

6 | Begründet 1864 MittBayNot

Nov./Dez. 2003 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notare
Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank,
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

ABHANDLUNGEN

Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

Von Notar Dr. *Andreas Knapp*, Abensberg

Im folgenden Beitrag bejaht der Autor die Anwendbarkeit der sog. „Klauselrichtlinie“ 93/13/EWG auf die Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden und die zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung, verneint jedoch einen Verstoß gegen Ziffer 1 lit. q) des Anhangs der Richtlinie. Er kommt zu dem Schluss, dass entsprechende Klauseln zwar mit Nachteilen für den Verbraucher verbunden sind, diese Nachteile jedoch insbesondere unter Berücksichtigung aller Umstände des Vertragsschlusses nicht ausreichen, um ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers im Sinne der Richtlinie anzunehmen. Schließlich geht der Beitrag auf die Vorgaben der Richtlinie für die Vollstreckung und die Richtigkeit der Grundbucheintragung im Fall eines Richtlinienverstößes ein. Die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sind bei den Hinweisen für die Praxis abgedruckt.¹

I. Vorbemerkung

Offenbar ausgelöst durch einen Aufsatz von *Quack*² ist in Fachkreisen eine längst als abgeschlossen betrachtete Diskussion um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Grundschuldurkunden wieder aufgelebt: Bereits kurz nach In-Kraft-Treten des AGBG hatte *Stürmer*³ die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Grundschuldurkunden in Frage gestellt. Mit der Entscheidung des BGH im Jahr 1986 fand die Kontroverse jedoch ein (vorläufiges) Ende.⁴ Der BGH hatte seinerzeit sowohl das abstrakte Schuldversprechen in Höhe des Grundschuldbetrages als auch die entsprechende Zwangsvollstreckungsunterwerfung für mit dem AGBG vereinbar erklärt.

Die aktuelle Diskussion ist insbesondere vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen die MaBV⁵ und zur Unwirksam-

keit bestimmter Vorlageanweisungen in Kaufverträgen wegen Verstoßes gegen das AGBG⁶ zu sehen. Außerdem hat der VII. Senat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Klausel, nach der der Erwerber eines zu errichtenden Bauwerks den gesamten Preis unabhängig vom Baufortschritt zu zahlen hat, wenn der Veräußerer ihm zuvor eine Bürgschaft gemäß MaBV stellt, als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie anzusehen ist.⁷

Der Beitrag untersucht die Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschuldurkunden einschließlich der Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung in der Sicherungsvereinbarung mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (im Folgenden: „Klauselrichtlinie“)⁸. Weiter soll für den Fall der Unzulässig-

¹ Unten Seite 509.

² Rpfleger Studienhefte 2002, 145 f.

³ *Stürmer*, JZ 1977, 431 ff., 639 f.

⁴ BGH, Urteil vom 18.12.1986, IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 ff.

⁵ BGH, Urteil vom 22.10.1998, VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387 ff.

⁶ BGH, Urteil vom 7.6.2001, VII ZR 420/00, DNotZ 2002, 41 ff.

⁷ BGH, Beschluss vom 2.5.2002, VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 ff., geführt beim EuGH unter Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft und Co. KG gegen Ulrike Hofstetter und Ludger Hofstetter, C-237/02; siehe hierzu auch die Anmerkung von *Heiderhoff*, WM 2003, 509 ff.

⁸ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, AB L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.

keit solcher Vereinbarungen dargestellt werden, welche Vorgaben sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Vollstreckung und die Richtigkeit der Grundbucheintragung der Grundschulden ergeben. Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich eine eindeutige Antwort auf diese Fragen nicht herleiten. Die Rechtsprechung zur Klauselrichtlinie steht erst am Anfang; bisher sind lediglich sechs Urteile zu verzeichnen.⁹

II. Die Umsetzung der Klauselrichtlinie in das deutsche Recht

Die Klauselrichtlinie war gemäß Art. 10 Abs. 1 bis zum 31.12.1994 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen. Die Kommission hat im Jahr 2000 die Umsetzung überprüft und die Ergebnisse in einem Bericht festgehalten.¹⁰ Sie hält sich in diesem Bericht mit einer Bewertung der Umsetzung zurück, hat aber 1999 Vertragsverletzungsverfahren gegen die Niederlande¹¹, Italien¹² und Schweden¹³ wegen unvollständiger Umsetzung der Klauselrichtlinie eingeleitet.

