. Allein die Tatsache, daß sich die (später geschiedene) Ehe bei Abschluß des Erbvertrages bereits in der Krise befand, reicht für diese Annahme nicht aus.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 24.3.1998 – 3 W 6/98 –

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. GmbHG §§ 29, 34, 46 Nr. 1 (*Gewinnverteilung bei Einziehung von GmbH-Geschäftsanteil*)

- a) **Der Anspruch des Gesellschafters einer GmbH auf Auszahlung des Gewinns entsteht erst mit dem nach Ablauf des Geschäftsjahres gefaßten Beschluß der Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Gewinns.**
- b) **Im Falle der vor diesem Zeitpunkt wirksam werden- den Einziehung des Geschäftsanteils nimmt der be- troffene Gesellschafter an der Gewinnverteilung auch**

für ein vorher abgeschlossenes Geschäftsjahr nicht teil, vielmehr läßt die Vernichtung des Geschäftsanteils sämtliche nicht verselbständigten, mit demselben verbundenen Mitgliedschaftsrechte untergehen.

BGH, Urteil vom 14.9.1998 – II ZR 172/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

An der im Mai 1986 von dem Kläger und der K. Corporation/Japan (K.) gegründeten, mit einem Stammkapital von 600.000,- DM ausgestatteten beklagten GmbH hielten der Kläger und die K. Stammeinlagen von 120.000,- DM bzw. 480.000,- DM. Den Gesellschaftsvertrag hatte der Kläger für sich selbst und in Vollmacht der K. handelnd beurkunden lassen, war dabei aber in mehrfacher Hinsicht zu seinem eigenen Vorteil von den ihm seitens der K. erteilten Weisungen abgewichen. Unter der Leitung des zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellten Klägers nahm die Beklagte ihre Geschäfte als deutsche Vertriebsgesellschaft der K. auf.

Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung der Beklagten wurde der Kläger am 27.7.1987 als Geschäftsführer abberufen, gleichzeitig wurde sein Dienstvertrag fristlos gekündigt. Beide Maßnahmen sind, wie rechtskräftig festgestellt ist, wirksam. Am 21.9.1987 ist der Geschäftsanteil des Klägers aus wichtigem Grund eingezogen worden; dies hat der Kläger hingenommen. Nach der Satzung der Beklagten erhält der von der Einziehung betroffene Gesellschafter eine nach den „Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ des Instituts der Wirtschaftsprüfer zu berechnende Abfindung, welche sofort fällig ist. In einem von der Beklagten angestrebten Schadenersatzprozeß hat der Kläger im Jahre 1988 im Wege der Widerklage einen mit 10 Mio. DM bezifferten Teilanspruch seiner Abfindung für die Einziehung seines Geschäftsanteils geltend gemacht und durch rechtskräftig gewordenes Urteil einen Betrag von insgesamt 8.160.000,- DM zugesprochen erhalten.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Ansicht vertreten, er nehme ungeachtet des von ihm nicht angefochtenen Einziehungsbeschlusses an den Gewinnen der Beklagten so lange teil, bis ihm die satzungsmäßig zustehende Abfindung für den Geschäftsanteil ausgezahlt sei. Er hat deswegen zunächst im Wege der Stufenklage Auskunft über die von der Beklagten in den Geschäftsjahren 1986 bis 1990 erzielten Ergebnisse durch Vorlage der Jahresabschlüsse verlangt, während die Beklagte mit ihrer Widerklage die Feststellung begehrt hat, daß der Kläger für die Zeit nach Einziehung des Geschäftsanteils nicht mehr gewinnberechtigt sei. Durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil hat das Landgericht der Widerklage entsprochen und dem Auskunftsbegehren für die Zeit bis zum 21.9.1987, dem Tag, an welchem die Einziehung beschlossen worden war, stattgegeben.

Aufgrund der daraufhin von der Beklagten erteilten Auskunft steht fest, daß die Gesellschafterversammlung der Beklagten am 21.3. und 30.11.1988 die jeweiligen Jahresabschlüsse für die am 31.3.1987 bzw. 31.3.1988 endenden Geschäftsjahre festgestellt und von den Überschüssen 2.240.032,- DM für das erste und 2.989.759,- DM für das zweite Jahr ausgeschüttet hat. Mit dem Leistungsantrag hat der Kläger entsprechend seiner Beteiligung an der Beklagten die Zahlung von 448.006,40 DM für das am 31.3.1987 endende Rumpfgeschäftsjahr und – anteilig bis zum 21.9.1987 – 284.027,10 DM gefordert. Das Landgericht hat diesem Begehren mit seinem Schlußurteil entsprochen; die Berufung der Beklagten hatte nur hinsichtlich der auf das zweite Geschäftsjahr entfallenden Dividende Erfolg. Beide Parteien haben gegen dieses Urteil, soweit sie beschwert waren, Revision eingelegt. Das Rechtsmittel des Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der dem angefochtenen Urteil zugrundeliegenden Auffassung nimmt der Kläger nicht einmal für das im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses abgeschlossene Rumpfgeschäftsjahr am Gewinn der Beklagten teil.

I. Mit Recht ist das Berufungsgericht in seiner Entscheidung nicht auf die von dem Kläger während des Auskunftsverfahrens aufgeworfene Frage eingegangen, ob der Einziehungsbeschuß schon mit seiner Bekanntgabe an den Kläger zur Vernichtung des Geschäftsanteils geführt hat oder ob diese Wirkung, wie der Kläger unter Hinweis auf die zur Ausschließungsklage ohne satzungsrechtliche Grundlage ergangene Entscheidung des Senats vom 1.4.1953 (BGHZ 9, 157 ff.) gemeint hat, erst mit der Zahlung der Abfindung eingetreten ist, so daß er bis zu diesem weit nach der Beschlußfassung liegenden Zeitpunkt seine Mitgliedschaftsrechte behalten hätte und seinem ursprünglichen Begehren entsprechend an den bis dahin von der Beklagten erwirtschafteten Gewinnen zu beteiligen wäre. Diese im Schrifttum (vgl. z.B. einerseits *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. § 34 Rdnr. 24 f.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl. § 34 Rdnr. 12; *Scholz/Westermann*, GmbHG, 8. Aufl. § 34 Rdnr. 58; *Rowedder*, GmbHG, 3. Aufl. § 34 Rdnr. 27; andererseits *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. § 34 Rdnr. 60 f.; ders. FS Rittner S. 735 ff.; schließlich *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 3. Aufl. § 34 Rdnr. 19 ff.) nicht einheitlich beantwortete Frage ist nämlich im jetzigen Stand des Verfahrens nicht mehr entscheidungserheblich, weil aufgrund des rechtskräftig gewordenen Teilurteils des Landgerichts feststeht, daß der Kläger jedenfalls über den 21.9.1987 hinaus nicht gewinnberechtigt ist, die Einziehung also an diesem Tag wirksam geworden ist.

II. 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, dem Kläger den anteiligen Gewinn für das im Zeitpunkt der Einziehung bereits abgeschlossene Rumpfgeschäftsjahr zuzuerkennen, im wesentlichen mit der Erwägung begründet, der Gewinnanspruch sei dem Grunde nach bereits mit Ablauf des Geschäftsjahres entstanden, die spätere Feststellung des Jahresabschlusses und die Entscheidung über die Gewinnverwendung führten lediglich die Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs herbei (vgl. dazu schon OLG Hamm GmbHR 1989, 126 mit ablehnender Anmerkung von *Ebenroth* EWIR 1989, 267 f.). Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten mit Recht.

2. Die Einziehung vernichtet den Geschäftsanteil des betroffenen Gesellschafters und läßt sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten untergehen. Eine Ausnahme gilt allein für solche auf dem Mitgliedschaftsverhältnis beruhenden Rechte und Pflichten, die sich gegenüber dem Geschäftsanteil bereits vor dem Wirksamwerden des Einziehungsbeschlusses verselbständigen haben (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a.a.O. § 34 Rdnr. 60; *Baumbach/Hueck* a.a.O. § 34 Rdnr. 15; *Lutter/Hommelhoff* a.a.O. § 34 Rdnr. 2 und 5; *Scholz/Westermann* a.a.O. § 34 Rdnr. 60; *Roth/Altmeppen* a.a.O. § 34 Rdnr. 50). Von einer Verselbständigung des Gewinnanspruchs in diesem Sinne kann erst dann die Rede sein, wenn der Ausschüttungsanspruch entstanden ist. Dazu reicht der Ablauf des Geschäftsjahres nicht aus, vielmehr bedarf es nach der erst jüngst bestätigten Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 8.12.1997 – II ZR 203/96, ZIP 1998, 384; Urt. v. 12.1.1998 – II ZR 82/93, ZIP 1998, 467) zusätzlich der Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschlußfassung über die Verwendung des ausgewiesenen Jahresgewinns. Erst von da an gehört der Gewinnanspruch zum Vermögen des Gesellschafters (vgl. Sen.Urt. v. 12.1.1998 a.a.O. m.w.N.), er kann erst ab diesem Zeitpunkt von ihm aktiviert und in der Bilanz der Gesellschaft als Aufwand abgesetzt werden (*Scholz/Emmerich* a.a.O. § 29 Rdnr. 148).

Wenn das Berufungsgericht demgegenüber im Anschluß an OLG Hamm (GmbHR 1989, 126; ihm ohne eigene Begründung folgend *Hachenburg/Welf Müller* a.a.O. § 21 Rdnr. 53) meint, bereits mit Ablauf des Geschäftsjahres sei der Gewinnanspruch „dem Grunde nach entstanden“, trennt es nicht in der gebotenen Weise zwischen Gewinnstammrecht und Gewinnauszahlungsanspruch (vgl. schon *Ebenroth* a.a.O.). Es setzt sich darüber hinweg, daß nach ganz h.M. mit dem Ablauf des Geschäftsjahres lediglich ein mitgliedschaftlicher Anspruch auf Feststellung des Jahresabschlusses und Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses, der Auszahlungsanspruch auf die ausgeschüttete Dividende aber erst mit dem Gewinnverwendungsbeschuß und durch denselben entsteht (vgl. *KK/Lutter* § 58 Rdnr. 97 m.w.N.; *Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller* a.a.O. § 29 Rdnr. 6; *Lutter/Hommelhoff* a.a.O. § 29 Rdnr. 3).

Auch die von dem Berufungsgericht angeführten Zitate aus dem Schrifttum stützen – ungeachtet der nicht immer völlig präzisen Ausführungen im Einzelfall – seine Auffassung nicht: *Westermann* (in *Scholz* a.a.O. § 34 Rdnr. 60) verlangt ausdrücklich einen vor der Einziehung gefaßten Gewinnfeststellungs- und -verwendungsbeschuß. Auf diese Ausführungen nehmen nicht nur *Hueck* (a.a.O. § 34 Rdnr. 15) und *Altmeppen* (a.a.O. § 34 Rdnr. 50), sondern auch *Ulmer* (a.a.O. § 34 Rdnr. 57) Bezug, der von der Verselbständigung des Gewinnanspruchs vergangener Geschäftsjahre allein dann ausgeht, wenn er nach Maßgabe des § 29 GmbHG – also aufgrund Beschlusses der Gesellschafterversammlung – entstanden ist. *Lutter/Hommelhoff* (a.a.O. § 29 Rdnr. 4) schließlich fordern für das Entstehen eines Gewinnauszahlungsanspruchs – wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat – jedenfalls die vorherige Feststellung des Jahresabschlusses und begnügen sich nicht wie das Oberlandesgericht mit dem schlichten Ablauf des Geschäftsjahres.

Soweit das Oberlandesgericht Hamm (GmbHR 1989, 126) gegenteilig entschieden hat, ist dies einerseits schon deswegen mit der hier zu beurteilenden Fallgestaltung nicht zu vergleichen, weil in dem damaligen Fall noch das Vollausschüttungsgebot des § 29 GmbHG a.F. galt und das Oberlandesgericht Hamm deswegen möglicherweise gemeint hat, den den Auszahlungsanspruch auslösenden Beschlüssen der Gesellschafterversammlung eine nur formale Bedeutung beimessen zu können, während es sich bei der Beklagten um eine nach neuem Recht errichtete Gesellschaft handelt. Die gegen diese Außerachtlassung der grundlegenden Bedeutung der Entscheidungen über Jahresabschluß und Gewinnverwendung bestehenden Einwände gelten jedoch erst recht, wenn es in der Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung liegt, ob überhaupt und in welcher Höhe ein festgestellter Gewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet werden soll. Daß der Gesellschafter mit der rechtswirksam beschlossenen Einziehung das Recht verliert, an der Beschlußfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des ausgewiesenen Gewinns teilzunehmen, ist eine Folge der mit der Einziehung eintretenden Vernichtung des Geschäftsanteils und des Untergangs der Mitgliedschaftsrechte. Sie kann nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, daß aus Gründen vermeintlicher Billigkeit ein Gewinnauszahlungsanspruch als bereits mit Ablauf des Geschäftsjahres entstanden fingiert wird.

18. GmbHG § 7, § 8, § 9c (*Prüfungspflicht des Registergerichts bei Bargründung einer GmbH*)

Bei der Bargründung einer GmbH darf das Registergericht auch prüfen, inwieweit das Stammkapital im Zeitpunkt der Eintragung vorbelastet ist.

BayObLG, Beschluß vom 7.10.1998 – 3Z BR 177/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der beurkundende Notar meldete mit Schreiben vom 22.4.1997 die Vor-GmbH zur Eintragung in das Handelsregister an. Beigefügt war u.a. eine Versicherung des Geschäftsführers und alleinigen Gesellschafters vom 22.1.1997, daß die übernommene Stammeinlage von DM 50.000,- zu 100% eingezahlt sei, sich der Betrag endgültig in der freien Verfügung des Geschäftsführers befinde und nicht durch Verbindlichkeiten mit Ausnahme des Gründungsaufwandes vorbelastet sei.

Mit Beschluß vom 19.1.1998 wies das Gericht die Anmeldung mit der Begründung zurück, daß die Anmelderin der Zwischenverfügung vom 24.11.1997 nicht fristgemäß nachgekommen sei und weder eine Bestätigung der Bank über die Einzahlung der Stammeinlage vorgelegt noch das behauptete „Einbringen von Sachwerten von DM 130.000,-“ näher erläutert habe.

Die vom Geschäftsführer eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Wird eine GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so hat das Registergericht nach § 9c Abs. 1 GmbHG zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Diese Prüfung umfaßt die notwendigen Stammeinlageleistungen. Bei einer Bargründung durch nur eine Person gehört daher gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2, § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG zu einer ordnungsgemäßen Anmeldung die vom Geschäftsführer abzugebende Versicherung, daß die vorgeschriebene Geldeinlage vollständig zu seiner freien Verfügung geleistet ist, bzw. entsprechende Sicherheiten gestellt sind, soweit die Geldeinlage nicht voll geleistet worden ist.

Die Versicherung hat darüber hinaus Angaben zu enthalten, inwieweit das Anfangskapital der Gesellschaft bereits durch Schulden vorbelastet ist (BGHZ 80, 129/143; BayObLG GmbHR 1992, 109 f. [= MittBayNot 1992, 62]). Derartige Vorbelastungen hindern grundsätzlich ungeachtet der Differenzhaftung des Gründers eine Eintragung.

Dabei ist für die registergerichtliche Prüfung auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen mit der Folge, daß auch Vorbelastungen zu berücksichtigen sind, die nach der Anmeldung eingetreten sind (BGHZ 80, 129/137; BayObLG GmbHR 1992, 109 [= MittBayNot 1992, 62]; OLG Frankfurt WM 1992, 1315/1318; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1381/1382; OLG Düsseldorf ZIP 1996, 1705; BB 1998, 1497; *Altmepfen/Roth* GmbHG 3. Aufl. § 9c Rdnr. 10; andere Auffassung – Zeitpunkt der Anmeldung – etwa *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 14. Aufl. § 8 Rdnr. 12; *Baumbach/Hueck* GmbHG 16. Aufl. § 9c Rdnr. 8). Es ist der Kerngedanke des Kapitalgesellschaftsrechts zu beachten, die juristische Person nur mit einem garantierten Mindestkapital als der unerläßlichen Betriebs- und Haftungsgrundlage ins Leben treten zu lassen. Der Rechtsverkehr muß sich darauf verlassen können, daß die GmbH wenigstens im Zeitpunkt ihrer Eintragung, also bei der

Entstehung (§ 11 GmbHG), über diesen öffentlich verlaublichen Haftungsfonds tatsächlich verfügt (BayObLG GmbHR 1992, 109/110).

Für die Intensität der Prüfung durch das Registergericht gilt allgemein, daß bei Anlaß zu begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Erklärung nähere Informationen und Nachweise zu verlangen sind (vgl. BGHZ 113, 335, 352 [= MittBayNot 1991, 125]; BayObLG BB 1988, 716; 1994, 23 [= MittBayNot 1994, 59]). Ein solcher Anlaß liegt insbesondere vor, wenn bekannt wird, daß erhebliche Vorbelastungen eingetreten sind und die dadurch begründeten Differenzhaftungsansprüche wegen schlechter Vermögenslage der Gesellschafter nicht durchsetzbar erscheinen (BayObLG GmbHR 1992, 109/110 [= MittBayNot 1992, 125]).

b) Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die Eintragung abgelehnt werden mußte. Es war unverzichtbar, vom Geschäftsführer nähere Erläuterungen insbesondere zu der Verwendung der Einlagemittel und den sonstigen Vorbelastungen erbringen zu lassen. Für eine eigenverantwortliche Prüfung des Registergerichts bestand keine tragfähige Grundlage, da keine hinreichenden Ergänzungen erfolgt sind.

Zu dem Verlangen nach näheren Erläuterungen gab schon die Dauer des Eintragungsverfahrens Anlaß, die darauf beruhte, daß die Gesellschaft den Kostenvorschuß trotz mehrfacher Monierungen erst im Oktober 1997 einzahlte.

Es war ferner bekannt, daß in der Zwischenzeit die Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen des alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers mangels Masse abgelehnt worden war. Die Gesellschaft räumte auch ein, daß die am 27.1.1997 geleistete Einlage als Bankguthaben längst nicht mehr unversehrt vorhanden war. Die Gesellschaft hatte vielmehr ihre Tätigkeit schon im Januar 1997 aufgenommen, während der Antrag auf Eintragung aus nicht erläuterten Gründen erst Monate danach eingereicht worden war.

Trotz gerichtlicher Aufforderungen, die auch das Beschwerdegericht wiederholte und die konkrete Nachweise verlangten, z.B. die Vorlage von Kaufbelegen, einer Zwischenbilanz oder wenigstens einer betriebswirtschaftlichen Auswertung, wurden Nachweise nicht beigebracht.

19. BGB §§ 705, 714; GmbHG § 4; UWG § 3 (*Unzulässiges Führen des Namens „GbR mit beschränkter Haftung“ durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts*)

Es erfüllt den Tatbestand der Irreführung nach § 3 UWG, die Beschränkung der Haftung bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dadurch für Dritte zu verlaublichen, daß in den Namen der Gesellschaft der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ aufgenommen wird.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Beschluß vom 28.8.1998 – 29 W 2437/98 –

Aus dem Tatbestand:

Das LG München I hat entsprechend dem Antrag der Antragstellerin den Antragsgegnern untersagt, im geschäftlichen Verkehr auf Briefbögen wie folgt zu firmieren:

„Hit ... GbR mbH“.

Nummehr firmieren die Antragsgegner als „Hit ... GbR mit beschränkter Haftung“.

Die Antragstellerin hält auch diese Firma für irreführend. Sie meint, was für die in § 4 Abs. 2 des GmbH-Gesetzes nicht verwendete Kurzbezeichnung „mbH“ gelte, müsse erst recht für die dort ausdrücklich erwähnte Bezeichnung „mit beschränkter Haftung“ gelten. Keine andere Gesellschaft außer einer GmbH dürfe sich, um Verwechslungen zu vermeiden, der kraft Gesetzes exklusiv für die GmbH reservierten Gesellschaftsbezeichnung bedienen.

Das LG München I hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, daß die von den Antragsgegnern gebildete GbR die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt habe. Dies könne mit dem landläufigen Hinweis „mit beschränkter Haftung“ in zulässiger Weise geschehen.

Gegen diese Entscheidung des Landgerichts richtete sich die Beschwerde der Antragstellerin. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Nach ständiger Rechtsprechung können die Mitglieder einer BGB-Gesellschaft ihre Haftung in der Weise begrenzen, daß die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters gesellschaftsvertraglich entsprechend beschränkt wird und diese Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten erkennbar gemacht wird. Daß bei den Antragsgegnern die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter vorliegen, bezweifelt die Antragstellerin nicht. Die Beschränkung der Vertretungsmacht und die damit einhergehende Haftungsbeschränkung der Gesellschafter der BGB-Gesellschaft machen die Antragsgegner durch den Haftungshinweis „mit beschränkter Haftung“ deutlich.

Es mag dahinstehen, ob der von den Antragsgegnern gewählte Hinweis geeignet ist, in ausreichender Weise die Haftungsbeschränkung gegenüber ihren Vertragspartnern herbeizuführen. Mit der Firmierung „GbR mit beschränkter Haftung“ übernehmen die Antragsgegner einen Haftungshinweis, wie er gemäß § 4 Abs. 2 GmbH-Gesetz für die Firma einer GmbH ausdrücklich vorgeschrieben ist. Ebenso mag dahinstehen, ob der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ in einer Firma wegen der gesetzlichen Regelung allein der GmbH vorbehalten ist (so *Hachenburg/Heinrich*, GmbH-Gesetz, 8. Auflage, Rdnr. 57 zu § 4). Die Antragsgegner übernahmen mit der Wahl dieses Hinweises jedenfalls einen für eine GmbH notwendigen Firmenbestandteil, der weithin, auch in seiner Abkürzung „mbH“, bekannt ist und von den angesprochenen Verkehrskreisen mit einer juristischen Person in der Rechtsform der GmbH verbunden wird. Da die Abkürzung „GbR“ keine allgemein übliche Abkürzung für eine BGB-Gesellschaft darstellt, die nahezu allen angesprochenen Verkehrskreisen eine eindeutige Identifizierung des Gesellschaftstyps ermöglicht, besteht für einen nicht ganz unerheblichen Teil des Verkehrs die Gefahr, die von den Antragsgegnern gewählte Gesellschaftsform mit der einer GmbH zu verwechseln (§ 3 UWG). Hinzu kommt, daß mit der gewählten Bezeichnung auch bei Teilen der Verkehrskreise, die die Abkürzung „GbR“ zutreffend einer BGB-Gesellschaft zuordnen, der Eindruck erweckt wird, es werde damit ein (neuer) Gesellschaftstyp bezeichnet, der ähnlich wie die bekannten Kapitalgesellschaften als juristische Person am Geschäftsverkehr teilnehme. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit, die als Haftungsschuldner herangezogen werden kann. Das unterscheidet sie von rechtsfähigen Körperschaften, insbesondere von der GmbH und anderen Kapitalgesellschaften. Die Antragsgegner haben deshalb mit der gewählten gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung auch nicht die Haftung einer Gesellschaft, sondern ihre persönliche Haftung als Gesellschafter beschränkt.

Zu den Verkehr nicht irreführenden Hinweisen sind in der Literatur verschiedentlich Vorschläge gemacht worden (*Heermann*, BB 1994, 2421/2431, Fußnote 125; Münchner Kommentar/*Ulmer*, BGB, 3. Auflage, Rdnr. 39 zu § 714).

Die Antragstellerin kann sich nach alledem auf § 3 UWG berufen, weil aufgrund der von den Antragsgegnern gewählten Firmierung die Gefahr der Irreführung über die Gesellschaftsform ihrer Gesellschaft besteht (vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 1990, 2133 f.) Dem steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Haftungsbeschränkung bei Anwälten“ (NJW 1992, 3037 f. = ZIP 1992, 1500 f.) nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung vielmehr offen gelassen, ob ein Irreführungstatbestand, wie er vorliegend bejaht wurde, besteht und aus anderen Gründen den verfolgten Unterlassungsanspruch bejaht.

Die irreführenden Angaben in der Firmierung der Antragsgegner sind auch geeignet, den Wettbewerb i.S. von § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG wesentlich zu beeinträchtigen. Für mögliche Geschäftspartner der Antragsgegner ist es von erheblicher Bedeutung, wie die Haftung ihres Vertragspartner ausgestaltet ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß bei einer BGB-Gesellschaft anders als bei einer GmbH keinerlei Gesellschaftskapital vorhanden zu sein braucht. Irreführende Angaben in der Firmierung zur Gesellschaftsform sind daher in hohem Maße geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt wesentlich in Mitleidenschaft zu ziehen.

20. UmwG §§ 17 Abs. 2 Satz 4, 120 f.; BGB § 188 Abs. 2 (*Berechnung der Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG bei einer Umwandlungsbilanz*)

Für die Berechnung der Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG sind die Vorschriften der §§ 187 bis 193 BGB maßgebend. Bei einer Umwandlungsbilanz, deren Stichtag der 28.2. ist, endet die vorbezeichnete Achtmonatsfrist somit am 28.10.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Köln, Beschluß vom 22.6.1998 – 2 Wx 34/98 –

Aus dem Tatbestand:

Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 30.10.1997, der beim Amtsgericht W. am 31.10.1997 eingegangen ist, hat die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf einen Beschluß ihrer Gesellschafterversammlung vom 30.10.1997 ihre Umwandlung in ein einzelkaufmännisches Unternehmen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung beigelegt war eine auf den 28.2.1997 als Stichtag aufgestellte Bilanz.

Der Richter des Amtsgerichts W. hat den Eintragungsantrag vom 30.10.1997 mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Frist des § 17 Abs. 2 UmwG vor dem Eingang der Anmeldung abgelaufen sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beschwerdeführerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Nach § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, der gemäß § 121 UmwG auch im Fall der Verschmelzung mit dem Vermögen eines Gesellschafters nach § 120 Abs. 1 UmwG anzuwenden ist, darf das Registergericht die Verschmelzung nur dann in das Handelsregister eintragen, wenn die der Anmeldung beigelegte

Schlußbilanz auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag ausgestellt worden ist. Diese Voraussetzung ist hier nach den rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts nicht erfüllt, weil die Anmeldung später als acht Monate nach dem Stichtag der vorgelegten Bilanz, dem 28.2.1997, bei dem Registergericht eingegangen ist.

Gemäß § 186 BGB sind die Vorschriften der §§ 187 bis 193 BGB auch auf die Berechnung der in anderen Gesetzen bestimmten Fristen – und daher auch im Fall des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG – anzuwenden. Gemäß den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB endete die Frist von acht Monaten hier – da Stichtag der Bilanz der 28.2.1997 war – am 28.10.1997 und war daher bei Eingang des Eintragungsantrages vom 30.10.1997 bereits verstrichen. Die im Beschwerdeverfahren vertretene Berechnungsmethode der Beschwerdeführerin widerspricht den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof für die Fristberechnung nach § 188 Abs. 2 BGB für den – hier gegebenen – Fall des Beginns einer nach Monaten bemessenen Frist an einem 28.2. aufgestellt hat (vgl. BGH NJW 1984, 1358). Die Regelung des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG ist gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG zwingend (vgl. *Lutter/Bork Umwandlungsgesetz*, 1996, § 17, Rdnr. 6), so daß auch eine – wie hier – nur geringfügige Überschreitung der Frist der Eintragung entgegen steht (vgl. *Kraft* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 1990, § 345, Rdnr. 19 zu der – mit § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG wörtlich übereinstimmenden – früheren Regelung in § 345 Abs. 3 Satz 4 AktG).

21. HGB § 53 Abs. 3 (*Keine ausdrückliche Anmeldung des Erlöschens der Prokura bei „Aufstieg“ zum alleinigen Geschäftsführer*)

Die Prokura erlischt, wenn der bisherige Prokurist einer Gesellschaft zu deren alleinigem Geschäftsführer ernannt wird. Eine gesonderte ausdrückliche Anmeldung des Erlöschens der Prokura zum Handelsregister ist nicht erforderlich, da die Anmeldung der Geschäftsführerernennung die nach § 53 Abs. 3 HGB erforderliche Anzeige des Erlöschens der Prokura mit einschließt.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Bremen, Beschluß vom 9.6.1998 – 13-T-14/98 A –

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

22. ZPO §§ 794 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5; 797 Abs. 3 (*Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung*)

Dem Gläubiger, der bereits eine erste Ausfertigung tatsächlich erhalten hat, kann auch dann eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, wenn der Schuldner in der Unterwerfungsurkunde beantragt hatte, die vollstreckbare Ausfertigung zu seinen Händen zu erteilen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG München II, Beschluß vom 2.11.1998 – 8 T 5279/97 –, mitgeteilt von Notar Dr. Günter Promberger, Dachau

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde hat der Schuldner folgendes Schuldanerkennnis abgegeben:

I.

„Ich, ... anerkenne hiermit
Herrn ...

den Betrag von DM 1.000.000,–

– einemillion Deutsche Mark –

und Zinsen hieraus bis zum 20.10.1989

im Betrag von DM 53.000,–

– dreiundfünzigtausend Deutsche Mark –
zu schulden.

Die Beträge sind sofort fällig.

Wegen und in Höhe der Schuld unterwerfe ich mich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in mein gesamtes Vermögen.

II.

Ich ersuche, mir eine einfache Ausfertigung und dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen zu meinen Händen. ...“

Die erste vollstreckbare Ausfertigung ist am 1.12.1989 dem Schuldner ausgehändigt worden.

Auf Antrag des Gläubigers vom 15.7.1997 auf Erlass einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung hat das Amtsgericht Dachau am 8.8.1997 folgenden Beschluß erlassen:

„Der Notar ... wird gemäß § 797 Abs. 3 ZPO angewiesen, eine weitere vollstreckbare Ausfertigung der Notarurkunde Nr. 4819 vom 1.12.1989 zu erstellen.“

Der Notar sieht sich durch Ziff. II der notariellen Urkunde vom 1.12.1989, welche lautet:

„Ich ersuche, mir eine einfache Ausfertigung und dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen zu meinen Händen“

gehindert, die weitere vollstreckbare Ausfertigung der Notarurkunde dem Gläubiger zu geben.

Hiergegen richtet sich der Antrag des Gläubigers vom 19.8.1997.

Mit richterlicher Verfügung vom 3.11.1997 ist dem Schuldner Gelegenheit gegeben worden, innerhalb von 3 Wochen zum Antrag des Gläubigers vom 19.8.1997 Stellung zu nehmen.

Es hat sich herausgestellt, daß der Schuldner unbekannten Aufenthalts ist. Mit Beschluß vom 17.9.1998 ist die öffentliche Zustellung der richterlichen Verfügung vom 3.11.1997 angeordnet und die öffentliche Zustellung durchgeführt worden.

Der Schuldner hat sich zum Antrag des Gläubigers vom 19.8.1997 nicht geäußert.

Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Der Antrag des Gläubigers vom 19.8.1997 ist zulässig. Der Gläubiger beschwert sich darüber, daß der Notar sich weigert, ihm die zweite vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 1.12.1989 zu geben. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO entscheidet eine Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat, über Beschwerden wegen Amtsverweigerung bei Urkundentätigkeit. Dies gilt auch für die Verweigerung anderer Amtsgeschäfte als der echten Urkundentätigkeit. Der BGH hat den § 15 BNotO als Generalklausel angesehen und entschieden, daß auch das Verlangen auf Vornahme von Amtshandlungen eines Notars im Wege der Beschwerde verfolgt werden kann (*Herbert Arndt*, BNotO 2. Aufl. 1982, § 15 Nr. 6). Beschwerde ist u.a. gegeben, wenn der Notar es ablehnt, eine Ausfertigung zu erteilen (*Arndt*, a.a.O.).

2. Die Beschwerde ist begründet:

Dem Gläubiger ist vom Notar die weitere vollstreckbare Urkunde auszuhändigen. Zwar besagt Ziff. 2 der genannten Urkunde vom 1.12.1989 unter Ziff. 2 folgendes:

„Ich ersuche, mir eine einfache Ausfertigung und dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunden zu erteilen zu meinen Händen.“

Tatsächlich braucht jedoch der Gläubiger zur Vollstreckung den vollstreckbaren Titel. Das Bedürfnis der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger ergibt sich daraus, daß die erste vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner erteilt worden ist und damit der Gläubiger keine Möglichkeit zur Vollstreckung hat. Dem Schuldner droht deshalb nicht mehrfache Zwangsvollstreckung, da die erste vollstreckbare Ausfertigung an ihn selbst ausgehändigt worden ist und nicht an den Gläubiger.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig; die Begründung ist allerdings teils unzutreffend, teils dürftig.

1. Der Gläubiger begehrt eine vollstreckbare Ausfertigung. Gegen die Weigerung des Notars, ihm eine solche zu erteilen, ist die Beschwerde nach § 54 BeurkG gegeben. Diese Vorschrift gilt auch für weitere vollstreckbare Ausfertigungen. Sie gilt ohne Rücksicht darauf, ob es um die Erteilung der Klausel überhaupt oder – wie vorliegend – nur darum geht, ob die vollstreckbare Ausfertigung von einem dazu legitimierten Antragsteller begehrt wird. Als die speziellere Vorschrift schließt § 54 BeurkG die Anwendung des § 15 BNotO aus (*Huhn-von Schuckmann*, BeurkG, § 54 Rdnr. 3; *Keidel-Kuntze-Winkler*, BeurkG § 54 Rdnr. 5). Insofern ist die Entscheidung also falsch; praktische Auswirkungen hat das freilich nicht.

2. Für die Frage, ob der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung verlangen kann, obwohl der Schuldner in der Unterwerfungsurkunde beantragt hatte, sie zu seinen Händen zu erteilen, kommt es zunächst auf die alte und in allen Kommentaren ausgebreitete Streitfrage an, ob schon die Beurkundung der Unterwerfungserklärung für sich allein dem Gläubiger einen Anspruch auf vollstreckbare Ausfertigung verschafft (so BayObLGZ 1934, 159; *Winkler* NJW 1971, 652; *Stein-Jonas-Münzberg*, ZPO, § 797 Rdnr. 2 mit Nachweisen für weitere Vertreter dieser Auffassung) oder ob eine vollstreckbare Ausfertigung nur verlangen kann, wer bereits eine einfache Ausfertigung in Händen oder nach § 51 BeurkG Anspruch auf Aushändigung einer einfachen Ausfertigung hat (so OLG Hamburg DNotZ 1987, 356; OLG Hamm DNotZ 1988, 241; *Wolfsteiner* DNotZ 1985, 481; *Haegeler-Schöner-Stöber*, GBR, Rdnr. 2057 mit Nachweisen über die übrigen Vertreter dieser Auffassung). Folgt man der ersteren Auffassung, so ist der Gläubiger ohne weiteres antragsbefugt, selbst dann, wenn der Schuldner die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung unmittelbar an den Gläubiger untersagt haben sollte. Folgt man der herrschenden letzteren Auffassung, so steht vorliegend dem Gläubiger das Antragsrecht deshalb zu, weil er – was der Sachverhalt nur durch die Verweisung auf den Beschluß des Amtsgerichts erkennen läßt – die erste vollstreckbare Ausfertigung vom Schuldner empfangen hatte. Das genügt nach übereinstimmender Auffassung der Vertreter der herrschenden Lehre, um dem Gläubiger das Antragsrecht auch für weitere vollstreckbare Ausfertigungen zu verschaffen. Daß der Gläubiger die ihm ausgehändigte Ausfertigung verloren hat, vermag seine Rechtsposition nicht zu zerstören.

3. Das Landgericht hatte vorliegend nur noch zu entscheiden, ob die Befugnis, die Erteilung der weiteren vollstreckbaren

Ausfertigung zu beantragen, dem Gläubiger oder nur dem Schuldner zustand. Daß eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen war, hatte bereits das Amtsgericht entschieden. Gegen die vom Rechtspfleger getroffene Entscheidung des Amtsgerichts hätte dem Schuldner die Erinnerung nach § 11 Abs. 1 RPflG zugestanden; ab 1.1.1999 gilt die Neuregelung, wonach gegen die Entscheidung des Rechtspflegers unmittelbar die Beschwerde zum Landgericht stattfindet. Im vorliegenden Fall war aber weder Erinnerung noch Beschwerde gegen die Entscheidung des Rechtspflegers erhoben worden, so daß die Frage, ob eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden durfte, dem Landgericht gar nicht angefallen war. Seine Ausführungen zum Bedürfnis des Gläubigers nach einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung und dazu, daß keine Gefahr der Doppelvollstreckung bestehe (was sich natürlich nicht mit dem Hinweis darauf begründen läßt, daß die erste vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner übergeben worden war, der diese Ausfertigung ja dem Gläubiger ausgehändigt hatte) gehen deshalb an der Sache vorbei.

So, wie bereits der Notar an die unangefochtene Entscheidung des Rechtspflegers beim Amtsgericht gebunden war, mußte auch das Landgericht im Beschwerdeverfahren die Entscheidung des Amtsgerichts hinnehmen; im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG ist nämlich (ebenso wie im Beschwerdeverfahren nach § 15 BNotO) nach denselben Grundsätzen zu entscheiden, nach denen der Notar zu entscheiden hatte (BayObLG FGPrax 1995, 211; OLG Frankfurt FGPrax 1997, 120; *Schultheis*, Rechtsbehelfe bei vollstreckbaren Urkunden, 1996, S. 138; *MünchKommZPO-Wolfsteiner* § 797 Rdnr. 32). Das Landgericht war also ebenso an die Entscheidung des Amtsgerichts gebunden wie der Notar an sie gebunden war. Die Bindung umfaßte aber nur die Frage, ob überhaupt eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen war (OLG Düsseldorf DNotZ 1977, 571; *Stein-Jonas-Münzberg*, ZPO, § 797 Rdnr. 18); der Notar und – nach Beschwerde gemäß § 54 BeurkG – das Landgericht hatten anschließend zu entscheiden, ob der Gläubiger oder nur der Schuldner antragsberechtigt war. Zu dieser allein zu entscheidenden Frage findet sich allerdings in der vom Landgericht gegebenen Begründung kein Wort.

Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München

Beurkundungs- und Notarrecht

23. BNotO § 15 Abs. 1 S. 2 (*Keine allgemeine Auskunftspflicht des Notars gegenüber Beteiligten einer abgeschlossenen Beurkundung*)

Der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO ist nicht eröffnet für ein Begehren, das allgemein auf eine Auskunftserteilung des Notars über die Umstände gerichtet ist, unter denen eine abgeschlossene Beurkundung zustandgekommen ist.

OLG Hamm, Beschluß vom 12.5.1998 – 15 W 133/98 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Notar hat einen Vertrag beurkundet, durch den der Beteiligte Grundstücke an die Stadt Y. verkauft und aufgelassen hat. Entsprechend den getroffenen Vereinbarungen ist der vereinbarte Kaufpreis in Höhe von 5.550.000,00 DM auf ein Anderkonto des Urkundsnotars gezahlt und von ihm vorrangig zur Befriedigung von Gläubigern ver-

wendet worden. Den auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrag von 2.373.000,82 DM hat der Urkundsnotar auf ein Konto des Beteiligten bei der Sparkasse X. überwiesen. Dem zugrunde lag eine von dem Beteiligten unterzeichnete Erklärung vom 23.05.1986, durch die er den an ihn auszukehrenden freien Teil des Kaufpreises aus dem beurkundeten Kaufvertrag an die Sparkasse X. abgetreten hatte.

Der Beteiligte hat Beschwerde nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO erhoben, mit der er beantragt hat, den Notar anzuweisen,

- 1) ihm umfassende Auskunft über mögliche Geschehnisse anlässlich und vor der Beurkundung des vorerwähnten Kaufvertrages zu erteilen,
- 2) ihm mitzuteilen, aufgrund welcher Zahlungsanweisungen er den Betrag von ... DM an die Sparkasse X. überwiesen habe.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dabei hat es den ersten Beschwerdeantrag des Beteiligten sachlich beschieden, seinen zweiten Antrag hingegen wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses als unzulässig behandelt. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Der Senat hat als Rechtsbeschwerdegericht die Zulässigkeit der Erstbeschwerde von Amts wegen nachzuprüfen (vgl. *Keidel/Kuntze*, FG, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 15). Diese Prüfung ergibt, daß die Erstbeschwerde des Beteiligten insgesamt, also auch hinsichtlich seines ersten Beschwerdeantrags, unzulässig ist.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darf der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Nach Satz 2 der Vorschrift entscheidet über Beschwerden wegen Amtsverweigerung eine Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Aufgrund dieses Zusammenhangs bezieht sich § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO in erster Linie darauf, daß der Notar trotz des Ersuchens eines Beteiligten seine Urkundstätigkeit versagt. Dabei handelt es sich, wie die gesetzliche Definition in § 10 a Abs. 2 BNotO ergibt, um die Amtstätigkeit nach den §§ 20 – 22 a BNotO. Gegenstand der Beschwerde nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO kann deshalb schon im Ausgangspunkt nur die Verweigerung einer konkreten Amtstätigkeit der genannten Art sein. Daran fehlt es jedoch hier. Die Beschwerde des Beteiligten bezieht sich zwar auf ein Urkundsgeschäft, dessen Vornahme der Notar jedoch nicht verweigert, sondern tatsächlich durchgeführt hat. Die Beschwerdemöglichkeit nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO dient lediglich dazu die Durchführung einer bestimmten notariellen Amtstätigkeit sicherzustellen, auf die die Beteiligten zur Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolgs angewiesen sind. Dementsprechend hat bereits der Senat mehrfach ausgeführt, daß für eine Beschwerdeentscheidung nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO kein Raum ist, wenn die betreffende Amtshandlung bereits beendet ist. Denn eine bereits durchgeführte notarielle Amtstätigkeit kann in dem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht mehr rückgängig gemacht werden (Senat DNotZ 1989, 647; OLGZ 1990, 291, 295 = DNotZ 1991, 686; DNotZ 1996, 703, 706 [= MittBayNot 1996, 59 (nur Leitsatz)]; *Arndt/Sandkühler*, BNotO, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 86; *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 203).

In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, daß der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht auf die Urkundstätigkeit des Notars nach den §§ 20 – 22 a BNotO beschränkt ist. Die Vorschrift eröffnet vielmehr eine Rechtsschutzmöglichkeit für alle Arten notarieller Amtsverweigerung, also etwa auch eine solche bei der Abwicklung von Verwahrungs- und sonstigen Geschäften im Sinne der §§ 23, 24 BNotO (BGH NJW 1980, 1106) oder die Ablehnung eines Notars, sich beim Vollzug eines solchen Geschäfts wegen Besorgnis der Befangenheit der weiteren Amtstätigkeit zu enthalten (Senat DNotZ 1996, 703). Dieses weite Verständnis des

Anwendungsbereichs des Beschwerdeweges nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO ändert indessen nichts daran, daß Gegenstand der Beschwerde schon im Ausgangspunkt nur die Verweigerung einer konkreten Amtshandlung des Notars sein kann, das Rechtsmittel deshalb ausgeschlossen sein muß, wenn diese Amtshandlung (hier die Beurkundungstätigkeit des Notars) tatsächlich durchgeführt und damit beendet ist. Gegenstand des Verfahrens kann hingegen nicht allgemein die Ordnungsgemäßheit der Durchführung der Amtstätigkeit des Notars sein. Gerade darauf zielt der Beschwerdeantrag zu 1) hier ab. Dem Beteiligten geht es mit seinem Auskunftsbegehren ersichtlich nur darum, tatsächliche Informationen zu gewinnen, um daraus Ansprüche wegen einer von ihm vermuteten, jedoch in keiner Weise konkretisierten Amtspflichtverletzung geltend machen zu können. Die Beschwerde richtet sich deshalb nicht gegen eine Verweigerung der Amtstätigkeit des Notars, sondern sie betrifft sachlich die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften bei den von dem Notar durchgeführten Beurkundungsverfahren. Es muß deshalb dabei bleiben, daß Amtstätigkeiten des Notars, die die abschließend durchgeführte Beurkundung lediglich vorbereiten oder fördern, nicht zum Gegenstand einer Beschwerde nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO gemacht werden können, und zwar auch dann, wenn die Beschwerde mit einem Auskunftsbegehren verfolgt wird, dem der Notar nicht entsprechen will.

Dieses Ergebnis folgt auch daraus, daß im Gesetz eine allgemeine Auskunftspflicht des Notars gegenüber den Beteiligten eines Urkundsgeschäfts nicht vorgesehen ist. Diese sind vielmehr auf das Recht beschränkt, Ausfertigungen oder Abschriften der Urschrift verlangen sowie die Urschrift einsehen zu können (§ 51 Abs. 3 BeurkG). Diese Regelung ist abschließend und schließt eine darüber hinausgehende Auskunftspflicht des Notars aus (*Keidel/Winkler*, FG, 13. Aufl., 51 BeurkG Rdnr. 40; *Bohrer*, a.a.O., Rdnr. 119). Eine solche allgemeine Auskunftspflicht wäre auch mit dem Berufsbild des Notars nicht vereinbar, der nicht etwa einer allgemeinen Rechenschaftspflicht unterliegender Beauftragter der Beteiligten, sondern nach § 1 BNotO unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes ist.