In Deutschland erfolgte die Umsetzung zunächst durch die Vorschriften des AGBG; seit 1.1.2002 greifen hier die §§ 305 ff. BGB sowie das UKlaG. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 309 Nr. 12 lit. a) BGB ist eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, in AGB unwirksam. Abweichend von Ziff. 1 lit. q) des Anhangs der Klauselrichtlinie ist im deutschen Recht damit die allgemeiner gefasste Fallgruppe der Klauseln, die dem Verbraucher die Möglichkeit nehmen oder erschweren, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, nicht ausdrücklich wiedergegeben. Weiter finden Klauseln, die dem Verbraucher zur Verfügung stehende Beweismittel ungebührlich einschränken, in § 309 BGB keine Erwähnung. Nach *Hensen*¹⁴ erklärt sich der Unterschied zwischen Klauselrichtlinie und deutscher Umsetzung daraus, dass derartige Klauseln anders als in anderen Ländern in Deutschland nicht existieren und auch nicht zu erwarten sind. Es ist jedoch nicht zweifelsfrei, ob Deutschland damit die Klauselrichtlinie vollständig umgesetzt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH genügt es jedenfalls nicht, dass Unterschiede zur Richtlinie durch richtlinienkonforme Auslegung korrigiert werden, da eine entsprechende nationale

Rechtsprechung nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.¹⁵ Das dürfte wohl auch bedeuten, dass ein Ausschluss der vorgenannten Klauseln im Wege der Unwirksamkeit nach § 307 BGB ebenso wenig als ausreichende Umsetzung der Klauselrichtlinie anzusehen ist. Andererseits hat der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Schweden¹⁶ unter Respektierung der dort und in den anderen nordischen Ländern fest begründeten Rechtstradition, die Gesetzesmaterialien für die Auslegung heranzuziehen, gebilligt, dass die im Anhang der Klauselrichtlinie enthaltene Liste nur in die Materialien des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie aufgenommen wurde. Letztlich kann jedoch die Frage der vollständigen Umsetzung der Klauselrichtlinie in das deutsche Recht offen bleiben, da sich die fraglichen Bestimmungen der Richtlinie selbst bei fehlender Umsetzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist auch zwischen Privaten zumindest im Wege der richtlinienkonformen Auslegung Geltung verschaffen und von den Gerichten zu beachten sind.

III. Die Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie

Nach Art. 1 Abs. 1 bezweckt die Klauselrichtlinie die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Art. 2 lit. b) definiert den Verbraucher als natürliche Person, die bei Verträgen zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die Richtlinie erfasst somit nach ihrem Wortlaut lediglich Klauseln, die Teil eines Vertrages zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern sind. Einseitige Rechtsgeschäfte, an denen nur ein Nicht-Gewerbetreibender beteiligt ist, fallen nicht in den Anwendungsbereich.