Kostenrecht

24. KostO § 26; EU-Richtlinie 85/303/EWG (*Begrenzung der Handelsregistergebühren*)

1. Nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Gesellschaftssteuer-richtlinie vom 17.7.1969 dürfen für Handelsregistereintragungen von Kapitalgesellschaften nur Abgaben mit Gebührencharakter erhoben werden. Dieser Artikel begründet für die einzelnen Gesellschaften Rechte, auf die sie sich vor den nationalen Gerichten berufen können. Somit dürfen in den Mitgliedstaaten höchstens Gebühren in Ansatz gebracht werden, die dem tatsächlichen Sach- und Personalaufwand entsprechen.
2. § 26 KostO verstößt gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, soweit sich durch die Anwendung dieser Bestimmung Gebühren errechnen, die den tatsächlichen Aufwand übersteigen. Die Bestimmung kann nur noch in richtlinienkonformer Auslegung zur Anwendung kommen.

BayObLG, Beschluß vom 25.11.1998 – 3Z BR 164/98 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Am 3.7.1997 meldete die A-Kommanditgesellschaft auf Aktien die Errichtung ihrer Zweigniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Zweigniederlassung wurde am 14.8.1997 eingetragen; das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beträgt 200.000.500 DM.

2. Mit Kostenrechnung vom 9.10.1997 hat der Kostenbeamte des Amtsgerichts der Gesellschaft für die Eintragung der Zweigniederlassung nach §§ 26, 79 KostO unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 100.000.250 DM einen Betrag von 51.525 DM in Rechnung gestellt. Die gegen diesen Kostensatz von der Gesellschaft eingelegte Erinnerung hat das Amtsgericht – Rechtspfleger – zurückgewiesen.

Der hiergegen eingelegten erneuten Erinnerung hat der Rechtspfleger nicht abgeholfen. Die Richterin hat die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde der Gesellschaft, der die Richterin nicht abgeholfen hat, hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Gesellschaft hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

3. a) Zutreffend hat es das Landgericht abgelehnt, bei der Bemessung der Gebühr die Zahl der Zweigniederlassungen zu berücksichtigen. Die Gebühr wurde fällig mit der Eintragung, spätestens mit deren Veröffentlichung (vgl. § 10 Abs. 2 HGB), also im Jahre 1997. Damit ist für die Gebührenberechnung grundsätzlich § 26 KostO in der ab 1.1.1997 geltenden Fassung anzuwenden. Nach § 26 Abs. 6 KostO beträgt der Geschäftswert für die Eintragung einer Zweigniederlassung die Hälfte des nach vorstehenden Absätzen bestimmten Wertes. Nur wenn die Anmeldung oder Eintragung mehrere Zweigniederlassungen betrifft, ist der Wert für jede Zweigniederlassung durch Teilung des nach Satz 1 bestimmten Betrages durch die Anzahl der betroffenen Zweigniederlassungen zu ermitteln. Zu Recht hat das Landgericht die Auffassung der Gesellschaft abgelehnt, der Wert von 100.000.250 DM dürfe, da neun Zweigniederlassungen vorhanden seien, maximal $\frac{1}{9}$ von 100.000.250 DM betragen. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig: Die Eintragung hat nur *eine* Zweigniederlassung betroffen.

b) Niedrigere Gebühren lassen sich auch nicht mit den Entscheidungen des SchlHOLG (JurBüro 1998, 205) und des OLG Düsseldorf (Rpfler 1998, 489) rechtfertigen. Diese Gerichte haben zu § 26 Abs. 6 KostO in der auch hier einschlägigen Fassung den Standpunkt vertreten, der Geschäftswert für die Eintragung der Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft in das Handelsregister betrage 0,5% des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals, mindestens aber 25.000 DM und höchstens 500.000 DM. Nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 6 KostO betrage der Geschäftswert die Hälfte des „nach den vorstehenden Absätzen“ bestimmten Wertes. Dies könne sich konsequenterweise nur auf die Absätze 3 bis 5 von § 26 KostO beziehen, weil die Errichtung einer Zweigniederlassung bei dem Gericht der Hauptniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister des Gerichts der Zweigniederlassung anzumelden sei, woraus folge, daß es sich dann um eine spätere Anmeldung ohne bestimmten Geldbetrag im Sinne von § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO handle. Abgesehen davon, daß diese Argumentation versagt, wenn es um die Eintragung der Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft mit Sitz im Ausland geht (vgl. § 13d, 13e HGB), hat der Gesetzgeber seine Auffassung zu § 26 Abs. 6 KostO durch dessen Ände-

rung, in Kraft getreten am 1.7.1998, klargestellt (Art. 24 des HRefG vom 22.6.1998 – BGBl I S. 1474). Zwar wird jetzt der Geschäftswert durch Teilung des ermittelten Betrages durch die Anzahl der eingetragenen Zweigniederlassungen festgestellt, der Gesetzgeber hat aber den Mindestwert auf 25.000 DM, den Höchstwert auf 5.000.000 DM festgesetzt. Dieser Höchstwert liefe leer, wenn bereits nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO ein Höchstwert von 1.000.000 DM, der überdies noch zu halbieren wäre, maßgebend sein sollte (vgl. Lappe EWiR § 26 KostO 1/98, 955). Damit ist auch klargestellt, daß der Gesetzgeber die Anmeldung der Errichtung einer Zweigniederlassung als „Ersteintragung“ und nicht als spätere Anmeldung ansieht. Unabhängig von der Begründung könnten aber die von diesen Oberlandesgerichten ermittelten Gebührensätze, gemessen an den nach Europäischem Recht höchstzulässigen Gebühren, im Ergebnis zutreffend sein.

4. Der Meinung des Landgerichts, § 26 KostO sei in der ab 1.1.1997 geltenden Fassung richtlinienkonform, vermag der Senat nicht zu folgen; auch in der seit 1.7.1998 maßgebenden Fassung ist § 26 KostO nicht richtlinienkonform.

a) Die Gesellschaftssteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17.7.1969 (69/335/EWG i.d.F. der Richtlinie vom 10.6.1985, 85/303/EWG) – abgedruckt bei Lutter Europäisches Unternehmensrecht 4. Aufl. S. 791 – hatte zum Ziel, die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital, die u.a. wegen ihrer Unterschiedlichkeit den freien Kapitalverkehr behinderten, zu harmonisieren. Die Richtlinie ist auf Kapitalgesellschaften, zu denen auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien zählt, anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, 2. Spiegelstrich). Die Richtlinie enthält eine Aufzählung der Vorgänge, die der Gesellschaftsteuer unterliegen (Art. 4), sowie die Fälle, in denen unter Angabe der Bemessungsgrundlage die Steuer erhoben wird (Art. 5); ferner in Art. 7 die Festsetzung gemeinsamer Steuersätze. Schließlich bestimmt Art. 10 Buchst. c, daß, abgesehen von der Gesellschaftsteuer, die Mitgliedstaaten von Kapitalgesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität erheben, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann. Einschränkend hierzu ist es nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. e gestattet, für Eintragungen Abgaben mit Gebührencharakter zu erheben. Nach Art. 13 war diese an die Mitgliedsstaaten gerichtete Richtlinie (Art. 15) bis spätestens 1972 in nationales Recht umzusetzen. Soweit es um Abgaben mit Gebührencharakter geht, hat die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie bis heute nicht umgesetzt.

aa) Die Gebühren für die Handelsregistereintragung fallen unter Art. 12 Abs. 1 Buchst. e. Gebühren gehören zu den öffentlichen Abgaben. Sie sind gesetzlich oder aufgrund eines Gesetzes festgelegte Entgelte für die Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung. Dadurch unterscheiden sie sich von *Steuern und Sonderabgaben*, die in erster Linie dem Finanzbedarf des Staates oder der Gemeinden dienen, und nicht im Zusammenhang mit einer konkreten Gegenleistung an den Abgabeschuldner stehen. Für Gebühren gilt außerdem, anders als für Steuern, das Äquivalenzprinzip (vgl. BVerfGE 92, 91/115; 20, 257/269).

Nach dem Urteil des EuGH vom 2.12.1997 – Rs.C-188/95 – (WM 1998, 2193 = ZIP 1998, 206), das als Vorabentscheidung gemäß Art. 177 EGV in einer dänischen Handelsregistersache ergangen ist, ist Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie dahin auszulegen, daß die für die Eintragung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Kapitalgesellschaft) oder

deren Zweigniederlassung erhobene Abgaben, um Gebührencharakter zu haben, allein auf der Grundlage der Kosten für diese Eintragung berechnet werden müssen. In diese Beträge dürfen auch die Kosten unbedeutender, gebührenfreier Vorgänge eingehen. Der Mitgliedstaat darf bei der Bemessung sämtliche mit der Eintragung zusammenhängende Kosten berücksichtigen, einschließlich des auf einen solchen Vorgang entfallenden Teils der allgemeinen Kosten. Es ist ferner zulässig, pauschale Abgaben mit einer zeitlich unbegrenzt festgesetzten Höhe vorzusehen, wenn der Gesetzgeber in regelmäßigen Abständen überprüft und sicherstellt, daß die Beträge nicht die durchschnittlichen Kosten der betreffenden Vorgänge übersteigen.

bb) Art. 10 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie begründet für die einzelnen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten Rechte, auf die sie sich auch vor den nationalen Gerichten berufen können (EuGH a.a.O.). Voraussetzung ist, daß die Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau abgefaßt ist (vgl. EuGH Slg 1994, I – 483). Diese Vorgaben sind hier erfüllt (vgl. EuGH ZIP 1998, 205/211 Tz. 25). Dann sind aber die nationalstaatlichen Gesetze (hier § 26 KostO) nicht verbindlich, wenn sie der Richtlinie widersprechen; es gilt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (vgl. *Gustavus* ZIP 1998, 502/503; *Müller-Graff* DRiZ 1996, 305/306 ff.).

cc) Der Senat ist an die Auslegung der Richtlinie, wie sie der EuGH in seiner Vorabentscheidung vorgenommen hat, gebunden (vgl. *Grabitz/Hilf/Wohlfahrt*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 177 EGV Rdnr. 72 m.w.N.). Art. 177 EGV spricht dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedsstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des EG-Vertrages sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftlichen Akte zu (zur Frage der richtlinienkonformen Auslegung, wenn die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, siehe BGHZ 138, 55 ff.).

b) Die Kosten für eine Handelsregistereintragung bemessen sich entsprechend der Kostenordnung nach einem Geschäftswert, der in erster Linie nach der Höhe des eingetragenen Geldbetrages ermittelt wird (z. B. § 26 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 KostO). Mit zunehmender Höhe des einzutragenden Kapitals steigen also unabhängig vom tatsächlichen Aufwand, wenn auch im abnehmenden Maße die Gebühren (vgl. § 32 KostO). Eine Abgabe aber, deren Höhe unmittelbar und unbegrenzt im Verhältnis zu dem gezeichneten Kapital steigt, kann schon ihrer Natur nach keinen Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie haben. Selbst, wenn nämlich in bestimmten Fällen ein Zusammenhang zwischen der Komplexität einer Eintragung und der Bedeutung des gezeichneten Kapitals bestehen mag, so steht doch die Höhe einer solchen Abgabe im allgemeinen in keinem Verhältnis zu den Kosten, die der Verwaltung bei den Eintragungsförmlichkeiten konkret entstehen (EuGH ZIP 1998, 206/210 Tz. 30).

5. Die Entscheidungen der Vorinstanzen einschließlich der Kostenrechnung sind daher aufzuheben, da eine Gebühr von 51.525 DM in einem so deutlichen Mißverhältnis zum tatsächlichen Aufwand steht, daß es auf die markgenaue Feststellung der Eintragungskosten nicht mehr ankommen kann. Gebühren in dieser Höhe widersprechen dem Gemeinschaftsrecht. Der Senat kann in der Sache selbst nicht entscheiden, da ihm die für eine solche Eintragung tatsächlich entstandenen Aufwendungen nicht bekannt sind. Die Sache wird daher

an den Kostenbeamten zur Festsetzung einer richtlinienkonformen Gebühr für die Eintragung zurückgegeben.“

a) Der Bundesgesetzgeber hat bisher weder die Richtlinie umgesetzt noch Gebühren oder Werte für Gebühren festgesetzt, die am Begriff der Gebühr im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Gesellschaftssteuer richtlinie orientiert sind. Nunmehr plant er ersichtlich im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 2.12.1997 (ZIP 1998, 206), anstelle der bisherigen Wertgebühren aufwandsbezogene Festgebühren einzuführen (vgl. Runderlaß des Baden-Württembergischen Justizministeriums vom 27.4.1998 – ZIP 1998, 1246/1248; ferner *Mathias*, JurBüro 1998, 566). Anzumerken bleibt aber, daß dieses Urteil nicht überraschend sein konnte. Denn der EuGH hat bereits mit Urteil vom 20.4.1993 – *Ponente Carni* – in Tz. 41 und 42 festgestellt, daß Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Gesellschaftssteuer richtlinie nur vorliegen, wenn sich die Höhe der Gebühr nach den Kosten des geleisteten Dienstes richtet (EuGH Slg. 1993 – 1947/1959). Um diesen Vorgaben gerecht zu werden, hätte es sich angeboten, bei der Neufassung von § 26 Abs. 6 KostO, richtlinienkonforme Werte oder Gebühren festzusetzen.

b) Da nicht abzusehen ist, wann die neuen Gebührenbestimmungen Gesetz werden und wie diese Gebühren dann ausgestaltet sind, andererseits Ansprüche auf Rückerstattung von Kosten erst in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist, verjähren, könnte es sich empfehlen, in entsprechender Anwendung von § 13 Abs. 4 KostVfg nur einen vorläufigen Gebührenansatz vorzunehmen, soweit Zweifel bestehen, ob die einzelne Gebühr noch richtlinienkonform ist (vgl. Runderlaß ZIP 1998, 1246/1247). Berücksichtigt man das dem Senat bisher zugängliche Material über die tatsächliche Höhe der Eintragungskosten, kann davon ausgegangen werden, daß jedenfalls Gebühren bis zu ca. 500 DM für Eintragungen von Kapitalgesellschaften noch als richtlinienkonform eingestuft werden können.

c) Bei der Bemessung der Gebühr für die Eintragung dürfen unmittelbar entstehende Personal- und Sachkosten berücksichtigt werden. Daneben aber auch anteilige gemeinsame Kosten z.B. Licht, Heizung, Personalverwaltungskosten einschließlich Ruhestandsbezügen, Betriebs- und Entwicklungskosten für EDV, Büromiete oder Gebäudeabschreibung sowie Abschreibung für Möbel und sonstige Ausstattung. Soweit Kosten unmittelbar mit den Eintragungs- und Aktenführungsarbeiten zusammenhängen, dürfen auch entsprechende Kosten für Dienstreisen, öffentliche Informationsarbeit etc. berücksichtigt werden (vgl. im einzelnen Runderlaß a.a.O. S. 1247). Auch Rechtsmittelkosten, deren Aufwand von den Gebühren bei weitem nicht abgedeckt wird, dürfen einbezogen werden, da die Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte wegweisend für zukünftige gleichgelagerte Eintragungsvorgänge sind.

(1) Bei den Erhebungen über die Kosten einer Richterstunde wird zu berücksichtigen sein, daß nicht von einem Arbeitspensum für eine Eintragungstätigkeit von acht Stunden täglich ausgegangen werden kann. Für das Lesen von Fachzeitschriften, Besprechungen mit Kollegen oder Dienstbesprechungen, Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen etc. dürften mindestens zwei Stunden täglich abzuziehen sein. *Franzen* hat sich seit langem mit den Kosten einer Richterstunde befaßt (vgl. *Franzen* NJW 1974, 784; ders. NJW 1998, 1059; ders. NJW 1993, 438; ders. *Anwaltskunst* 2. Aufl. S. 144 f.). Er hat zuletzt den Gesamtjahresaufwand für eine

Richterstelle unter Berücksichtigung von Richterbezügen, Folgepersonal- und Folgesachkosten mit 505.000 DM beziffert und daraus einen Stundensatz von 352 DM hergeleitet (NJW 1993, 438). Rechnet man aber unter Berücksichtigung von Krankheitstagen mit 200 Arbeitstagen pro Jahr, so sind im Durchschnitt 1200 Arbeitsstunden für die reine Eintragungstätigkeit zu berücksichtigen, so daß sich die effektiven Kosten einer Richterstunde am Amtsgericht auf ca. 420 DM belaufen. Eine vergleichbare Rechnung wäre für die Rechtsflegerstunde zu erstellen.

(2) Falls man aufwandsbezogene Festgebühren einführt (zur Frage, ob dafür eine zwingende Notwendigkeit besteht oder es nicht doch bei Wertgebühren bleiben kann, vgl. *Schuck DStR* 1998, 820/821, der im übrigen zu Recht die Frage stellt, ob es in der Kompetenz eines Gerichts liegt, dem Gesetzgeber detailliert vorzuschreiben, welche Kosten bei der Gewinnermittlung zu berücksichtigen sind), kommt eine Subventionierung, wie bisher, für Eintragungen mit niedrigem Geschäftswert durch solche mit hohem Geschäftswert nicht mehr in Betracht. Da aber bisher die Eintragungsgebühren in nahezu 90% der Fälle nicht einmal kostendeckend sein sollen, müßten die Gebühren, die z. B. für die Eintragung einer GmbH mit 50.000 DM Stammkapital jetzt 160 DM betragen, deutlich erhöht werden, wenn man die Registerführung auch in Zukunft wenigstens aufkommensneutral gestalten will. Soweit nach der derzeitigen Gesetzeslage im Einzelfall kostendeckende Gebühren nicht anfallen, scheidet ein Ausgleich aus, da es für höhere Gebühren an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.

(3) Der Senat hält es aber auch für richtlinienkonform und damit zulässig, wenn bis zum Inkrafttreten neuer Gebührensätze während der Übergangszeit weiterhin von Geschäftswerten ausgegangen wird, die aber in § 26 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 KostO auf einen Höchstsatz, der noch dem Aufwand entspricht, zu begrenzen sind und damit nach § 26 Abs. 6 KostO für die Zweigniederlassung davon höchstens die Hälfte betragen kann. Bei darunter liegenden Geschäftswerten ist eine Änderung nicht geboten, da die daraus folgenden Gebührensätze in der Regel schon unter den tatsächlich entstehenden Kosten bleiben.

Anmerkung der Schriftleitung:

Eine abweichende Ansicht vertritt das LG Koblenz in einem nicht rechtskräftigen Beschluß vom 6.11.1998 – 1 HT 2/98, NZG 1999, 36. Vgl. zu dieser Thematik auch *Görk*, Wertabhängige Handelsregistergebühren als europarechtlich unzulässige Steuer?, *DStR* 1999, S. 283 ff.

Anmerkung:

Der Europäische Gerichtshof hat mit seiner Vorabentscheidung gem. Art. 177 EGV vom 2.12.1997¹ auf Vorlage eines dänischen Gerichts die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 geänderten Fassung ausgelegt und festgestellt, daß im Anwendungsbereich dieser Richtlinie eine Anknüpfung der Eintragungsgebühren an die Höhe des Kapitalbetrags der Gesellschaft nicht zulässig ist.

¹ Rechtssache C-188/95, EuGHE 1 1997, 6783 = WM 1998, 2193 = ZIP 1998, 206.

Die Gebühren für die Eintragung in das Handelsregister müssen in diesen Fällen vielmehr auf der Grundlage der Kosten der betreffenden Eintragungsförmlichkeit berechnet werden. Mit dem hier abgedruckten Beschluß des Bayer. Obersten Landesgerichts liegt – soweit ersichtlich – die erste deutsche obergerichtliche Entscheidung vor, die sich mit den Auswirkungen dieser Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf das deutsche Kostenrecht in Registerangelegenheiten und insbesondere mit den Anforderungen an eine Übergangsregelung befaßt.

An dieser Stelle kann es nicht darum gehen, sich mit der zugrundeliegenden EuGH-Rechtsprechung auseinanderzusetzen² und die – lohnende – Frage aufzuwerfen, ob die steuerrechtliche Richtlinie aus dem Jahre 1969 notwendigerweise zu den vom EuGH gezogenen Konsequenzen für die Handelsregistergebühren führen muß. Das BayObLG hat sich im Hinblick auf Art. 177 EGV zu Recht an die Auslegung der Richtlinie durch den EuGH gebunden gefühlt; ob der EuGH bei einer erneuten Befassung deutlichere Anhaltspunkte für differenziertere Rechtsfolgen zulassen würde, muß abgewartet werden. Details und Nuancierungen der vorliegenden EuGH-Entscheidung werden sicherlich im Rahmen des hierdurch ausgelösten gesetzgeberischen Handlungsbedarfs zu diskutieren sein. Voraussetzung für eine gesetzliche Neuregelung der Eintragungskosten nach den aufgezeigten Parametern ist zunächst eine hinreichend differenzierte und aussagekräftige Erhebung über den tatsächlichen Personal- und Sachaufwand, den die Registergerichte in bestimmten Eintragungstypen regelmäßig erbringen. Derartige Erkenntnisse liegen bundesweit derzeit noch nicht vor und können aus den vorhandenen statistischen Erhebungen der Justizverwaltungen auch nicht ohne weiteres entnommen werden, da diese für andere Zwecke konzipiert waren. Die in mehreren Ländern beginnenden, unterschiedlich differenzierten Ansätze einer Kosten- und Leistungsrechnung werden mittelfristig zu aufwandsbezogenen Kostenstrukturen für das gesamte Leistungsspektrum der Justiz führen. Insbesondere sind zur Berechnung der Eintragungskosten nicht nur die Personal- und Sachkosten heranzuziehen, die den Landesjustizverwaltungen unmittelbar mit der Durchführung der Eintragungen entstehen, sondern auch die auf die Eintragungstätigkeit entfallenden Gemeinkosten des Registergerichts wie Licht und Heizung, Personalführungskosten, Betriebs- und Entwicklungskosten der DV-Ausstattung, Mieten und Gebäudeabschreibungen etc.³, sowie die vom BayObLG ergänzend erwähnten anteiligen Kosten der Rechtsmittelgerichte⁴. Das Bundesministerium der Justiz und die Landesjustizverwaltungen prüfen derzeit, bis wann und mit welchem Aufwand die tatsächlichen Voraussetzungen für eine endgültige Kostenregelung geschaffen werden können und eine Neuregelung erlassen werden kann, die die geltenden §§ 26, 79 KostO ablöst.

² S. hierzu z. B. *Gustavus*, ZIP 1998, 502; *Mathias*, JurBüro 1998, 566; *Schuck*, *DStR* 1998, 820.

³ EuGH a.a.O., Tz. 29 der authentischen Urteilsfassung in deutscher Sprache; in den vom EuGH herausgegebenen anderssprachigen Urteilsfassungen ist die entsprechende Passage als Tz. 30 bezeichnet (hier haben bei der Erstellung der deutschen Fassung offensichtlich die Tücken des Textverarbeitungsprogramms und ein manueller Eingriff in die automatische Nummerierungsfunktion dazu geführt, daß ab Tz. 25 aufwärts die Numerierung nicht mehr übereinstimmt; dies ist bei der Zitierung des Urteils im internationalen Verkehr zu berücksichtigen).

⁴ BayObLG, in diesem Heft S. 90.

Von maßgeblicher Bedeutung für die gerichtliche und notarielle Praxis sowie für die betroffenen Gesellschaften⁵ ist die Frage, wie die Kosten für Handelsregistereintragungen in der Übergangszeit bis zur Schaffung neuer kostenrechtlicher Regelungen richtlinienkonform zu berechnen und festzusetzen sind. Hier stellt das BayObLG mit der für die Praxis erforderlichen Klarheit zunächst fest, daß durch die Feststellungen des EuGH nicht die Kostenordnung außer Kraft gesetzt wurde und daß die Kosten für die Eintragungen weiterhin grundsätzlich unter Beachtung des § 26 KostO zu berechnen sind⁶. Insbesondere in den zahlenmäßig weit überwiegenden Fällen mit verhältnismäßig geringen Geschäftswerten ist die richtlinienrelevante Grenze der aufwandsübersteigenden Gebühren bei weitem nicht erreicht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die für die Eintragung einer GmbH mit 50.000 DM Stammkapital gem. §§ 26, 79 Abs. 1 KostO anfallende Gebühr von 160 DM keinesfalls den nach der Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigenden Aufwand des Registergerichts deckt⁷. Auch in diesen Fällen können allerdings derzeit nur die Gebühren zugrunde gelegt werden, die sich aus der Anwendung der Kostenordnung in der geltenden Fassung ergeben; für darüber hinausgehende aufwandsentsprechende Kostenansätze fehlt die Rechtsgrundlage im geltenden Recht. Lediglich in den Fällen mit deutlich höheren Geschäftswerten, in denen bei Anwendung der Kostenordnung ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen Aufwand und Kosten entstehen würde, ist § 26 KostO richtlinienkonform auszulegen und in geltungserhaltender Reduktion anzuwenden.

Auch dies bedeutet, wie das BayObLG festgestellt hat, nicht, daß bereits in der Übergangszeit generell Abschied zu nehmen wäre von der in der Gerichtspraxis eingespielten Anknüpfung an den Geschäftswert und stattdessen einzelfallbezogene oder typisierende Aufwandsfeststellungen zu treffen wären, die dann mit pauschalierten Personalvollkostenansätzen des öffentlichen Dienstes zu multiplizieren wären⁸. Vielmehr kann weiterhin an den Geschäftswert angeknüpft werden, wenn dieser auf einen Höchstsatz begrenzt wird, der aufwandsentsprechende Gebühren erwarten läßt. Hierzu gibt der Gesetzgeber selbst Anhaltspunkte, wenn er in § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO für Zwecke der Gebührenberechnung eine Geschäftswertbeschränkung eingeführt hat. Aus Gründen der Transparenz für die betroffenen Gesellschaften sowie zur Verwaltungsvereinfachung und Beschleunigung der Kostenberechnung erscheint es daher zweckmäßig, in der Übergangszeit in der Regel die Kostenordnung weiterhin mit der Maß-

gabe anzuwenden, daß die sich nach § 26 KostO ergebenden Werte entsprechend § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO generell auf einen Höchstwert von 1 Mio DM begrenzt werden. Für Eintragungen, die eine Zweigniederlassung betreffen⁹, ergibt sich dann ein Höchstwert von 500.000 DM (vgl. § 26 Abs. 6 KostO). Gebühren aus einem auf diese Weise begrenzten Geschäftswert dürften nach den Ausführungen des BayObLG aufwandsorientiert und damit jedenfalls als Übergangslösung richtlinienkonform und zulässig sein¹⁰.

Da auch das BayObLG diese Form der Kostenberechnung nur für die Übergangszeit bis zum Erlass einer richtlinienkonformen gesetzlichen Regelung zuläßt, ist ein endgültiger Kostenansatz derzeit nicht möglich. In den Fällen, in denen bei Anwendung der Kostenordnung der berücksichtigungsfähige Aufwand überschritten würde, können die Gebühren daher nur vorläufig berechnet werden. Die vorläufigen Kostenansätze werden zu überprüfen sein, sobald eine neue gesetzliche Regelung vorliegt oder konkrete Zahlen für den Aufwand bestimmter Arten von Eintragungsvorgängen vorliegen. Die Erarbeitung einer richtlinienkonformen gesetzlichen Kostenregelung liegt daher im Interesse einer raschen Rechtsicherheit.

Ministerialrat *Thomas Engel*,
Bayerisches Staatsministerium der Justiz

⁹ So der Sachverhalt, der dem Beschluß des BayObLG vom 25.11.1998 zugrunde lag.

¹⁰ S. auch die nicht veröffentlichten Beschlüsse des BayObLG vom 2.12.1998 (3Z BR 244/98) und vom 9.12.1998 (3Z BR 245/98).

25. GBO § 13; BGB § 119; KostO § 68 (*Gebühr bei Löschung einer ehemaligen Globalgrundschuld, die nur noch an einem Pfandobjekt besteht*)

1. Ein an das Grundbuchamt gerichteter Eintragungsantrag ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine reine Verfahrenshandlung; seine Anfechtung ist deshalb unzulässig.
2. Wird eine Globalgrundschuld gelöscht, die bei Erstellung einer großen Wohnanlage bestellt worden war und nach vorgängigen Pfandfreigaben nur noch auf einem Grundstück lastet, hat der antragstellende Gläubiger der Globalgrundschuld für die Löschung eine halbe Gebühr aus dem Nennwert der Globalgrundschuld zu zahlen. Eine Begrenzung des Wertes auf den Wert des Grundstücks kommt für ihn nicht in Betracht (Bestätigung von BayObLGZ 1993, 285 f. [= MittBayNot 1993, 312]).

BayObLG, Beschluß vom 17.9.1998 – 3Z BR 82/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte zu 1, eine Sparkasse, war im Wohnungsgrundbuch als Berechtigte einer Globalgrundschuld über 22.044.322 DM eingetragen. Hinsichtlich sämtlicher übriger Eigentumswohnungen der Wohnanlage hatte sie die Entlassung aus der Mithaft erklärt; diese war im Grundbuch zunächst noch nicht eingetragen worden.

Der Beteiligte zu 2 ist als Wohnungseigentümer im oben bezeichneten Wohnungsgrundbuch eingetragen.

⁵ Vom Anwendungsbereich der EuGH-Entscheidung sind betroffen alle „Kapitalgesellschaften“ i.S.d. Richtlinie 69/335/EWG vom 17.7.1969, ABl. Nr. L 249 S. 25 (AG; KGA; GmbH; Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen, deren Kapital- oder Vermögensanteile börsenfähig sind; Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen mit Erwerbszweck, deren Mitglieder berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern, und deren Mitglieder für Schulden der Gesellschaft, der Personenvereinigung oder der juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften; sowie alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen, die einen Erwerbszweck verfolgen; vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie).

⁶ So ausdrücklich auch *Mathias*, a.a.O.

⁷ Insoweit auch die ausdrückliche Feststellung des BayObLG, a.a.O.

⁸ Dieser Weg wird aufgezeigt in den vorläufigen Regelungen verschiedener Landesjustizverwaltungen für ihre Registergerichte; vgl. den in ZIP 1998, 1246 veröffentlichten Runderlaß des Justizministeriums Baden-Württemberg oder die von *Mathias*, a.a.O., referierte ähnliche Regelung in Rheinland-Pfalz.

Mit Schreiben vom 27.1.1997 „bewilligt und beantragt“ die Beteiligte zu 1 die Löschung der Globalgrundschuld „auf Kosten des Eigentümers“.

Mit weiterem Schreiben vom 6.2.1997 entließ sie den Grundbesitz des Beteiligten zu 2 aus der Mithaft und bewilligte die lastenfreie Abschreibung „auf Kosten des Eigentümers“.

Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 12.2.1997 veräußerte der Beteiligte zu 2 seinen Grundbesitz an den Beteiligten zu 3. Im Kaufvertrag heißt es unter Nr. III.3.: „Die Vertragsteile stimmen allen der Lastenfreistellung dienenden Erklärungen mit dem Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zu, auch soweit diese nicht vertragsgegenständlichen Grundbesitz betreffen.“

Unter Nr. II § 6 heißt es: „Etwaige Lastenfreistellungskosten trägt der Verkäufer.“

Mit Schreiben vom 13.2.1997 reichte der beurkundende Notar die oben bezeichneten Urkunden bestimmungsgemäß beim Amtsgericht – Grundbuchamt – ein und beantragte den grundbuchamtlichen Vollzug u. a. auch der Löschung.

Am 20.2.1997 wurde die Grundschuld gelöscht.

2. Für die Löschung der Grundschuld stellte der Kostenbeamte des Amtsgerichts der Beteiligten zu 1 mit Kostenansatz vom 20.2.1997, ausgehend vom Nennwert der Grundschuld, eine halbe Gebühr in Höhe von 11.531,50 DM in Rechnung.

Hiergegen legte die Beteiligte zu 1 Erinnerungen ein. In ihre Löschungserklärung sei versehentlich das Wort „beantragt“ aufgenommen worden. Alleiniger Antragsteller und Kostenschuldner sei der Beteiligte zu 2, wie sich schon aus dem Kaufvertrag vom 12.2.1997 ergebe. Selbst wenn man von einem Antrag ihrerseits ausgehe, wäre dieser unter der Bedingung gestellt worden, daß die Kosten vom Eigentümer übernommen würden. Als Wert sei i. ü. lediglich der Kaufpreis des Grundbesitzes anzusetzen, da es sich um ein Gesamt-recht handle.

Die Erinnerungen hat das Amtsgericht (Rechtspflegerin) als unbegründet zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen diese Entscheidung hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. a) Die Beteiligte zu 1 ist hinsichtlich der Löschung der Globalgrundschuld als Antragstellerin zur Zahlung der Kosten verpflichtet (Kostenschuldnerin gemäß § 2 Nr. 1 KostO). Ihre Erklärung, in der sie nicht nur die Löschung des Grundpfandrechts in der Form des § 29 Abs. 3 GBO bewilligt, sondern diese auch beantragt, ist eindeutig und wurde bestimmungsgemäß durch den Notar als Boten dem Grundbuchamt zugeleitet. Da der Antrag keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine reine Verfahrenshandlung darstellt, ist seine Anfechtung unzulässig (*Demharter* GBO 22. Aufl. § 13 Rdnr. 7). Der Antrag wurde nach seinem Wortlaut auch nicht unter der Bedingung gestellt, daß die Löschungskosten vom Eigentümer übernommen werden. Die Formulierung „Löschung ... auf Kosten des Eigentümers“ dokumentiert lediglich den von der Beteiligten zu 1 eingenommenen Rechtsstandpunkt hinsichtlich der Kostentragungspflicht. Eines Hinweises des Grundbuchamts bedurfte es nicht (vgl. auch *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 3 Rdnr. 12 und 14).

b) Die der Beteiligten zu 1 in Rechnung gestellte Löschungsgebühr ist auch der Höhe nach nicht zu beanstanden.

(1) Dies gilt zunächst bezüglich des Geschäftswerts der Löschung. Durch die Anknüpfung der Löschung an die Eintragungsgebühr in § 68 KostO kommt es auf deren Wert an (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* nachfolgend *Korintenberg* KostO 13. Aufl. § 68 Rdnr. 4). Bei Grundpfandrechten ist der Nennwert maßgebend (§ 23 Abs. 2 Halbsatz 1 KostO).

Wird allerdings eine Globalgrundschuld gelöscht, die bei Erstellung einer großen Wohnanlage bestellt worden war und nach vorgängigen Pfandfreigaben nur noch auf einem Wohnungseigentum lastet, dürfen die diesen Eigentümer treffenden Gebühren nicht nach anderen Grundsätzen berechnet werden als bei den Pfandfreigaben zugunsten der anderen Wohnungseigentümer (vgl. § 23 Abs. 2 Halbsatz 2 KostO); seine Haftung begrenzt sich also auf die Höhe der aus dem Wert der Eigentumswohnung berechneten Gebühr (*BayObLGZ* 1992, 247 [= *MittBayNot* 1993, 44]; *OLG Köln JurBüro* 1997, 544; *LG Bonn Rpfleger* 1996, 378; *Göttlich/Mümmeler* KostO 13. Aufl. Stichwort „Löschungen“ S. 672/673; a. A. *OLG Hamm Rpfleger* 1998, 376; *Korintenberg* § 68 Rdnr. 5). Diese für den Erwerber des Wohnungseigentums geltende Wertbegrenzung ist jedoch nicht auch auf den Ersteller der Anlage oder – wie hier – den Gläubiger der Globalgrundschuld anzuwenden; insoweit verbleibt es bei der Berechnung der Löschungsgebühr aus dem Nennwert der Globalgrundschuld (*BayObLGZ* 1993, 285 f. [= *MittBayNot* 1993, 312]; *Göttlich/Mümmeler* a.a.O.). Der Senat hat in der genannten Entscheidung dargelegt, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht gebietet, dem Ersteller der Anlage (oder dem Gläubiger der Globalgrundschuld) dieselbe Vergünstigung einzuräumen wie den Erwerbern eines Anteils; denn bei diesen Kostenschuldnern liegen andere, nicht vergleichbare Verhältnisse, insbesondere kein auf den Wert der einzelnen Eigentumswohnung begrenztes Interesse, vor, wie dies bei dem Erwerber einer Wohnung der Fall ist.

(2) Die somit aus dem Nennbetrag der Grundschuld zu berechnende halbe Gebühr (§§ 68, 62 Abs. 1 KostO) ist – was auch die Beteiligte zu 1 nicht bestreitet – zutreffend errechnet worden.

c) Auch die alleinige Inanspruchnahme der Beteiligten zu 1 als Kostenschuldnerin ist berechtigt.

Hinsichtlich des die begrenzte Haftung des Beteiligten zu 2 übersteigenden Betrages ist die Beteiligte zu 1 wie oben ausgeführt – ohnehin alleinige Kostenschuldnerin. Im übrigen haftet sie gemäß § 5 KostO als Gesamtschuldnerin, von der der Gläubiger die Leistung nach seinem „Belieben ganz fordern kann“ (§ 421 BGB). Ein Ermessensfehlgebrauch bei der Auswahl des Kostenschuldners (vgl. *Korintenberg* § 5 Rdnr. 1, § 14 Rdnr. 76–78) ist bei der gegebenen Sachlage nicht ersichtlich.

2. Insgesamt erweist sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 als unbegründet und ist zurückzuweisen.

26. KostO § 39 Abs. 4 (*Keine Anwendung der Wertgrenze des § 39 Abs. 4 KostO auf einen Einbringungsvertrag*)

Die Wertgrenze des § 39 Abs. 4 KostO gilt nicht, auch nicht analog, für einen Vertrag, mit dem zur Leistung der erhöhten Kommanditeinlage in eine bestehende KG durch Einzelübertragung Vermögensgegenstände eingebracht werden. Unerheblich ist, ob der Vertrag wirtschaftlich einer Gründung der KG oder einem Vertrag nach dem Umwandlungsgesetz gleichkommt.

BayObLG, Beschluß vom 23.9.1998 – 3Z BR 225/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am *BayObLG*

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte, eine Aktiengesellschaft, ist einzige Kommanditistin der S. GmbH & Co. KG. Mit Gesellschafterbeschuß vom 1.12.1997 wurde der Kommanditanteil von 5.000 DM auf 20.000.000 DM erhöht. Der beteiligte Notar beurkundete am 1.12.1997 einen Einbringungsvertrag, mit dem die Beteiligte zur Leistung ihrer Kommanditeinlage mit wirtschaftlicher Wirkung zum 1.10.1997 das einem bestimmten Unternehmensbereich (Sicherungstechnik) dienende Vermögen als Sacheinlage einbrachte. Dieses Aktivvermögen belief sich laut Einbringungsbilanz auf 302.953.000 DM.

2. Mit Kostenrechnung vom 1.12.1997 stellte der Notar ausgehend von einem Geschäftswert von 302.000.000 DM der Beteiligten insgesamt 132.713,45 DM in Rechnung, u.a. eine doppelte Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Höhe von 115.140 DM.

Die Beteiligte beanstandete dem Notar gegenüber die Kostenberechnung mit der Begründung, die Kommanditgesellschaft, in welche die Vermögensgegenstände laut beurkundetem Vertrag eingebracht worden seien, habe noch keinen Geschäftsbetrieb aufgenommen gehabt, so daß die Einbringung einer Neugründung gleichzustellen sei. Der Einbringungsvertrag sei wie eine Neugründung oder eine Abspaltung nach dem Umwandlungsgesetz mit der Folge zu behandeln, daß nach § 39 Abs. 4 KostO als Geschäftswert höchstens 10.000.000 DM hätten angesetzt werden dürfen.

Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat sich zutreffend darauf beschränkt, die Bewertung des Einbringungsvertrags zu überprüfen, weil nur diese von der Beteiligten beanstandet worden ist (vgl. BayObLGZ 1987, 186/190 [= MittBayNot 1987, 270]; 1997, 321/322; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO 13. Aufl. § 156 Rdnr. 58). Es hat es zu Recht abgelehnt, die Höchstwertvorschrift des § 39 Abs. 4 KostO unmittelbar oder analog anzuwenden und hat für den Geschäftswert zutreffend § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO herangezogen.

a) Die Regelung des § 39 Abs. 4 KostO gilt nur für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Statuten sowie von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz. Dazu gehört der Einbringungsvertrag, um den es hier geht, nicht. Bei ihm handelte es sich offensichtlich nicht um einen Plan oder Vertrag nach dem Umwandlungsgesetz. Er kann aber auch nicht als nach § 39 Abs. 4 KostO begünstigter Gesellschaftsvertrag (Satzung oder Statut) angesehen werden. Denn darunter sind nur Gesellschaftsverträge bei Gründung der Gesellschaft zu verstehen. Diese vom Bayerischen Obersten Landesgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung (vgl. BayObLGZ 1963, 141/154; 1982, 116/122 [= MittBayNot 1982, 88]; 1996, 264/266 [= MittBayNot 1997, 54]) ist durch die nunmehr (ab 27.6.1997) geltende Fassung des § 39 Abs. 4 KostO bestätigt worden. Die Änderung enthält insoweit lediglich eine Klarstellung, mit der der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts Rechnung getragen wurde (BT-Drucks 13/7489).

b) Eine analoge Anwendung des § 39 Abs. 4 KostO, wie sie die Beteiligte anstrebt, ist nicht gerechtfertigt. Es mag zutreffen, daß vorliegend die Erhöhung des Kommanditanteils und der zur Leistung der Einlage geschlossene Einbringungsvertrag einer Neugründung oder einem Vorgang nach dem Umwandlungsgesetz, insbesondere einer Ausgliederung (vgl. § 123 Abs. 3 UmwG), gleich oder zumindest sehr nahe kommt. Damit läßt sich jedoch die angestrebte Ausdehnung der Ausnahmevorschrift des § 39 Abs. 4 KostO nicht begründen.

(1) Mit der Frage, ob Sacheinlagen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung in Bezug auf die Privilegierung des § 39 Abs. 4 KostO Sacheinlagen zur Neugründung gleichzusetzen sind, hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 27.6.1963 (BayObLGZ 1963, 141/154 f.) auseinandergesetzt. Es hat dies verneint. Die Neufassung der Vorschrift, hat wie bereits dargelegt, daran nichts geändert, sondern geht von dieser Auffassung aus. An ihr ist festzuhalten.

(2) Auch eine Analogie zu Vorgängen nach dem Umwandlungsgesetz ist nicht gerechtfertigt. Das Umwandlungsgesetz 1995 – dessen Zielsetzung die Zusammenfassung und einheitliche Kodifizierung bereits bestehender Möglichkeiten der Umstrukturierung und Reorganisation von Unternehmen, die Zulassung weiterer Umwandlungsmöglichkeiten und die angemessene Berücksichtigung des Schutzes von Anlegern, Gläubigern und Arbeitnehmern ist (vgl. *Dehmer* Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz 2. Aufl. Einf. UmwG Rdnr. 11 bis 24) – hat die Möglichkeit, Umwandlungseffekte auf andere Weise herbeizuführen, nicht ausgeschlossen. Nach wie vor zulässig bleibt insbesondere die Umstrukturierung von Unternehmen durch Einzelübertragung von Unternehmensvermögen (vgl. BegrRegE zu § 1 UmwG 1994, BT-Drucks 12/6699; *Karsten Schmidt* ZGR 1995, 675/676). Dennoch hat der Gesetzgeber die Privilegierung des § 39 Abs. 4 KostO in der ab 27.6.1997 geltenden Fassung auf „Pläne und Verträge nach dem Umwandlungsgesetz“ beschränkt. Die Vorschrift umfaßt nur die Übertragung von Vermögen „als Ganzes“ (BT-Drucks 13/7489 S. 59). Sie kann nicht entgegen der vom Gesetzgeber bewußt getroffenen Einschränkung auf Einzelübertragungen von Vermögensgegenständen erstreckt werden.

Öffentliches Recht

27. BGB § 138 (*Kein Verstoß gegen das Koppelungsverbot bei Verkauf an Gemeinde zu marktgerechtem Preis*)

Verkauft ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich liegenden Grundstücks für einen marktgerechten Preis (Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen eines Einheimischenmodells, und stellt sie ihm dafür in Aussicht, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan aufnehmen, so liegt darin kein unzulässiges Koppelungsgeschäft.

BGH, Urteil vom 2.10.1998 – V ZR 45/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger war Eigentümer eines 5.178 qm großen Grundstücks (Flurstück Nr. 514/1) das – wie das umliegende Gelände außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans lag; im östlichen Bereich befand sich darauf ein Tannenwald, am westlichen Ende lag das Wohnhaus des Klägers.

Im Frühjahr 1981 stellte die Beklagte den Entwurf ihres neuen Bebauungsplans Nr. 9 vor, der bis an die südliche Grenze des oben genannten Grundstücks des Klägers heranreichte, und gab bekannt, daß sie beiderseits des Feldwegs „Zu den Tannen“ ein Neubaugebiet für die Errichtung von insgesamt 50 Einfamilienhäusern erworben habe, das als Baugrund vorzugsweise an bauwillige Bürger der Gemeinde vergeben werden solle.

Nachdem der Kläger den Tannenwald auf seinem Grundstück abgeholzt hatte, wandte er sich an die Beklagte mit der Bitte, auch sein Grundstück in den Bebauungsplan aufzunehmen. Die Beklagte wies darauf hin, daß sie einen Bebauungsplan zur Wohnbebauung nur für Grundstücke in ihrem Eigentum beschließen. Wenn der Kläger wünsche, daß auch sein Grundstück überplant werde, müsse er zumindest einen Teil davon an sie zu dem damals üblichen Preis von 15 DM/qm verkaufen.

Mit notariellem Vertrag vom 5.6.1981 verkaufte der Kläger eine Teilfläche seines Grundstücks (spätere Flurstücke Nr. 564 und 565) von 2.100 qm zum Preis von 15 DM/qm und nach Vermessung mit notariellem Zusatzvertrag vom 19. 8.1982 weitere 107 qm zu einem Preis von 50 DM/qm an die Beklagte. Insgesamt zahlte diese einen Kaufpreis von 36.850 DM.

Das gesamte frühere Grundstück des Klägers wurde in den inzwischen rechtsgültigen Bebauungsplan aufgenommen. Im Juni 1982 veräußerte der Kläger einen Grundstücksteil von 1.000 qm zu 70 DM/qm und übereignete 1987 seiner Frau schenkungsweise eine Parzelle von 807 qm, die diese für 62.000 DM veräußerte.

Der Kläger vertritt die Auffassung, der Vertrag vom 5.6.1981 sei wegen Verstoßes gegen das sogenannte Koppelungsverbot nichtig, und hat, bezogen auf die verkaufte Fläche (2.207 qm), von der Beklagten die Zahlung eines Differenzbetrages zwischen dem gezahlten Kaufpreis (36.850 DM) und einem für Bauland erzielbaren Preis von 70 DM/qm verlangt. Er hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 117.640 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Seine auf Zahlung eines Betrages von 10.000 DM nebst Zinsen beschränkte Berufung, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Die zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei einen Zahlungsanspruch des Klägers verneint.

1. a) Die Revision versucht in erster Linie das Klagebegehren als bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch (§§ 812, 818 Abs. 2 BGB) zu begründen. Sie hält den Kaufvertrag vom 5.6.1981 wegen eines Verstoßes gegen das sogenannte Koppelungsverbot für nichtig. Soweit das Berufungsgericht einen solchen Verstoß verneint, enthält schon seine Hauptbegründung keinen Rechtsfehler. Nach seiner Auffassung liegt eine Gegenleistung des Klägers für die Einbeziehung seines Grundstücks in den Bebauungsplan nicht vor. Abgestellt auf den Veräußerungszeitpunkt sei für eine im Außenbereich liegende Fläche ohne Baulandqualität, auch unter Berücksichtigung ihrer Eigenschaft als sogenanntes Bauerwartungsland, ein Kaufpreis von 15 DM/qm gezahlt worden, mit dem der Kläger „kein schlechtes Geschäft“ gemacht habe. Dieser Kaufpreis habe jedenfalls dem damaligen Marktwert entsprochen, der auch in Parallelfällen gezahlt worden sei. Seine Leistung, die Eigentumsübertragung an der verkauften Teilfläche, habe der Kläger mithin im Hinblick auf die Kaufpreiszahlung erbracht, von einem „Verkauf von Hoheitsrechten“ könne deshalb keine Rede sein.

b) Erster Ansatzpunkt für ein sogenanntes unzulässiges Koppelungsgeschäft ist eine Gegenleistung, die für die Erfüllung amtlicher Aufgaben durch einen Hoheitsträger erbracht wird. Demgemäß wird in allen einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ausgeführt, eine Behörde dürfe ohne gesetzliche Ermächtigung grundsätzlich die Erfüllung ihrer amtlichen Aufgaben nicht von „wirtschaftlichen Gegenleistungen“ des Gesuchstellers abhängig machen (vgl. BGHZ 94, 125, 127; 26, 84, 87; BGH, Urt. v. 14.7.1966, III ZR 190/64, WM 1966, 1039, 1041; v. 12.5.1972, V ZR 105/70, NJW 1972, 1657; v. 31.1.1975, V ZR 45/73, NJW 1975, 1019, 1020). Dieser Ansatz ist auch in der Literatur unbestritten (vgl. z.B. BGB RGRK Krüger-Nieland/Zöller, 12. Aufl., § 134

Rdnr. 101 und 102; MünchKomm/Meyer-Maly, BGB, 3. Aufl., § 138 Rdnr. 80; Palandt/Heinrichs, BGB, 57. Aufl., § 138 Rdnr. 90; Staudinger/Sack, BGB, 1996, § 138 Rdnr. 255). Er hat im Verwaltungsverfahrensgesetz (§§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4) seinen Niederschlag gefunden und kommt nunmehr auch in der Neufassung von § 11 BauGB zum Ausdruck. Auch die Revision zieht diesen Ausgangspunkt nicht in Zweifel. Soweit ihre Rügen darauf abzielen, der Kläger habe doch eine Gegenleistung erbracht, sind diese unbegründet.

Mit Recht vergleicht das Berufungsgericht die Leistungen der Parteien bei Abschluß des Vertrages vom 5.6.1981. Es stellt mit Tatbestandswirkung (§§ 314, 561 ZPO) als unstreitig die (damalige) Lage des Grundstücks im Außenbereich und mithin dessen fehlende Baulandqualität fest. Soweit die Revision dies anders sehen will, wendet sie sich schon vergeblich gegen die Tatbestandswirkung des Berufungsurteils. Im übrigen ist auch ihre Rüge unzutreffend, das Berufungsgericht habe erheblichen Sachvortrag des Klägers zur *damaligen* Lage des Grundstücks übergangen. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 5.2.1996 nicht etwa vorgetragen, die veräußerte Teilfläche, habe bereits damals innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils nach § 34 BauGB gelegen, sondern die Auffassung vertreten, diese Situation wäre für sein Grundstück allenfalls nach Erlaß eines Bebauungsplans ohne Einbeziehung seines Grundstücks eingetreten. Dieses Verständnis seines Vortrags folgt – wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht – deutlich auch aus seinem Schriftsatz vom 17.4.1997, mit dem er vortragen ließ, er habe dieses Grundstück „erworben, um in freier Natur abseits von jeder Bebauung zu wohnen“ und die Baulückeneigenschaft seines Grundstücks im Sinne von § 34 BauGB nicht etwa für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern erst aus einer künftigen Entwicklung folgert. Darauf kommt es aber nicht an, weil nur entscheidend ist, ob die Leistungen der Parteien bei Vertragsabschluß ausgeglichen waren. Der Kläger hatte weder Anspruch darauf, daß überhaupt ein Bebauungsplan erlassen, noch darauf, daß sein Grundstück in diesen einbezogen wurde.

Fehl geht auch die Rüge der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Preis zu 15 DM/qm habe mindestens dem damaligen Marktwert entsprochen. Unstreitig hat die Gemeinde bei vergleichbaren Ankäufen einen Preis von 12 bis 15 DM/qm bezahlt. Entgegen dem Vortrag der Revision hat die Beklagte nicht selbst behauptet (Schriftsatz vom 9.1.1995), es habe sich insoweit um einen „einseitig“ diktierten Preis gehandelt. Ihr Vortrag ging vielmehr dahin, sie habe sich zum Preis von 15 DM gezwungenermaßen bereit gefunden, weil sich herumgesprochen habe, daß es einem Landwirt durch besonderes Verhandlungsgeschick gelungen sei, einen Preis von 15 DM/qm zu erzielen. Hat die Gemeinde aber sogar für Ankäufe innerhalb des geplanten Bebauungsplans anderweitig nur 15 DM/qm bezahlt, so ist nicht ersichtlich, warum das Grundstück des Klägers das zunächst nur an der Grenze des ursprünglichen Bebauungsplansentwurfs lag, als Bauerwartungsland einen höheren Wert gehabt haben soll. Der Kläger hat einen höheren Wert als 15 DM/qm weder behauptet noch unter Beweis gestellt, vielmehr selbst vorgebracht, er hätte für das „Außenbereichsgrundstück“ allenfalls einen Quadratmeterpreis von 1 DM erzielen können.

Fehlt es mithin überhaupt an einer Gegenleistung des Klägers, kommt es auch nicht mehr auf die Frage an, ob zum Verwaltungshandeln der Beklagten ein bestimmter innerer Zusammenhang bestand (vgl. BGHZ 94, 125, 127 m.w.N.).

c) Rechtlich unzutreffend ist schließlich die Auffassung der Revision, die Grundstücksveräußerung sei unabhängig von der Höhe des Kaufpreises sittenwidrig. Es mag sein, daß es zu dem Kaufvertrag vom 5.6.1981 nicht gekommen wäre, wenn die Beklagte dem Kläger nicht die Aufnahme seines Grundstücks in den Bebauungsplan in Aussicht gestellt hätte, weil er dies mit dem Geschäft bezweckte. Die Beklagte hat sich – wie die Revision in anderem Zusammenhang selbst ausführt – dem Kläger gegenüber nicht zu einer Baulandausweisung verpflichtet. Ob sie bereicherungsrechtlich verpflichtet gewesen wäre (§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BGB) die erworbenen Grundstücke zurückzüberweisen, falls es nicht zu einer Baulandausweisung für die Grundstücke des Klägers gekommen wäre, kann dahinstehen, weil dieser Fall nicht eingetreten ist. Die hier vorgenommene Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung macht den Vertrag vom 5.6.1981 jedenfalls nicht sitten- oder gesetzeswidrig.

Mit Recht hat das Berufungsgericht hervorgehoben, daß in diesem Zusammenhang die gesetzgeberische Wertentscheidung (§ 56 VwVfG; vgl. auch § 11 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BauGB) nicht unberücksichtigt bleiben kann. Der Grundstückserwerb diene nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells. Die Beklagte durfte die Erfüllung dieser rechtmäßigen öffentlichen Aufgaben mit den Mitteln des Privatrechts verfolgen (vgl. auch unten unter Buchst. d) und sich im Wege eines sog. Ankaufsmodells die benötigten Grundstücke verschaffen. Der Kläger hatte weder Anspruch darauf, daß überhaupt ein Bebauungsplan erlassen, noch daß seine Grundstücke in diesen Plan einbezogen wurden (vgl. § 56 Abs. 2 VwVfG; § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Die Beklagte hat – wie ausgeführt – einen bei Vertragsabschluß marktgerechten Preis bezahlt, d.h. die vereinbarten Leistungen waren angemessen (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG; § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Es stand auch allein in der freien Entscheidung des Klägers, ob er der Beklagten eine Teilfläche seines Grundstücks verkaufte oder davon absah. Unstreitig war er es, der an die Beklagte herantrat. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang feststellt, war die Gemeinde am Grundstück des Klägers zunächst nicht interessiert und hat ihn auch nicht erpreßt. Er hat schließlich nicht nur einen marktgerechten Preis für die verkaufte Fläche erzielt, sondern auch die Einbeziehung seines übrigen Grundstücks in den Bebauungsplan erreicht und so einen beachtlichen Planungsgewinn erzielt. Der Kläger möchte nunmehr so gestellt werden, als habe er auch noch sein Teilgrundstück behalten und könne nunmehr einen Planungsgewinn realisieren, der ihm möglicherweise nach § 34 BauGB zugefallen wäre. Damit kann er nach Sinn und Zweck des sog. Kopplungsverbots, das lediglich den „Verkauf von Hoheitsrechten“ verhindern will, keinen Erfolg haben.

d) Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 1993, 2695, 2696 ff. [= MittBayNot 1993, 164]) ausgeführt, daß es der Gemeinde gesetzlich nicht verboten war, über einen Vertrag ihre städtebaulichen Ziele zu verfolgen und auch im Wege eines sog. Ankaufsmodells Einfluß auf die Eigentümerverhältnisse zur Entwicklung eines Einheimischenmodells zu nehmen (vgl. auch § 6 des BauGB-MaßnahmenG, der nunmehr in § 11 BauGB übergeführt wurde). Es führt ferner aus, daß die Beklagte mit dem Vertrag vom 5.6.1981 auch nicht gegen Grundrechte verstoßen habe (vgl. auch dazu BVerwG a.a.O. S. 2697). Insoweit bringt die Revision nichts vor.

2. Das Berufungsgericht verneint auch einen Anspruch des Klägers aus culpa in contrahendo, weil dieser seine Behauptung über „erpresserische“ Drohungen des Bürgermeisters im Rahmen der Verhandlungen nicht beweisen konnte. Diese Feststellungen nimmt die Revision hin. Soweit sie einen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragschluß damit begründen will, die Beklagte habe „pflichtwidrig einen sittenwidrigen Vertrag“ herbeigeführt, erledigt sich diese Argumentation schon nach den Ausführungen unter Ziff. 1.

3. Soweit der Kläger – erstmals mit der Revision – auf eine Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage abstellen möchte, fehlt jeder Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen dazu, daß die Parteien es zur Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 5.6.1981 gemacht haben, die Gemeinde werde die erworbene Teilfläche *nur* an Einheimische verkaufen. Nach der ständigen Rechtsprechung wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet durch die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber beim Vertragsschluß zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch entsprechende gemeinsame Vorstellungen beider Vertragspartner, auf denen der Geschäftswille aufbaut (vgl. BGHZ 128, 230, 236 m.w.N.). Daß die Beklagte mit der Ausweisung des Neubaugebiets vorzugsweise Baugrund an bauwillige Bürger der Gemeinde zur Verfügung stellen wollte und dies nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch Vertragszweck des mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrages war, besagt noch nichts darüber, daß die Parteien den Verkauf nur an Einheimische in ihren Geschäftswillen aufgenommen und darauf aufgebaut haben. Insbesondere hat der Kläger keine Tatsachen dafür vorgetragen, daß sein Geschäftswille auf der Erwartung aufbaute, an wen die Gemeinde sein Grundstück veräußern würde. Es spricht im Gegenteil vieles dafür, daß er der Gemeinde sein Grundstück vornehmlich deshalb anbot, um eine Baulandausweisung auch der ihm verbleibenden Flächen zu erreichen und die Weiterverwendung dieses Grundstücks durch die Gemeinde für seinen Verkaufsentschluß ohne Bedeutung war.

28. §§ 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG; 1 AGGdstVG Rheinland-Pfalz (*Nachweis der Genehmigungsfreiheit einer Grundstücksveräußerung nach dem GrdstVG*)

- 1. Das Grundbuchamt hat in eigener Zuständigkeit die Voraussetzungen der Genehmigungsfreiheit des Verkaufs landwirtschaftlicher Kleinfächen zu prüfen.**
- 2. Nur wenn konkrete Zweifel an der Genehmigungsfreiheit bestehen, kann die Eigentumsumschreibung von der Vorlage einer Genehmigung bzw. eines Negativattestes abhängig gemacht werden.**

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 3.11.1998 – 3W 214/98 –, mitgeteilt vom 3. Senat des OLG Zweibrücken

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Kaufvertrag vom 18.11.1997 verkauften die Beteiligten zu 1) an den Beteiligten zu 2) den eingangs näher bezeichneten Grundbesitz zum Kaufpreis von 2 850,- DM. In der Urkunde erklärten die Beteiligten, daß sich auf dem verkauften Grundbesitz nicht

die Wirtschaftsstelle eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs befindet und das Grundstück nicht Weinbauwirtschaftlich genutzt wird. Der beurkundende Notar beanstandete die Eigentumsumschreibung im Grundbuch.

Mit Zwischenverfügung hat die Rechtspflegerin die beantragte Eintragung davon abhängig gemacht, daß die Beteiligten den Nachweis der Genehmigung bzw. ein Negativattest nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (GrdStVG) vorlegen. Hiergegen haben die Beteiligten Erinnerung eingelegt, da nach dem rheinland-pfälzischen Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz (AGGrdStVG) der Verkauf kleiner Flächen nicht genehmigungspflichtig sei. Entsprechende Angaben der Beteiligten zur Grundstücksnutzung seien dem notariellen Vertrag zu entnehmen. Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen. Die nach Vorlage an das Landgericht durch die zuständige Richterin des Amtsgerichts als Beschwerde geltende Erinnerung hat das Landgericht mit dem angefochtenen Beschluß zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 Satz 1 GBO). Das in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts hinsichtlich des Vollzugs der Urkunde Nr. ... geltend gemachte Eintragungshindernis besteht nicht. Die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch ist entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht von der Vorlage einer Genehmigung bzw. eines Negativattestes nach dem GrdStVG abhängig.

Zwar bedarf nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdStVG die Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks der Genehmigung der hierfür zuständigen Behörde. Das Land Rheinland-Pfalz hat jedoch – wie die meisten anderen Bundesländer (vgl. Nachweise zum Gesetzestitel und Anmerkung 1 zu § 2 Abs. 3 GrdStVG, Nr. 40 bei *Schönfelder*, Deutsche Gesetze) – von der Ermächtigung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdStVG Gebrauch gemacht, indem es im Ausführungsgesetz (AG-GrdStVG) vom 2.2.1993 (GVBl. S. 105) hierzu bestimmt hat, daß die Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlich genutzten Grundstücks bis zu 50 ar Fläche keiner Genehmigung bedarf, es sei denn, das Grundstück wird Weinbaulich genutzt und ist größer als 10 ar (§ 1 Nr. 1 AGGrdStVG) oder auf dem Grundstück befindet sich die Wirtschaftsstelle eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes (§ 1 Nr. 2 AGGrdStVG).

Die Verfügungsbefugnis der an der Veräußerung und Auflassung eines Grundstücks Beteiligten hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen. Dazu gehört auch die Frage, ob eine Verfügungsbeschränkung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz besteht. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum hat das Grundbuchamt deshalb in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ob ein Grundstücksgeschäft unter die Regelungen der §§ 2 Abs. 3 GrdStVG, 1 AGGrdStVG fällt. Dabei ist das Grundbuchamt zur Anstellung von Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (*Demharter* GBO, 22. Aufl. § 1 Rdnr. 46). Es hat über die Frage der Genehmigungspflicht grundsätzlich aufgrund des ihm vorgelegten Vertrags, des Inhalts des Grundbuchs und unter Berücksichtigung eventuell offenkundiger Tatsachen (Kenntnis der örtlichen Verhältnisse) selbst zu entscheiden. Steht nach dem Inhalt des Vertrags und aufgrund sonstiger Tatsachen (z. B. Beschrieb des Grundstückes im Grundbuch) fest, daß eine Befreiungsvorschrift eingreift, kann das Grundbuchamt weder eine Genehmigung noch ein Negativattest verlangen (*Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 4025 mit vielen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur). Dies hat der erkennende Senat schon 1986 für den vergleichbaren Fall des Forderns nach Vorlage einer Unbedenklichkeitsbe-

scheinigung nach dem Grunderwerbssteuergesetz entschieden (Beschuß vom 20.8.1986, 3 W 143/86 Rpfleger 1987, 105; MDR 1987, 56 f., NJW-RR 1986, 1461 f.; DNotZ 1987, 233 ff.). In einem weiteren Beschuß vom 14.4.1992 hat der erkennende Senat weiter entschieden, daß der Notar die Gebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung (§ 16 Abs. 1 Satz 1 KostO) nicht erheben darf, wenn er eine zweifelsfrei nicht notwendige Genehmigung nach dem GrdStVG einholt, und zwar sogar dann, wenn er dies vorsorglich mit Rücksicht auf die Übung des zuständigen Grundbuchamtes, grundsätzlich eine Genehmigung bzw. ein Negativattest zu verlangen, getan hat (3 W 118/91, Jur-Büro 1993, 358 f. mit zustimmender Anmerkung *Mümmeler*). Nur wenn aufgrund bestimmter Anhaltspunkte begründete Zweifel am Vorliegen der Verfügungsbefugnis der Beteiligten auftauchen, ist das Grundbuchamt gemäß § 18 GBO zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet (BayObLG, Rpfleger 1969, 301 f.; OLG Stuttgart, Justiz 1973, 324, zur jeweils vergleichbaren Rechtslage in Bayern und Baden-Württemberg). Aufgrund der Freigrenzenregelung im rheinland-pfälzischen Ausführungsgesetz ist bei Grundstücken bis zu 50 ar die Genehmigungsfreiheit die Regel, die Genehmigungsbedürftigkeit die Ausnahme. Dieses umgekehrte Regel-Ausnahme-Prinzip erkennt die Zivilkammer, indem sie von den Beteiligten den Nachweis über die Genehmigung bzw. die Genehmigungsfreiheit fordert und die Erklärung der Beteiligten zur Nutzung des Grundstücks nicht für ausreichend erachtet. Diese Ansicht widerspricht sowohl dem Willen des Bundes als auch des Landesgesetzgebers. Beide wollten mit den Regelungen der §§ 2 Abs. 3 GrdStVG, 1 AGGrdStVG den Rechtsverkehr bei Kleinverkäufen landwirtschaftlicher Grundstücke durch Entbürokratisierung erleichtern und zur Entlastung der Genehmigungsbehörden beitragen. Diese Zwecke würden verfehlt, wenn grundsätzlich die Genehmigungsfreiheit durch ein – im Übrigen auch zusätzliche Kosten verursachendes – Negativattest nachgewiesen werden müßte.

Mit ihrer (negativen) Erklärung haben die Vertragsbeteiligten das Nichtvorliegen der Ausnahmetatbestände des § 1 AGGrdStVG ausreichend dargelegt. Konkrete Anhaltspunkte, die Anlaß zu Zweifeln an der inhaltlichen Richtigkeit der Erklärung der Beteiligten im notariellen Kaufvertrag begründen könnten, hat weder das Grundbuchamt noch die Beschwerdekammer genannt. Solche sind auch aus dem Akteninhalt nicht ersichtlich. Nach dem Beschrieb des Grundstückes im Grundbuch handelt es sich bei dem verkauften Grundbesitz um eine „Wiese, Landwirtschaftsfläche, zu 47 ar 52 m²“.

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist daher zu Unrecht ergangen.

Nachdem Gegenstand des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens nur das in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis, nicht jedoch der Eintragungsantrag selbst ist, sind die Entscheidungen der Vorinstanzen sowie die Zwischenverfügung aufzuheben und das Verfahren ist an das Grundbuchamt zurückzuverweisen, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut über den Antrag auf Eigentumsumschreibung zu befinden haben wird.

29. EStG § 15 Abs. 2 (Zum Merkmal der Nachhaltigkeit bei gewerblichem Grundstückshandel)

1. **Gewerblicher Grundstückshandel liegt vor, wenn die in zeitlichem Zusammenhang mit der Anschaffung eines Grundstücks stehende Verkaufstätigkeit in der Weise „nachhaltig“ ist, daß eine Zuordnung zu dem von der „typischen“ Vermögensverwaltung abzugrenzenden „Bild des Handels“ möglich ist.**
2. **Veräußert ein nicht im Baugewerbe tätiger Steuerpflichtiger ein in neun Eigentumswohnungen aufgeteiltes Mehrfamilienhaus an einen einzigen Erwerber, so liegt keine nachhaltige Verkaufstätigkeit vor, sofern keine Anhaltspunkte für weitere Grundstücksgeschäfte gegeben sind.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 22.4.1998 – X R 17/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute und wurden für das Streitjahr 1990 zur Einkommensteuer zusammenveranlagt. Mit Wirkung vom 1.3.1988 erwarb der Kläger von Herrn A. das mit einem Mehrfamilienhaus bebaute Grundstück ... in X. Im Jahre 1990 teilte er das fremdvermietete Grundstück in neun Eigentumswohnungen auf und verkaufte diese an einen einzigen Erwerber. Im notariellen Vertrag vom 26.3.1991 ist vereinbart, daß der Kaufpreis von 850 000 DM in Höhe von 440 000 DM bei Eintragung der Auflassungsvormerkung fällig wird. Der Restkaufpreis war aus den Erlösen der Weiterverkäufe, spätestens am 31.7.1992 zu zahlen. Zur Kaufpreisfinanzierung hatte der Kläger im Jahre 1988 einen Kredit bei der C-Bank aufgenommen. Im Jahre 1990 nahm er eine Umfinanzierung vor. Das in diesem Zusammenhang u.a. aufgenommene Darlehen über 120 000 DM sollte entsprechend der Darlehenszusage aus dem Verkauf von zwei Eigentumswohnungen zurückgeführt werden.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) vertrat in der verbösernden Entscheidung über den Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid für 1990 die Auffassung, das Grundstück gehöre zum Umlaufvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels, und versagte daher den Abzug von Absetzungen für Abnutzung (MA) für das Gebäude.

Das FG hat die Klage abgewiesen. Sein Urteil ist veröffentlicht in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1996, 268. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zu Unrecht haben FA und FG das Grundstück dem Umlaufvermögen eines Gewerbebetriebes zugeordnet. Ein solcher Gewerbebetrieb ist hier nicht gegeben.

Nach § 15 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) ist Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Tätigkeit anzusehen ist. Außerdem darf es sich nicht um private Vermögensverwaltung handeln (Beschuß des Großen Senats des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 25.6.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751; BFH-Urteil vom 5.9.1990 X R 107–108/89, BFHE 161, 543, BStBl II 1990, 1060, m.w.N.).

Nach der Entscheidung des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995 GrS 1/93 (BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617

[= MittBayNot 1995, 492]) haben die Zahl der Objekte „und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf)“ für die Beurteilung am Maßstab des § 15 Abs. 1 EStG eine indizielle Bedeutung. Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebs“ – Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen. Eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung ist „im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert werden“.

2. Im Streitfall ist entscheidungserheblich, ob die in zeitlichem Zusammenhang mit der Anschaffung des Grundstücks stehende Verkaufstätigkeit des Klägers in der Weise „nachhaltig“ ist, daß eine Zuordnung zu dem von der „typischen“ Vermögensverwaltung abzugrenzenden „Bild des Handels“ möglich ist.

a) Die vom Tatbestand des § 15 Abs. 2 EStG vorausgesetzte „Nachhaltigkeit“ erfordert eine Tätigkeit, die von der Absicht getragen ist, sie zu wiederholen und daraus eine ständige Erwerbsquelle zu machen, und die objektiv erkennbar auf Wiederholung angelegt ist (BFH-Urteile vom 21.8.1985 I R 60/80, BFHE 145, 33, BStBl II 1986, 88; vom 4.3.1993 IV R 28/92, BFH/NV 1993, 728; vom 30.6.1993 XI R 38, 39/91, BFH/NV 1994, 20). Dem stimmt der Senat zu: Da die Verkaufsabsicht ebenso wie die Wiederholungsabsicht und die Gewinnerzielungsabsicht innere Tatsachen sind, die nur anhand äußerer Merkmale beurteilt werden können, haben die tatsächlichen Umstände für die Beurteilung besondere Bedeutung. Die bloße Absicht, mit der „Ware Eigentumswohnung“ an den Markt zu gehen, ist grundsätzlich noch kein wirtschaftlicher Sachverhalt, der dem Typus des „Handels mit Grundstücken“ zugeordnet werden könnte.

b) Bei dem – einem „Bild des Handels“ entsprechenden – Kauf und Verkauf von „Wohnobjekten“ hat die Rechtsprechung die Nachhaltigkeit überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, anhand der Anzahl der Verkäufe beurteilt (z.B. BFH-Urteile vom 11.4.1989 VIII R 266/84, BFHE 156, 476, 479, BStBl II 1989, 621; vom 16.4.1991 VIII R 74/87, BFHE 164, 347, 349, BStBl II 1991, 844; vom 11.12.1991 III R 59/89, BFH/NV 1992, 464). Unter „Objekt“ im vorgenannten Sinne ist jede einzelne Immobilieneinheit zu verstehen, die selbständig veräußert und genutzt werden kann, mithin jeder einzelne Miteigentumsanteil (Urteil in BFHE 164, 347, BStBl II 1991, 844). Von einer Mehrzahl von Objekten ist auszugehen, wenn Miteigentumsanteile bzw. Wohnungs-/Teileigentum an einem Wohngebäude an unterschiedliche Erwerber veräußert werden. Wird ein Gebäude mit einer Vielzahl solcher Objekte an einen einzigen Erwerber veräußert, fehlt es in der Regel an einer nachhaltigen Betätigung (beiläufig BFH-Urteil vom 15.12.1971 I R 49/70, BFHE 104, 178, 180, BStBl II 1972, 291).

c) Indes kann sich die Nachhaltigkeit aus zusätzlichen objektiven Umständen ergeben.

aa) Nach dem Urteil in BFH/NV 1994, 20 (unter Bezugnahme auf das Urteil vom 10.10.1991 XI R 22/90, BFH/NV 1992, 238) bedeutet Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen eines Mehrfamilienhauses zum gleichen Zeitpunkt und „in einem einmaligen und einheitlichen Vorgang“ – „durch fünf selbständige, zeitlich zusammenfallende Veräußerungsgeschäfte“ an einen einzigen Erwerber „trotz Einheitlichkeit der Bau-

planung und des Veräußerungsentschlusses“ – im Rahmen der sog. Objektgrenze die Veräußerung mehrerer Objekte. Zwar ist hiernach die „lediglich zeitliche Zusammenfügung mehrerer Rechtshandlungen“ für die Frage einer Wiederholungsabsicht ohne Bedeutung. Aufgrund der gebotenen Gesamtwürdigung kann aber das für die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels erforderliche Merkmal der Nachhaltigkeit gegeben sein, wenn der Verkäufer im Bau- und Immobilienbereich tätig ist und wenn er zeitnah weitere Grundstücksgeschäfte vornimmt. Mithin liegt „bei einem einzigen Verkaufsgeschäft mehrerer Wohnobjekte oder Grundstücke“ eine Nachhaltigkeit vor, wenn sich aus anderen objektiven Umständen ergibt, daß noch weitere Grundstücksgeschäfte zumindest geplant sind (Urteil in BFH/NV 1994, 20, unter 3.; BFH-Urteile vom 8.7.1982 IV R 20/78, BFHE 136, 252, BStBl II 1982, 700; vom 12.7.1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143; vom 16.1.1996 VIII R 11/94, BFH/NV 1996, 676, unter 2. b).

Der erkennende Senat hat sich dieser Rechtsauffassung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nachhaltig“ angeschlossen (Urteil vom 29.10.1997 X R 112, 153/94, BFH/NV 1998, 853).

bb) „Objektiv auf Wiederholung angelegt“ kann ein Verkaufsgeschäft auch dann sein, wenn sich der Steuerpflichtige zuvor im Interesse einer möglichst hohen Gewinnerzielung nicht nur um dieses Gesamtverkaufsgeschäft, sondern auch um Einzelverkäufe der verschiedenen Objekte bemüht hat. Will jemand objektiv erkennbar je nach Marktsituation mehrere Objekte einzeln oder insgesamt verkaufen, kann es für die Beurteilung der Nachhaltigkeit seiner Tätigkeit keinen Unterschied machen, ob dann tatsächlich Einzelverkäufe abgeschlossen werden oder ob – bezogen auf die generelle Veräußerungsabsicht zufällig – ein Gesamtabnehmer gefunden wird. Die „an sich auf Wiederholung angelegten Einzelverkäufe“ verdichten sich dann bei Gesamtabnahme lediglich zu einem einzigen Verkaufsgeschäft (vgl. hierzu Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, unter 1. c. bb letzter Absatz der Entscheidungsgründe).

3. Dies vorausgesetzt hat der Kläger den Tatbestand des § 15 EStG nicht erfüllt.

a) Die Veräußerung mehrerer Eigentumswohnungen in einem einzigen Rechtsvorgang würde nur dann eine Steuerbarkeit nach § 15 EStG begründen, wenn Anhaltspunkte dafür ersichtlich wären, daß der Kläger, der nicht in der Bau- und Immobilienbranche tätig ist, noch weitere Grundstücksgeschäfte getätigt bzw. geplant hat. Solches war hier nicht der Fall.

b) Es ist auch nicht festgestellt worden oder anderweitig ersichtlich, daß der Kläger objektiv erkennbar je nach Marktsituation mehrere Objekte hätte einzeln oder insgesamt verkaufen wollen und sich ein konkretes Bemühen um Veräußerung aller Wohnungen an unterschiedliche Erwerber zu einem einzigen Verkaufsvorgang verdichtet hätte. Ein Bemühen des Klägers um Einzelverkäufe ist weder festgestellt noch anderweitig objektiv erkennbar.

Der Senat verkennt nicht, daß auch der beginnende und der erfolglose Handel mit Immobilien zu gewerblichen – gegebenenfalls negativen – Einkünften i.S. des § 15 Abs. 2 EStG führen kann. In diesem Zusammenhang kann bereits die Aufteilung eines Gebäudes in Teil-/Wohnungseigentum den Beginn eines Handelsbetriebes durch Veräußerung an jedwede Dritte indizieren. Die Indizwirkung versagt aber jedenfalls dann, wenn wie im Streitfall ein nicht zur sog. Baubranche gehörender und auch nicht branchennaher Steuerpflichtiger

(vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 1994, 20, unter 3.) in zeitlichem Zusammenhang mit dem Erwerbsvorgang ein Gebäude in Teil-/Wohnungseigentum aufteilt, um zur Erfüllung einer Absprache mit der kreditgebenden Bank durch den Verkauf lediglich zweier Wohnungen die Finanzierung der Anschaffung des Gesamtobjekts auf eine wirtschaftlich vertretbare Grundlage zu stellen. Des weiteren ist eine Besonderheit des hier zu entscheidenden Sachverhalts darin zu sehen, daß der Kläger die einzelnen Wohnungen nicht objektiv erkennbar am Grundstücksmarkt angeboten, sondern an die Gesellschaft des Vertragspartners des Anschaffungsgeschäfts weiterverkauft hat. In dieser Hinsicht ist ein Bemühen um Einzelverkäufe nicht objektiv erkennbar; vielmehr ist die Veräußerung wirtschaftlich einer Rückabwicklung des Erwerbs gleichzustellen. Daher kann hier dahingestellt bleiben, ob allgemein die zeitgleiche Veräußerung mehrerer Wohnungen an einen einzigen Erwerber die tatsächliche Vermutung begründet, daß der Steuerpflichtige auch an verschiedene Erwerber verkauft hätte.

30. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1a (*Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unter Fremden*)

Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist mit steuerrechtlicher Wirkung grundsätzlich auch unter Fremden möglich.

BFH, Urteil vom 16.12.1997 – IX R 11/94 –

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger, Revisionskläger und Anschlußrevisionsbeklagten (Kläger) erwarben mit notariellem „Übertragungsvertrag“ ein viergeschossiges Mietwohngebäude von der damals 78 Jahre alten, alleinstehenden Frau B, die im Erdgeschoß des Gebäudes wohnte. Frau B ist mit den Klägern nicht verwandt oder verschwägert, hat diese aber – einem im Klageverfahren eingereichten handschriftlichen Testament zufolge – als ihre alleinigen Erben eingesetzt. Der Kläger ist ihr langjähriger Steuerberater. Nach dem Übertragungsvertrag sollte Frau B ab 1.7.1981 auf Lebenszeit an dem übertragenen Gebäude der Nießbrauch zustehen, dessen Jahreswert mit ca. 15 000 DM angegeben wurde. Ferner war vereinbart, daß Frau B im Laufe des Jahres 1981 in ein Altenheim aufgenommen werde. Die dadurch entstehenden Kosten sollten in erster Linie aus den mit dem übertragenen Gebäude erzielten Einnahmen aufgebracht werden. Die Kläger verpflichteten sich, den nicht aus den „Hauseinnahmen“ zu deckenden Mehrbetrag der Heimkosten, den die Vertragsparteien damals mit 300 DM monatlich ansetzten, zu übernehmen und Frau B außerdem zur Bestreitung ihrer persönlichen Ausgaben einen angemessenen Betrag (damals 200 DM monatlich) ab Aufnahme ins Altenheim zu zahlen. Nach Abschluß des Übertragungsvertrages zog Frau B aus dem Haus aus. Für die Zeit bis zu ihrer Aufnahme ins Altenheim (Dezember 1981) trugen die Kläger die Kosten einer angemieteten Übergangswohnung, die sie mit 5 727 DM bezifferten.

Bei der Ermittlung ihrer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung machten die Kläger für das übertragene Gebäude Absetzung für Abnutzung (AfA) geltend. Für die Errechnung der Anschaffungskosten legten sie einen Kaufpreis von 110 208 DM zugrunde (Jahreswert des Nießbrauchs 15 000 DM zuzüglich Zahlungsverpflichtung von 6 000 DM, insgesamt also 21 000 DM, multipliziert mit 5,248 gemäß § 14 des Bewertungsgesetzes – BewG i.V.m. Anlage 9). Ferner begehrten sie, für den Nießbrauch einen Betrag in Höhe des anteiligen Jahreswerts für sieben Monate (8 750 DM) abzuziehen, und zwar zunächst als Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG), im Einspruchsverfahren dagegen als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG. Die Kosten

der Übergangswohnung (5 727 DM) machten die Kläger in ergänzender Auslegung des Übertragungsvertrages als dauernde Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG geltend.

Der Beklagte, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisionskläger (das Finanzamt – FA –), dessen Bausachverständiger den Verkehrswert des übertragenen Mietwohngrundstücks auf 170 000 DM bezifferte, änderte – insoweit einvernehmlich mit den Klägern – die jeweils auf das Gebäude und auf Grund und Boden entfallenden Anteile der Anschaffungskosten, zog jedoch die als Sonderausgaben (dauernde Lasten) geltend gemachten Beträge von (8 750 DM + 5 727 DM =) 14 477 DM weder als Werbungskosten noch als Sonderausgaben ab.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage nur in geringem Umfang statt.

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ist dem Verfahren beigetreten. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das FG hat mit unzutreffender Begründung die Voraussetzungen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zwischen den Klägern und Frau B verneint.

1. Zu Recht ist das FG davon ausgegangen, daß die Kläger im Streitjahr Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus dem übertragenen Grundstück erzielt haben. Den Tatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwirklicht auch der Eigentümer, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs überlassen hat, wenn er tatsächlich anstelle des Nießbrauchers in das Mietverhältnis eintritt und die Rechte und Pflichten daraus übernimmt (vgl. BFH-Urteil vom 3.6.1992 X R 130/90, BFH/NV 1992, 807; ferner Senatsurteile vom 15.4.1986 IX R 52/83, BFHE 146, 415, BStBl II 1986, 605 [= MittBayNot 1986, 281] vom 14.3.1989 IX R 107/85, BFH/NV 1989, 694; vom 8.3.1994 IX R 37/90, BFH/NV 1994, 868). Diese Voraussetzungen sind nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des FG erfüllt. Die Auslegung eines Vertrags obliegt, soweit es um die Aufhellung des Willens der Vertragsparteien geht, dem FG als Tatsacheninstanz (BFH-Urteil vom 6.2.1985 I R 80/81, BFHE 143, 426, BStBl II 1985, 420). Das FG hat den Übertragungsvertrag dahin gewürdigt, der Nießbrauch habe für Frau B lediglich Sicherungsfunktion gehabt; es sei Aufgabe der Kläger gewesen, anstelle von Frau B das Grundstück weiter zu vermieten. Diese Würdigung ist möglich und gemäß § 118 Abs. 2 FGO für das Revisionsgericht bindend.

2. Zutreffend ist ferner die Auffassung des FG, daß dann, wenn der Übertragungsvertrag zwischen den Klägern und Frau B nicht als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, sondern als entgeltliches Anschaffungsgeschäft zu beurteilen ist, in Höhe des Barwerts der wiederkehrenden Leistungen (§ 14 BewG i.V.m. Anlage 9) Anschaffungskosten vorliegen und lediglich die in den wiederkehrenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteile nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG als Werbungskosten abziehbar sind. Dazu verweist der Senat auf sein Urteil vom 9.2.1994 IX R 110/90 (BFHE 175, 212, BStBl II 1995, 47).

3. Zu Unrecht hat das FG jedoch im Streitfall die Voraussetzungen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen allein deshalb verneint, weil die Kläger nicht potentielle gesetzliche Erben der Übergeberin sind.

a) Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist mit steuerrechtlicher Wirkung grundsätzlich auch unter Fremden möglich (ebenso *Fischer*, in: *Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, § 22 Rdnr. B 289 – unter Hinweis auf das BFH-Urteil vom 5.3.1964 IV 417/62, Höchstrichterliche

Finanzrechtsprechung 1964, 416, 417 –; *Stephan* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, § 10 EStG Rdnr. 40a). Der Große Senat des BFH hat dieses steuerrechtliche Rechtsinstitut in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung aus dem Recht der zivilrechtlichen Übergabeverträge hergeleitet. Danach besteht die Besonderheit eines Übergabevertrages darin, daß er der folgenden Generation unter Vorwegnahme des Erbfalls das Nachrücken in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit ermöglicht und gleichzeitig die Versorgung des Übergebers aus dem übernommenen Vermögen zumindest zu einem Teil sichert (Beschuß vom 5.7.1990 GrS 4–6/89, BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 unter C. II. 1. a [= MittBayNot 1990, 372]). Eine solche Übergabe findet in aller Regel zwar unter Angehörigen statt, ist aber unter Fremden nicht ausgeschlossen. Ebenso wie der Steuerpflichtige nach dem Grundsatz der Testierfreiheit (§ 2302 des Bürgerlichen Gesetzbuches; Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes) einen Fremden als Erben einsetzen kann, kann er sein Vermögen in vorweggenommener Erbfolge an einen Fremden gegen die Zusage lebenslanger Versorgung übergeben. Es gibt keinen rechtfertigenden Grund, steuerrechtlich hiervon abzuweichen und die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen steuerrechtlich auf Vereinbarungen unter Angehörigen zu beschränken. Dies gilt um so mehr, als der Große Senat des BFH die steuerrechtlichen Voraussetzungen der Vermögensübergabe weiter gefaßt hat als vom Zivilrecht vorgegeben; danach sind Versorgungsleistungen aus einer Vermögensübergabe generell den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben zuzurechnen, ohne im Einzelfall zu prüfen, ob die zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Leibgedinges erfüllt sind (Beschuß des Großen Senats in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 unter C. II. 1. c).

Mit dieser Beurteilung weicht der erkennende Senat nicht von dem Urteil des X. Senats vom 27.11.1996 X R 85/94 (BFHE 182, 110, BStBl II 1997, 284) ab, nach dem ein dem zivilrechtlichen Typus des Altenteilsvertrages vergleichbarer Versorgungsvertrag dadurch gekennzeichnet ist, daß er einen bereits bestehenden familienrechtlichen Unterhaltsanspruch der Höhe nach festlegt. Diese Ausführungen betrafen die Abgrenzung von Leibrente und dauernder Last, nicht aber die steuerrechtlichen Voraussetzungen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

b) Ob die Übertragung eines Mietwohngebäudes gegen wiederkehrende Leistungen unter Fremden als entgeltlicher Leistungsaustausch (Anschaffungsvorgang) oder als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zu beurteilen ist, hängt davon ab, ob die Versorgungszusage im Rahmen des Austausches von als gleichwertig angesehenen Leistungen erteilt wird, oder ob der Übernehmer nach dem Willen der Beteiligten wenigstens teilweise eine Zuwendung erhalten soll und sich die Übergabe damit auch als Schenkung darstellt (Beschuß des Großen Senats des BFH in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 unter C. II. 1. a), ob die Versorgungsleistungen nach dem Wert der Gegenleistung, oder aber nach dem Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bemessen worden sind (Beschuß in BFHE 165, 225, 239, BStBl II 1992, 78 unter C. II. 4. b). Maßgebend sind insoweit die Vorstellungen des Erwerbers. Für den Empfänger der wiederkehrenden Leistungen ist regelmäßig das Versorgungsbedürfnis bestimmend; es bildet für ihn auch bei einem entgeltlichen Leistungsaustausch das Motiv der Veräußerung (Senatsurteil in BFHE 175, 212, 214, BStBl II 1995, 47).

c) Zur Abgrenzung einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unter Fremden von einem entgeltlichen Anschaffungsgeschäft ist die nach ständiger Rechtsprechung maßgebende und vom Großen Senat des BFH bestätigte Vermutung, nach der eine Vermögensübertragung auf Abkömmlinge auf familiären Gründen beruht (Beschluß in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 unter C. I.; BFH-Urteil vom 23.1.1992 XI R 6/87, BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526), umzukehren: Unter Fremden besteht danach die nur in Ausnahmefällen widerlegbare Vermutung, daß bei der Übertragung von Vermögen Leistung und Gegenleistung kaufmännisch gegeneinander abgewogen sind, es sich mithin um ein entgeltliches Anschaffungsgeschäft handelt.

aa) Diese für die Entgeltlichkeit des Übertragungsvorgangs sprechende Vermutung kann zum Beispiel dann widerlegt sein, wenn der Übernehmer aufgrund besonderer persönlicher (insbesondere familienähnlicher) Beziehungen zum Übergeber ein persönliches Interesse an der lebenslangen angemessenen Versorgung des Übergebers hat.

bb) Eine steuerrechtlich anzuerkennende Vermögensübergabe unter Fremden kann aber auch dann gegeben sein, wenn es zwar an einer persönlichen Beziehung der Vertragsparteien fehlt, aber aus anderen Beweisanzeichen eindeutig zu entnehmen ist, daß die Vertragsbedingungen nicht in Abwägung von Leistung und Gegenleistung, sondern allein nach dem Versorgungsbedürfnis des Übergebers und der Leistungsfähigkeit des Übernehmers vereinbart worden sind. Dies ist eine Frage der Tatsachenfeststellung und -würdigung, die Aufgabe der FG als Tatsacheninstanz ist.

Insoweit kann sich ein Anhaltspunkt auch aus einem Ver-

gleich des Werts des übergebenen Vermögens mit dem Barwert der zugesagten wiederkehrenden Leistungen ergeben (vgl. zu objektiv gleichwertigen Leistungen BFH-Urteil vom 27.8.1997 X R 54/94, BStBl II 1997, 813, unter 5. a [= MittBayNot 1998, 55]; zu lediglich subjektiv als gleichwertig angesehenen Leistungen BFH-Urteil vom 16.12.1993 X R 67/92, BFHE 173, 152, 156, BStBl II 1996, 669). Die unter Fremden geltende Vermutung für einen entgeltlichen Leistungsaustausch ist um so leichter zu widerlegen, je weiter der Wert des übertragenen Grundstücks und der Barwert der wiederkehrenden Leistungen voneinander abweichen.

Ein weiterer Anhaltspunkt kann sich daraus ergeben, inwieweit die zugesagten Versorgungsleistungen aus dem übertragenen Grundstück zu erwirtschaften sind. Übersteigen die Versorgungsleistungen – aus der Sicht zum Zeitpunkt der Übertragung – auf Dauer die erzielbaren Erträge, spricht dies dafür, daß der Übergeber nicht nur aus dem Grundstück versorgt werden, sondern darüber hinaus ein Entgelt für die Übertragung erhalten soll.

Danach scheidet eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen jedenfalls aus, wenn es sich aufgrund der Höhe der vereinbarten wiederkehrenden Leistungen schlechterdings nicht um Versorgungsleistungen handeln kann (vgl. BFH-Urteil in BFHE 167, 86, 89, BStBl II 1992, 526), oder wenn der Übertragende nach der Übertragung eines Hauses offensichtlich mehr an Barmitteln zur Verfügung hat als er zuvor aus der Vermietung des Hauses hatte erwirtschaften können (vgl. BFH-Urteil vom 24.11.1993 X R 123/90, BFH/NV 1994, 704; Senatsurteil vom 27.8.1996 IX R 86/93, BFHE 181, 175, BStBl II 1997, 47).

1. Übersicht über notarrelevante Gesetzesänderungen

Inkrafttreten 1.1.1998 bis 1.1.1999

Von Notarassessorin *Susanne Pöllmann-Budnick* und Notarassessor *Dr. Jörg Budnick*

1. Notarrecht

Drittes Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze (BGBl. I 1998, S. 2585)

Inkrafttreten: 8.9.1998

a) BeurkG

Die Mitwirkungsverbote in § 3 BeurkG wurden erheblich verschärft; insbesondere wurden neue Mitwirkungsverbote begründet, z.B. in § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG n.F. ein Mitwirkungsverbot des Notars in Angelegenheiten einer Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Das Mitwirkungsverbot in Angelegenheiten einer Person, deren gesetzlicher Vertreter der Notar ist oder deren vertretungsberechtigtem Organ er angehört oder zu der er in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Geschäftsverhältnis steht, erstreckt sich auch auf seinen Sozius. Ein Mitwirkungsverbot besteht weiterhin in Angelegenheiten einer Gesellschaft, an der der Notar mit mehr als 5% der Stimmrechte oder mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 5.000,00 DM beteiligt ist (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 BeurkG). § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG n.F. enthält schließlich ein Verbot der Mitwirkung bei Vorbefassung des Notars oder dessen Sozius, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Der Notar hat vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung zu fragen und die Antwort in der Urkunde zu vermerken (§ 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG n.F.). Sanktion bei einem wiederholten groben Verstoß gegen ein Mitwirkungsverbot ist zwingend die Amtsenthebung (§ 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO).

(Vgl. zur Vorbefassung des hauptberuflichen Notars auch *Heller/Vollrath*, MittBayNot 1998, 322 ff.)

In § 14 Abs. 1 BeurkG n.F. ist eine Erleichterung bei der Verlesung von Bilanzen, Inventaren und sonstigen Bestandsverzeichnissen enthalten. Das Verlesen dieser Verzeichnisse ist danach entbehrlich, wenn in der Niederschrift darauf verwiesen wird, diese der Urkunde beigelegt werden und die Beteiligten auf das Vorlesen verzichten. Diese Anlagen und ebenso die Anlagen bei Grundpfandrechten sollen allerdings den Vertragsteilen zur Kenntnisnahme vorgelegt und von diesen auf jeder Seite unterzeichnet werden (§ 14 Abs. 2 BeurkG n.F.).

§ 17 Abs. 2 a BeurkG n.F. regelt die Gestaltung des Urkundsverfahrens, um die Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und 2 zu gewährleisten. Die neu eingefügte Vorschrift § 44 a BeurkG übernimmt eine Regelung der DONot, wonach zusätzliche und sonstige Änderungen am Schluß der Urkunde vor den Unterschriften oder am Rand zu vermerken sind, wobei im letzteren Fall der Notar dies zu unterzeichnen hat.

§§ 54 a ff. BeurkG n.F. enthalten schließlich umfangreiche Neuregelungen der notariellen Verwahrung, insbesondere ist neu das Verbot der Bargeldnahme in § 54 a Abs. 1 BeurkG n.F.

(Zu den Änderungen des Beurkundungsgesetzes vgl. auch *Winkler*, in diesem Heft S. 1 ff.)

b) BNotO

Auch die BNotO wurden in wesentlichen Bereichen geändert. So wurden in § 9 BNotO n.F. die Anforderungen an die Bürogemeinschaft und Sozietät von Notaren und in § 14 die Amtspflichten des Notars neu geregelt. Eine wesentliche Neuerung enthält auch § 48 b BNotO n.F., der die Amtsniederlegung bei Kindererziehung und Pflege von Angehörigen betrifft. Der Begriff des Notariatsverwesers in § 56 BNotO wurde schließlich durch den des Notariatsverwalters ersetzt.

(Vgl. allgemein zur Reform des notariellen Berufsrechts: *Vaasen/Starke*, DNotZ 1998, 661 ff.)

2. Verfahrensrecht

a) Zweites Gesetz zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle, BGBl. I 1997, 3039)

Inkrafttreten: 1.1.1999

§ 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO wird über Geldansprüche hinaus auf alle Ansprüche erweitert, die einer vergleichweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sind und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses von Wohnraum betreffen. Die Unterwerfungserklärung muß den betroffenen Anspruch konkret bezeichnen.

(Vgl. zum Ganzen auch DNotI-Report 1/98, S. 9 ff. mit Formulierungsbeispielen.)

b) Insolvenzordnung (BGBl. I 1994, S. 2866)

Inkrafttreten: 1.1.1999

§ 419 BGB wurde aufgehoben, so daß im Rahmen von Veräußerungsverträgen nicht mehr für den Erwerber das Risiko der Haftung mit dem erworbenen Vermögen für Altschulden der Haftung besteht. Ferner wurden die Fristen im Anfechtungsgesetz für die Gläubigeranfechtung geändert und verschärft.

Durch die Einführung der Verbraucherinsolvenz wurde die Möglichkeit der Restschuldbefreiung begründet. Voraussetzung hierfür ist zunächst der Versuch einer gütlichen Einigung mit den Gläubigern. Nach deren Fehlschlagen kann das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet werden. Hierzu muß dem Antrag auf Verfahrenseröffnung ein Schuldenbereinigungsplan beigelegt werden, dem die Gläubiger jedoch auch in diesem Fall zustimmen müssen. Wird kein Einvernehmen erzielt, wird entweder die Zustimmung durch das Gericht ersetzt, wenn die entsprechende Mehrheit der Gläubiger dem Schuldenbereinigungsplan zugestimmt haben, oder es wird ein Treuhänder zur Verwaltung des Vermögens des Schuldners eingesetzt, der den pfändbaren Teil des Einkommens des Schuldners verwaltet und an die Gläubiger verteilt. Nach sieben Jahren des „Wohlverhaltens“ des Schuldners wird ihm dann die Restschuldbefreiung durch Gerichtsbeschuß gewährt.

(Zur neuen Insolvenzordnung erscheint demnächst in MittBayNot ein Aufsatz von *Prof. Dr. Huber*, Passau.)

3. Bürgerliches Recht

a) Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger

(Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz – MHbEG, BGBl. I 1998, S. 2487)

Inkrafttreten: 1.1.1999

Bei Erlangung der Volljährigkeit besteht die Möglichkeit, die Haftung für Verbindlichkeiten, die die Eltern oder andere vertretungsberechtigte Personen im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft oder eine sonstige Handlung für das Kind begründet haben oder die aufgrund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen entstanden sind, auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen zu beschränken (§ 1629 a Abs. 1 BGB n.F., §§ 1990, 1991 BGB entsprechend). Das Gleiche gilt auch für Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige selbst gemäß §§ 107, 108, 111 BGB mit Zustimmung der Eltern vorgenommen hat, nicht jedoch für Verbindlichkeiten aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach § 112 BGB und aus Rechtsgeschäften, die ausschließlich der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Minderjährigen dienen (§ 1629 a Abs. 2 BGB n.F.). Der nunmehr Volljährige kann die Befriedigung der Altgläubiger insofern verweigern, als der Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens hierzu nicht ausreicht. Wenn er einer Personengesellschaft angehört, hat er das Recht, diese binnen drei Monaten zu kündigen (§ 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB n.F. sowie § 133 HGB). Unterläßt das volljährig gewordene Mitglied einer Erbengemeinschaft oder Gesellschaft diese Kündigung innerhalb von drei Monaten, so wird vermutet, daß die aus diesem Verhältnis herrührenden Verbindlichkeiten nach Eintritt der Volljährigkeit entstanden sind (§ 1629 a Abs. 4 S. 1 BGB n.F.). Die gleiche Vermutung trifft den volljährig gewordenen Inhaber eines Handelsgeschäfts, der dieses nicht innerhalb von drei Monaten ab Volljährigkeit einstellt (§ 1629 a Abs. 4 S. 2 BGB n.F.).

(Vgl. zu dieser Thematik auch *Reimann*, MittBayNot 1988, 326 ff.)

b) Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG, BGBl. I 1998, S. 1580)

Inkrafttreten: 1.1.1999

Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz bringt insbesondere wesentliche Änderungen für die Gestaltung der sog. Vorsorgevollmacht in höchstpersönlichen Angelegenheiten. Die Einwilligung eines Bevollmächtigten in eine Untersuchung des Geisteszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff ist nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt wurde und die in § 1904 Abs. 1 S. 1 BGB aufgeführten ärztlichen Maßnahmen ausdrücklich und konkret im einzelnen wiedergegeben sind (§ 1904 Abs. 2 S. 1 BGB n.F.). Ebenso sind bei sog. freiheitsentziehenden (§ 1906 Abs. 1 BGB) und unterbringungsähnlichen Maßnahmen (§ 1906 Abs. 4 BGB) eine schriftliche Vollmacht und das ausdrückliche Aufführen der genannten Maßnahmen erforderlich (§ 1906 Abs. 5 BGB n.F.). Empfehlenswert dürfte hier eine Formulierung sein, die sich an den Gesetzeswortlaut der entsprechenden Vorschriften orientiert.

Der in der dargestellten Weise Bevollmächtigte bedarf künftig unter den gleichen Voraussetzungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wie ein Betreuer (§ 1904 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1906 Abs. 1, Abs. 4 BGB), um dadurch zu gewährleisten, daß Maßnahmen des Bevollmächtigten im Bereich

der Gesundheitsfürsorge, der Unterbringung sowie unterbringungsähnliche Maßnahmen vom Vormundschaftsgericht kontrolliert werden.

c) Kindesunterhaltsgesetz (KiUG, BGBl. I 1997, S. 666)

Inkrafttreten: 1.1.1998

Durch die Aufgabe des Statusunterschiedes zwischen ehelicher und nichtehelicher Geburt werden nunmehr sämtlichen minderjährigen Kindern ein dynamisierender Unterhalt und ein vereinfachtes Verfahren zur Geltendmachung des Regelbetragsunterhaltes eröffnet (§ 1612 a BGB, §§ 654 ff. ZPO).

d) Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG, BGBl. I 1997, S. 2942)

Inkrafttreten: 1.1.1998

Der bislang geltende Statusunterschied zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern wurde aufgegeben, so daß das Abstammungsrecht (§§ 1591 bis 1600 e BGB n.F.) ebenso wie das Kindesnamensrecht und das Recht der Personen- und Vermögenssorge völlig neu gestaltet wurden. Eine wesentliche Neuerung liegt vor allem darin, daß nunmehr auch nicht miteinander verheirateten Eltern ein gemeinsames Sorgerecht zustehen kann. Grundsätzlich ist zwar die Mutter sorgeberechtigt (§ 1626 a Abs. 2 BGB n.F.). Durch eine sog. Sorgeerklärung, die vom Notar oder vom Jugendamt zu beurkunden ist, kann jedoch das gemeinsame Sorgerecht beantragt werden (§ 1626 a Abs. 1 BGB n.F.). Neugeregelt ist auch die grundsätzlich gemeinsame elterliche Sorge gemeinsam sorgeberechtigter Eltern nach Trennung und Scheidung, die allerdings auf Antrag einem Elternteil übertragen werden kann (§ 1671 Abs. 1 BGB n.F.).

Änderungen hat auch das Adoptionsrecht erfahren. So ist nun die Annahme des eigenen Kindes nicht mehr möglich. Bei der Adoption eines Kindes ist jetzt die Einwilligung beider Elternteile erforderlich, also auch des nichtehelichen Vaters.

(Vgl. zum Ganzen auch *Wegmann*, MittBayNot 1998, 308 ff.)

e) Beistandschaftsgesetz (BGBl. I 1997, S. 2846)

Inkrafttreten: 1.7.1998

Der Gesetzgeber hat mit diesem Gesetz die frühere Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder abgeschafft und durch eine auf die Feststellung der Vaterschaft und die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen beschränkte freiwillige Beistandschaft für alleinerziehende Elternteile ersetzt (§ 1722 BGB n.F.), die auf Antrag eines Elternteils eintritt (§ 1714 BGB n.F.). Hierbei wird nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern differenziert, sondern es kommt ausschließlich darauf an, ob die elterliche Sorge beider Elternteile oder die alleinige Sorge eines Elternteils besteht. Im Aufgabenbereich des Beistands ist die gerichtliche Vertretung des sorgeberechtigten Elternteils ausgeschlossen (§ 53 a ZPO), im übrigen wird die elterliche Sorge durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt.

f) Erbrechtsgleichstellungsgesetz (ErbGleichG, BGBl. I 1997, S. 2968)

Inkrafttreten: 1.1.1998

Mit diesem Gesetz wurden die Sondervorschriften über den Erbersatzanspruch und den vorzeitigen Erbausgleich (§§ 1934 a bis c BGB a.F.) sowie § 2338 a BGB a.F. ersatzlos beseitigt, so daß auch in erbrechtlicher Hinsicht nicht mehr zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern differenziert wird.

4. Handels- und Gesellschaftsrecht

a) Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HRefG, BGBl. I 1998, S. 1474)

Inkrafttreten: 1.7.1998 bzw. 1.1.1999

aa) Kaufmannsbegriff

Nach dem neuen Kaufmannsbegriff ist die Kaufmannseigenschaft nicht mehr von der Art des betriebenen Gewerbes abhängig, insbesondere wurde die Unterscheidung zwischen Grundhandelsgewerbe und sonstigem Gewerbe aufgegeben. Kaufmann ist nach der Neuregelung jeder Gewerbetreibende, sofern sein Geschäft einen nach Art und Umfang eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert („Istkaufmann“, § 1 Abs. 2 HGB n.F.) oder sofern er sich andernfalls ins Handelsregister eintragen läßt („Kannkaufmann“, § 2 HGB n.F.). Der Ist- und der Sollkaufmann wurden damit zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefaßt, während die Rechtsfigur des Minderkaufmanns (§ 4 Abs. 1 HGB a.F.) völlig entfallen ist. Korrespondierend dazu ist im AGB-Gesetz der Begriff des Unternehmers an die Stelle des Kaufmannes getreten.

bb) Änderung des Rechts der Personenhandelsgesellschaft

Der Unternehmensgegenstand bei der OHG und der KG wurde erweitert, so daß eine Personenhandelsgesellschaft nun unabhängig von der Eintragung in das Handelsregister entsteht, wenn sie ein Gewerbe im Sinne von § 1 Abs. 2 HGB n.F. betreibt („Ist-OHG bzw. -KG“). Kleingewerbliche Personengesellschaften, denen bisher nur die Rechtsform der BGB-Gesellschaft zur Verfügung stand, können analog zum Kannkaufmann durch die Eintragung in das Handelsregister in die OHG oder KG wechseln. Das gleiche gilt für solche Gesellschaften, die nur eigenes Vermögen verwalten (§ 105 Abs. 2 Alt. 2 HGB n.F.).

Wesentliche Änderungen haben sich auch bei der Nachfolge in Anteile von Personengesellschaften ergeben, vgl. § 131 Abs. 2 HGB n.F.

cc) Liberalisierung des Firmenrechts

Angaben über die Person bzw. den Unternehmensgegenstand sind nicht mehr zwingende Bestandteile der Firma. Eine Phantasiefirma ist zulässig, sofern sie hinreichend unterscheidungskräftig ist. Nach der Neuregelung gibt es nur noch drei Wertungsmaßstäbe:

- Eignung der Firma zur Kennzeichnung des Kaufmannes bzw. der Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft als solche, § 18 Abs. 1 1. Hs. n.F. Neu gegründete Firmen haben nunmehr einen der in § 19 HGB n.F. genannten, entsprechenden Zusatz zu führen, insbesondere ist neu der kennzeichnende Zusatz für den Einzelkaufmann (§ 19 I Nr. 1 HGB n.F.).
- Unterscheidungskraft, § 18 Abs. 1 2. Hs. HGB n.F.
- Keine Angaben, die geeignet sind, über für die angesprochenen Verkehrskreise wesentliche geschäftliche Verhältnisse irreführen, § 18 Abs. 2 S. 1 HGB n.F.

dd) Handelsregisterverfahren

Die Firmenzeichnung ist nach der neuen Rechtslage nicht mehr erforderlich, ausreichend ist die Zeichnung der Namensunterschrift unter Angabe der Firma (§ 53 Abs. 2 HGB n.F.). Bei ihrer Anmeldung haben alle Unternehmen nicht nur den Ort, sondern ihre genaue aktuelle Geschäfts-

adresse zum Handelsregister einzureichen, gleiches gilt für die Anschriftenänderung und die Adresse von Zweigniederlassungen. Ab 1.1.1999 hat jeder Kaufmann und jeder Gesellschafter sein Geburtsdatum zum Handelsregister anzumelden.

ee) GmbH

Ab dem 1.1.1999 gelten für die GmbH verschärfte Anzeigepflichten. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer eine von ihnen in vertretungsberechtigter Zahl unterschriebene Liste aller Gesellschafter mit deren Namen, Vornamen, Geburtsdaten, Wohnort bzw. Sitz und Stammeinlage nicht mehr wie bislang einmal jährlich, sondern nach jeder Änderung in der Person von Gesellschaftern oder des Umfangs ihrer Beteiligung – aber auch nur in diesem Fall – beim Registergericht einzureichen. Auch Notare, die eine Anteilsabtretung beurkunden haben, müssen dies gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. unverzüglich dem Registergericht anzeigen. Art und Umfang dieser Anzeigepflicht wurde vom Gesetzgeber allerdings nicht geklärt.

Durch den neugeschaffenen § 4 a GmbHG n.F. wurde die Freiheit bei der Wahl des Sitzes einer GmbH eingeschränkt auf den Ort, an dem sich eine Betriebsstätte, die Geschäftsleitung oder die Verwaltung befindet.

(Vgl. zum Handelsrechtsreformgesetz auch *Giehl*, MittBay-Not 1998, 293 ff.)

5. Währungsrecht

a) Gesetz zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz, BGBl. I 1998, S. 1242)

Inkrafttreten: 1.1.1999

aa) Der Diskontsatz der Deutschen Bundesbank wird gemäß § 1 Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz (DÜG = Art. 1 EuroEG) zum 1.1.1999 durch den Basiszinssatz ersetzt, der nach einem noch durch Rechtsverordnung der Bundesregierung festzulegenden Index der Europäischen Zentralbank ermittelt und von der Deutschen Bundesbank veröffentlicht wird.

bb) Gesellschaftsneugründungen sind in der Übergangsphase vom 1.1.1999 bis 31.12.2001 sowohl in DM als auch in Euro möglich (§ 1 Abs. 2 S. 2 EGAktG, § 86 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Allerdings empfiehlt sich, ab dem 1.1.1999 nur noch eine Gründung in Euro, da ab diesem Zeitpunkt für das Mindestkapital und die Anteilstückelung die Euro-Werte maßgeblich sind (vgl. § 2 Abs. 2 EGAktG, § 86 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Das Mindestgrundkapital der Aktiengesellschaft beträgt 50.000,- Euro, der Mindestnennbetrag einer Aktie 1 Euro (vgl. § 8 Abs. 2 AktG). Höhere Nennbeträge müssen auf jeden Fall in vollen Euro festgelegt werden. Als Mindeststammkapital der GmbH wurden vom Gesetzgeber nunmehr 25.000,- Euro bestimmt. Die Stammeinlagen dürfen 100,- Euro nicht unterschreiten und müssen durch 50 Euro teilbar sein.

(Siehe hierzu auch DNotI-Report 6/98, Beilage BNotk Intern.)

b) Preisangaben- und Preisklauselgesetz (BGBl. I 1998, S. 1253)

Inkrafttreten: 1.1.1999

§ 2 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes tritt an die Stelle von § 3 Währungsgesetzes, der mit Wirkung zum 1.1.1999 außer Kraft trat. § 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz ist ebenfalls ein Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt und erfaßt nur solche Klauseln, die die Höhe einer Geldschuld an einen außerhalb des Schuldverhältnisses liegenden Maß-

stab binden und bei Änderung der Bezugsgröße eine unmittelbare und selbständige Anpassung vorsehen. Dies entspricht im wesentlichen der bisherigen Rechtslage in Anwendung des § 3 WährG, der nur Gleitklauseln als genehmigungsbedürftig ansah. Nach der neuen Preisklauselverordnung (PrKV, BGBl. I 1998, S. 3043) sind nunmehr Leistungsvorbehalts-, Spannungs- und Kostenelementklauseln ausdrücklich von der Genehmigungspflicht befreit. Allerdings sollte an der bisherigen Praxis, sich ein Negativattest ausstellen zu lassen, festgehalten werden. Zuständig für die Genehmigung bzw. das Negativattest ist nunmehr das Bundesamt für Wirtschaft in Eschborn.

In diesem Zusammenhang wurden auch § 9 ErbbauRVO und §§ 1092, 1105 BGB geändert.

(Vgl. zu dieser Thematik auch v. Heynitz, MittBayNot 1998, 398 ff.)

6. Öffentliches Recht

Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 – BauROG; BGBl. I 1997, S. 2081)

Inkrafttreten: 1.1.1998

Die Teilungsgenehmigung nach §§ 19, 20 BauGB wurde nicht, wie ursprünglich geplant, völlig abgeschafft. Nach der neuen Rechtslage gibt es keine gesetzliche Genehmigungspflicht mehr, sondern die Gemeinden können durch Satzung eine Genehmigungspflicht für Grundstücksteilungen innerhalb von Gebieten einführen, für die ein einfacher oder qualifizierter Bebauungsplan existiert, § 19 Abs. 1 S. 1 BauGB n.F. Diese Befugnis kann die Landesregierung den Gemeinden allerdings nach § 19 Abs. 5 BauGB n.F. durch Rechtsverordnung entziehen. In Bayern wurde eine Rechtsverordnung erlassen, wonach den Gemeinden diese Satzungsbefugnis befristet bis zum 31.12.2000 zusteht. Die Teilungsgenehmigung wird anders als bisher stets durch die Gemeinde und nicht mehr durch die Baugenehmigungsbehörde erteilt (§ 19 Abs. 3 S. 1 BauGB n.F.) Im unbeplanten Innenbereich, im Außenbereich und im räumlichen Geltungsbereich einer Veränderungssperre ist die Teilungsgenehmigung nach der Neuregelung ersatzlos entfallen. (Vgl. hierzu auch Heller, MittBayNot 1998, 225 ff.)

Wichtige notarrelevante Änderungen betreffen auch das gemeindliche Vorkaufsrecht, das in § 24 BauGB n.F. geregelt ist. Nach dem neu eingefügten § 27 a BauGB n.F. kann nunmehr die Gemeinde das Vorkaufsrecht auch zugunsten Dritter ausüben, wenn das Grundstück für den sozialen Wohnungsbau oder für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf genutzt werden soll. Gemäß § 27 a BauGB kommt mit Ausübung des Vorkaufsrechts ein Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem begünstigten Dritten zustande. Das bereits nach der Altregelung existierende preislimitierte Vorkaufsrecht der Gemeinde mit Rücktrittsrecht des Verkäufers für den Fall, daß sie ein Grundstück für die Durchführung eines Bebauungsplanes benötigt, gilt nach der Neuregelung für alle Vorkaufsfälle (§ 28 Abs. 3 BauGB n.F.).

Wichtig für die notarielle Praxis ist schließlich auch die Möglichkeit, durch Landesrecht, eine Genehmigungspflicht für die Aufteilung in Wohnungseigentum einzuführen (§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB n.F.). Diese Genehmigungspflicht gilt dann für alle Gebiete, für die von den Gemeinden eine Erhaltungssatzung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohn-

bevölkerung nach § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB (Milieuschutzsatzung) erlassen wurden. In diesem Fall bedarf die Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum einer Genehmigung (§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB n.F.). Das Grundbuchamt darf eine Aufteilung nur bei Vorlage des Genehmigungsbescheides oder eines Negativzeugnisses über die Genehmigungsfreiheit vollziehen (vgl. § 172 Abs. 1 S. 6 i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 2 BauGB n.F.).

7. Steuerrecht

Änderung der Erbschaftsteuer-Durchführungsverordnung

Inkrafttreten: 1.1.1998

Die Anzeigepflicht bei erbschaft- und schenkungsteuerrechtlich relevanten Vorgängen ist in § 8 ErbStDV geregelt. Die Anzeige hat durch Übersendung einer Urkundsabschrift und eines Vordrucks sowie unter Angabe des der Kostenberechnung zugrundegelegten Wertes zu erfolgen. Der Notar hat die geforderten Angaben gegebenenfalls durch Befragen der Beteiligten zu ermitteln, sofern sie nicht bereits in der Urkunde enthalten sind.

2. Umsatzsteuerklauseln im Grundstückskauf

Umsatzsteuerklauseln im Grundstückskauf kommen in der Regel in der Gestalt vor, daß

- der Nettokaufpreis bekannt ist und die Umsatzsteuer zu errechnen ist oder/und
- der Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer abgetreten wird.

Es kann jedoch auch der Fall eintreten, daß die Beteiligten einen bestimmten Bruttokaufpreis vereinbart haben, den sie in einen Nettokaufpreis und die Umsatzsteuer aufgeteilt wissen möchten.

Im Folgenden soll für alle drei genannten Fälle je eine Klausel dargestellt werden.

In jedem einzelnen Fall ist vorab zu prüfen, ob Vorsteuer/Umsatzsteuer überhaupt berücksichtigt werden kann. Dies wird bei den nachfolgenden Formulierungen als selbstverständlich unterstellt. Für die Berechnung wird auf den Normalfall abgestellt, daß der Käufer die gesamte Grunderwerbsteuer trägt (zum Ganzen *Nieder/Kantenwein*, Münchener Vertragshandbuch Bd. 4/1. Halbbd., 4. Aufl., I 1 Anm. 19 d) – S. 66 ff.; *Schuck*, MittBayNot 1998, 412).

Fall 1: Umsatzsteuerpflichtiger Kaufpreis

Muster:

„ ... Kaufpreis

1. Der Nettokaufpreis beträgt

... DM,

... Deutsche Mark in Worten.

Hiervon entfallen nach Angabe der Beteiligten

- auf den Grundbesitz ein Betrag in Höhe von ... DM (= Betrag a)
- auf das Inventar ein Betrag in Höhe von ... DM (= Betrag b)

2. Der Verkäufer verzichtet gemäß § 9 Umsatzsteuergesetz (UStG) auf die Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 9 a UStG und stellt dem Käufer, der nach seiner Erklärung Unternehmer i.S.d. UStG ist und das Kaufgrundstück für sein Unternehmen erwirbt, die Umsatzsteuer wie folgt in Rechnung:

Gesamter Nettokaufpreis wie vor ... DM

Umsatzsteuer hieraus:

Die Beteiligten erklären vorab: Der Käufer übernimmt den hälftigen gesetzlichen Anteil des Verkäufers an der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer aus Grundbesitz ist daher – nach der Rechtsprechung des BFH – der Nettokaufpreis zuzüglich der hälftigen darauf entfallenden Grunderwerbsteuer. Damit gilt:

Die hälftige Grunderwerbsteuer (die Hälfte von $3,5\% = 1,75\%$) aus dem Teilbetrag a für den Grundbesitz beträgt ... DM.
(Betrag c)

Somit ist Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer die Summe aus den Beträgen a) und c):

... DM + ... DM ergibt ... DM.
(Betrag d)

16% USt. aus der Summe von Betrag d und b (= Nettokaufpreis Inventar) ergibt

$16\% \times (\dots \text{DM} + \dots \text{DM}) = \dots \text{DM}.$
(Betrag e)

Somit ergibt sich folgender Gesamt(brutto)kaufpreis:

Nettokaufpreis (= Beträge a + b) ... DM

zuzüglich Umsatzsteuer (= Betrag e) ... DM

Gesamtsumme: ... DM

– in Worten: ... **Deutsche Mark** –.

3. Auf die durch die Option zur Umsatzsteuerbelastung verbundene Grunderwerbsteuermehrbelastung wurde vom Notar hingewiesen.

4. Der Kaufpreisteil in Höhe des vorstehenden Umsatzsteuerbetrages ist bei Fälligkeit der Umsatzsteuer, frühestens jedoch bei Fälligkeit des Nettokaufpreises zu zahlen.“

Anmerkung:

Die Formel ist so gefaßt, daß mit ihr auch künftige Veränderungen des Prozentsatzes der Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer erfaßt werden. Die sich bisher ergebenden Zahlen auf der Basis des Umsatzsteuersatzes von 16% und des Grunderwerbsteuersatzes in Höhe von 3,5% sind dann neu auszurechnen. Inventar ist vorher aus der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer auszuschneiden (Berechnungsbeispiel in DNotI-Report 1996, S. 7). Sofern keine beweglichen Gegenstände mitverkauft sind, vereinfacht sich die Formulierung, da das Inventar nicht berücksichtigt werden muß.

Sollte ausnahmsweise der Käufer nicht die gesamte Grunderwerbsteuer, sondern nur seinen gesetzlichen Anteil von $1/2$ tragen, geht die Grunderwerbsteuer nicht in die Bemessungsgrundlage ein. Betrag c) ist in diesem Fall nicht zu ermitteln, es ergeben sich für die Berechnung der Umsatzsteuer keine Besonderheiten gegenüber beweglichen Gegenständen. Sollte

der Käufer nicht den gesamten auf den Verkäufer entfallenden Anteil an der Grunderwerbsteuer übernehmen, sondern nur einen Teil, erhöht nur der übernommene Anteil die Bemessungsgrundlage. Betrag c) ist dann an Hand des Prozentsatzes des übernommenen Anteils zu berechnen.

Fall 2 : Umrechnung vom Brutto- auf den Nettokaufpreis

Muster:

„ ... Kaufpreis

1. Der Bruttokaufpreis (= Nettokaufpreis zuzüglich Umsatzsteuer) beträgt ... DM,

... Deutsche Mark in Worten.

Hiervon entfallen nach Angabe der Beteiligten

– auf den Grundbesitz ein Betrag in Höhe von ... DM
(= Betrag a)

– auf das Inventar ein Betrag in Höhe von ... DM
(= Betrag b)

2. Der Verkäufer verzichtet gemäß § 9 Umsatzsteuergesetz (UStG) auf die Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 9 a UStG und stellt dem Käufer, der nach seiner Erklärung Unternehmer i.S.d. UStG ist und das Kaufgrundstück für sein Unternehmen erwirbt, die Umsatzsteuer wie folgt in Rechnung:

Aus dem Bruttogesamtkaufpreis errechnen sich folgende Werte für Nettokaufpreis und Umsatzsteuer:

a) Nettokaufpreis für Grundbesitz:

Die Beteiligten erklären vorab: Der Käufer übernimmt den hälftigen gesetzlichen Anteil des Verkäufers an der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer aus Grundbesitz ist daher – nach der Rechtsprechung des BFH – der Nettokaufpreis zuzüglich der hälftigen darauf entfallenden Grunderwerbsteuer. Damit gilt:

– Nettokaufpreis Grundbesitz = Betrag c)

– hälftige Grunderwerbsteuer hieraus:
 $1,75\% \times \text{Betrag c) = Betrag d)}$

– Umsatzsteuer somit:
(aktueller Umsatzsteuersatz) $\times (c + d)$
 $= 16\% \times 1,0175 c = \text{Betrag e)}$

Damit gilt: a (= Bruttokaufpreis Grundbesitz) =
 $c + e = c + (16\% \times 1,0175 c)$, oder:
 $a = 1,1628c$

Somit errechnet sich der Nettokaufpreis c) für den Grundbesitz nach folgender Formel:

$$c = \frac{10.000 \text{ a}}{1,1628}$$

Der Nettokaufpreis für den Grundbesitz beträgt damit ... DM.

- b) Umsatzsteuer auf Grundbesitz = Betrag e) =
 $16\% \times 1,0175 \times \text{Nettokaufpreis (Betrag c)}$

Die Umsatzsteuer auf den Grundbesitz beträgt damit ... DM.

- c) Nettokaufpreis für Inventar:

$$\frac{100}{100 + \text{akt. Umsatzsteuersatz}} \times \text{Bruttokaufpreis Inventar}$$

ergibt: Betrag b geteilt durch 1,16 = ... DM
(= Betrag f)

d) Umsatzsteuer auf das Inventar:
 aktueller Umsatzsteuersatz x Nettokaufpreis
 Inventar
 ergibt: 16% x Betrag f) = ... DM
 (= Betrag g)

Daraus ergibt sich der Gesamtpreis wie folgt:

Nettokaufpreis Grundbesitz	... DM
+ Umsatzsteuer Grundbesitz	... DM
+ Nettokaufpreis Inventar	... DM
+ Umsatzsteuer Inventar	... DM
Summe (= Bruttokaufpreis)	... DM.

3. Auf die durch die Option zur Umsatzsteuerbelastung verbundene Grunderwerbsteuermehrbelastung wurde vom Notar hingewiesen.

4. Der Kaufpreisteil in Höhe des vorstehenden Umsatzsteuerbetrages ist bei Fälligkeit der Umsatzsteuer, frühestens jedoch bei Fälligkeit des Nettokaufpreises zu zahlen.“

Anmerkung:

Die oben aufgeführten Rechenformeln sind auf der Basis der aktuellen Steuersätze errechnet, lassen sich jedoch leicht aktualisieren. Wird Inventar nicht mitverkauft, ist die Formulierung entsprechend zu kürzen. Wichtig ist in jedem Fall, die Umsatzsteuer für den Grundbesitz und das Inventar getrennt zu ermitteln.

Hinsichtlich der Grunderwerbsteuer gilt das zu Fall 1 Gesagte.

Fall 3: Abtretung des Vorsteuervergütungsanspruches

Muster

Vorbemerkung: Der nachfolgenden Klausel über die Abtretung des Vorsteuervergütungsanspruches kann entweder eine der beiden vorgenannten Klauseln vorangehen (dann hat sich der Notar die Mühe gemacht, die einzelnen Beträge auszurechnen!) oder eine – übliche – Klausel, in der lediglich der Nettobetrag aufgeführt wird:

„ ...

5. Die Umsatzsteuer auf den Kaufpreis wird in der Weise beglichen, daß der Käufer an den Verkäufer erfüllungshalber einen ihm gegen den Fiskus zustehenden Umsatzsteuervergütungsanspruch abtritt, der ihm für denjenigen Besteuerungszeitraum zusteht, in welchem er die vorstehend ausgewiesene Umsatzsteuer gemäß § 15 UStG als Vorsteuer abziehen kann.

6. Den Vertragsteilen ist bekannt, daß diese Abtretung nach den Bestimmungen der Abgabenordnung (§ 46 Abs. 2, 3 AO) erst rechtswirksam wird, wenn sie auf dem amtlichen Formblatt des Finanzamtes diesem angezeigt wird. Die Vertragsteile verpflichten sich, unverzüglich diese Abtretungsanzeige nach dem amtlichen Formblatt zu erstatten.

7. Der Käufer verpflichtet sich seinerseits darüber hinaus, unverzüglich eine Umsatzsteuervoranmeldung abzugeben, damit der Vorsteuererstattungsanspruch entsteht und mit diesem die Abtretungsanzeige nach Unterzeichnung durch beide Vertragsteile einzureichen.

8. Aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden dieser Abtretung rechnet der Verkäufer gegenüber dem Fiskus mit diesem Vorsteuererstattungsanspruch gegen seine Umsatzsteuerschuld für den genannten Besteuerungszeitraum auf, was dem Finanzamt zusammen mit der Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 der AO mitzuteilen ist.

9. Sollte die Abtretung, gleich aus welchem Grunde, unwirksam sein bzw. nicht zustande kommen, ist der Käufer verpflichtet, auch diesen Kaufpreisrestbetrag in Geld an den Verkäufer zu zahlen, und zwar frühestens mit dem Eintritt der Fälligkeit des anderen Teils des Kaufpreises und nur, wenn der Verkäufer ihm gesonderte Rechnung unter Ausweisung der Mehrwertsteuer stellt.

10. Soweit der Umsatzsteuervergütungsanspruch des Käufers geringer ist als die vorstehend ausgewiesene Umsatzsteuer, ist die Differenz vom Käufer für die Rechnung des Verkäufers unmittelbar an das Finanzamt zu zahlen.“

Anmerkung:

Die Formulierung in Ziffer 5. ist darauf abgestimmt, daß in der Urkunde Nettokaufpreis, Umsatzsteuer und Gesamtpreis feststehen. Ist dies nicht der Fall, steht also nur der Nettokaufpreis oder der Gesamtpreis fest, ist entsprechend umzuformulieren. Der Notar sollte sich aber zweckmäßigerweise die Mühe machen, Netto- und Gesamtpreis sowie Umsatzsteuer auszurechnen.

Weiterführende Literatur: DNotI-Report 16/1994, S. 3 ff.; 1995, S. 3 ff. (m.w.N.) ; 1996, S. 7 (mit Formulierungen); BGH MittBayNot 1995, 83; Ziegler, MittBayNot 1996, 70; Schuck, MittBayNot 1998, 412 (mit Formulierungen).

Notar Dr. Peter Schubert, Hof

3. Grunderwerbsteuer; Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG

Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlaß vom 24.6.1998 – 3 – S 4501/6 (vgl. BStBl I S. 925)

(...)

Nach dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 a GrEStG sollen solche Gestaltungen der Grunderwerbsteuer unterworfen werden, bei denen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft derart ausgewechselt wird, daß bei wirtschaftlicher Betrachtung dieser Gesellschafterwechsel als ein auf die Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft anzusehen ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtung findet aber beim bloßen Treuhänderwechsel sowie in Fällen, in denen Treugeber treuhänderisch gehaltene Anteile unmittelbar übernehmen, kein Wechsel der Herrschaftsmacht über das Grundstück statt. Derartige Veränderungen sind deshalb bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht zu berücksichtigen.

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar Dr. Hartmut Schmidt, Rothalmünster, verst.
23.12.1998

Notar a. D. Dr. Johann Walberer, München, verst.
18.1.1999

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.1999:

Notar Johann Irlner, Regensburg

Mit Wirkung vom 1.8.1999:

Notar Dr. Wolfgang Ring, Landshut

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 4.1.1999:

München	der Notarin
(in Sozietät mit	Ingrid Siller-Bauer
Notar Dr. Dr. Braun)	(bisher in Volkach)

Mit Wirkung vom 1.3.1999:

Regensburg	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Andreas Albrecht
Notar Dr. Götz)	(bisher in Heilsbronn)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.1999:

Helene Förtig, Mühldorf (Notarstelle Dr. Döhner/Buchmaier)

Martin Jung, Bayreuth (Notarstelle Rapp/Dr. Franz)

Patrick Schneider, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Benedikt Selbherr, Vilshofen (Notarstelle Dr. Huber/Schmidl)

Mit Wirkung vom 15.03.1999:

Volker Appel, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel)

Rüdiger Merkle, Neunburg v. Wald (Notarstelle Ziegler)

Martin Regensburger, Lichtenfels (Notarstelle Dr. Schmidt-lein)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Stefan Gottwald, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel), ab 1.3.1999 in Passau (Notarstellen Dr. Plenk/Prof. Dr. Reimann)

Notarassessor Arnold Voran, Weilheim (Notarstelle Döbereiner), ab 1.4.1999 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

Notarassessor Gerhard Weichselbaumer, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller), ab 1.4.1999 (Notarstellen Dr. Stummer/Dr. Schalkhaußer)

Notarassessor Markus Allstadt, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard), ab 1.4.1999 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Mutterstadt, Notarstelle Baßler/Verwalterin der Notarstelle Dr. Pongratz, Schneider: Die Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung ist zum 1.1.1999 beendet.

Amtsrat i. N. Gerhard Fick, Mutterstadt (Notarstelle Baßler/Verwalterin der Notarstelle Dr. Pongratz, Schneider), ab 1.1.1999 in Mutterstadt (Notarstelle Baßler)

Amtmann i. N. Ulrich Eser, Mutterstadt (Notarstelle Baßler/Verwalterin der Notarstelle Dr. Pongratz, Schneider), ab 1.1.1999 in Mutterstadt (Verwalterin der Notarstelle Dr. Pongratz, Schneider)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.1999:

zum Notariatsoberrat i. N. (VerGr. Ib BAT):

Josef Donauer, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)

zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II BAT):

Robert Deuringer, München (Notarstellen Friedrich/Oberseider)

zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. IIa BAT)

Alfred Tragl, Ingolstadt (Notarstellen Edler v. Koch/Dr. Schmidt)

Norbert Schnell, Regensburg (Notarstellen Dr. Merznicht/Dr. Gschoßmann)

Horst Erker, Bad Aibling (Dr. Graßmann/Altinger)

zum Amtsrat i. N. (VerGr. III BAT):

Karl-Heinz Büchler, Klingenberg (Notarstelle Harms)

Wilhelm Schlecht, Viechtach (Notarstelle Hasler)

Heinz Ott, Rothenburg o.d. Tauber (Notarstelle Dr. Baumhof)

Günter Steinhäuser, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Dr. Rapp)

Werner Voggenreiter, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)

Werner Heinz, Ansbach (Notarstelle Absmeier)

Manfred Krach, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/Dr. Kollmar)

Wilfried Streidl, Augsburg (Notarstellen Albrecht/Kammer)

Alois Brunn, Passau (Notarstelle Dr. Keilbach)

zum Amtmann i. N. (VerGr. IVa BAT):

Arnulf Friedmann, Staffelstein (Notarstelle Richter)

Stefan Krämer, Edenkoben (Notarstelle Schlindwein)

Erwin Wenisch, München (Notarstellen Mittenzwei/Dr. Steinbauer)

Thomas Heilmeier, Weilheim (Notarstelle Döbereiner)
 Jürgen Geipel, Würzburg (Notarstellen Dr. Seil/Öchsner)
 Alois Frank, Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)
 Rainer Weichenberger, Landsberg (Notarstellen Dr. Walter/Bräu)
 Maria Hottner, Schwandorf (Notarstelle Predel)
 Monika Schinabeck, Regensburg (Notarstellen Kreuzer/Dr. Götz)
 Clarissa Mickleit, Ludwigshafen (Notarstellen Krebs/Dr. Wilke)
zum Oberinspektor/in i. N. (VerGr. IVb BAT):
 Thomas Stäblein, Mellrichstadt (Notarstelle Schüßler)
 Reiner Tondok, Würzburg (Notarstelle Holderbach)
 Michael Urban, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier)
 Bernhard Schrank, Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)
 Franz Böhm, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)
 Andreas Eisenreich, Kötzing (Notarstelle Nachbar)
 Stefan Altenbeck, Arnstorf (Notarstelle Ringel)

Matthias Wiedemann, Schwabmünchen (Notarstellen Thumerer/Thallinger)
 Ralf Pfifferling, Freising (Notarstelle Rückerl)
 Luise Janson, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstelle Land)
 Ulrike Heim, Bad Aibling (Notarstelle Schmitt)
 Susanne Lennartz, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)
 Elke Hofer, Rothalmünster (Notarstellen Dr. Schmidt/Meier-Kraut)
 Anke Weber, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)
 Petra Querfeld, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Herwig Marschner, Starnberg (Notarstellen Dr. Gäbhard/Dr. Kastenbauer), ab 31.12.1998 im Ruhestand
 Amtsrätin i. N. Rita Oberfrank, Höchstädt a.d. Donau (Notarstelle Ruhland), ab 31.1.1999 im Ruhestand
 Amtmann i. N. Heidemarie Schilling, Coburg (Notarstellen Dannecker/ Dr. Heil), ab 1.3.1999 ausgeschieden

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
 Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
 E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.