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Verbrauchers in einer notariellen Urkunde ist für sich genommen lediglich eine einseitige Prozesshandlung.¹⁷ Nach einem Teil des deutschen Schrifttums fällt sie deshalb nicht unter das AGBG bzw. die Klauselrichtlinie.¹⁸ Zumindest im Rahmen der Grundschuldbestellung spricht jedoch einiges dafür, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht als völlig selbständige Erklärung anzusehen. Vielmehr stellt sie, insbesondere nach dem Willen der Banken, einen wesentlichen Teil der Grundschuldbestellung dar. Es kommt somit darauf an, ob die Grundschuldbestellung insgesamt vom Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie erfasst wird. Nach einem Teil des deutschen Schrifttums fällt die Grundschuldbestellung als einseitige Erklärung des Betroffenen nach § 874 BGB i. V. m. § 29 GBO nicht unter das AGBG.¹⁹ Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Grundschuld setzt für ihre Entstehung nach §§ 1191, 873 BGB die Einigung des Bestellers und des Berechtigten sowie die Eintragung voraus und stellt deshalb einen Vertrag zwischen Besteller und berechtigtem Gläubiger dar. Die heute üblichen Grundschuldbestellungsurkunden enthalten neben der Eintragungsbewilligung auch die Erklärung des Verbrauchers zur Einigung hinsichtlich der Grundschuldbestellung. Die Formulare sehen vor, dass den Banken sofort

⁹ EuGH, Urteil vom 27.6.2000, *Océano Grupo Editorial SA gegen Rocio Murciano Quintero u. a.*, C-240/98 bis C-244/98; Urteil vom 10.5.2001, *Kommission gegen Niederlande*, C-144/99, Slg. 2001, I-3541; Urteil vom 22.11.2001, *Cape Snc gegen Idealservice Srl u. a.*, C-541/99 und C-541/99, Slg. 2001, I-9049; Urteil vom 24.1.2002, *Kommission gegen Italien*, C-372/99, Slg. 2002, I-819; Urteil vom 7.5.2002, *Kommission gegen Schweden*, C-478/99, Slg. 2002, I-4147; Urteil vom 21.11.2002, *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, C-473/00, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

¹⁰ Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 27.4.2000, KOM (2000) 248 endgültig, veröffentlicht unter http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/index_en.html.

¹¹ EuGH, Urteil vom 10.5.2001, C-144/99 (Fn. 9).

¹² EuGH, Urteil vom 24.1.2002, C-372/99 (Fn. 9).

¹³ EuGH, Urteil vom 7.5.2002, C-478/99 (Fn. 9).

¹⁴ *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 11 Nr. 15 Rdnr. 30.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 10.5.2001, C-144/99 (Fn. 9), Rdnr. 21.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 7.5.2002, C-478/99 (Fn. 9).

¹⁷ BGH, Urteil vom 5.5.1986, II ZR 150/86, NJW 1986, 2430.

¹⁸ Siehe insbesondere *MünchKommZPO/Wolfsteiner*, 2. Aufl., § 794 Rdnr. 131; a. A. insbes. *Stürner*, JZ 1977, 639; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 9. Aufl., Anh. 9–11 Rdnr. 285 a; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 9 G 209.

¹⁹ *Dietlein*, JZ 1977, 637, 638.

nach Beurkundung eine Ausfertigung der notariellen Urkunde zur Herstellung der Bindungswirkung nach § 873 BGB zu übersenden ist. Der Umstand, dass insbesondere aus Gebührengründen nur die Erklärungen des Verbrauchers beurkundet werden, ändert am Vorliegen eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes nichts. Andernfalls könnte die Anwendung der Klauselrichtlinie durch Aufspaltung des Vertrages in Erklärungen des Verbrauchers und Erklärungen des Gewerbetreibenden umgangen werden. Somit ist im Ergebnis auch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Rahmen der Grundschuldbestellung von der Klauselrichtlinie erfasst.

Die zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung fällt ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Als Vertrag zwischen Verbraucher und Bank enthält die Sicherungsvereinbarung die Verpflichtung des Verbrauchers, sich als Eigentümer wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz zu unterwerfen, und zwar in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig ist.

IV. Die Bedeutung des Anhangs der Klauselrichtlinie

In seinem Urteil vom 7.5.2002 in der Sache *Kommission gegen Schweden* hat der EuGH zum Verhältnis von Klauselrichtlinie und Anhang ausgeführt:²⁰

„20.

Was den in Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie erwähnten Anhang angeht, [...] so heißt es in dieser Bestimmung wörtlich, dass er eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden können. Es steht fest, dass eine in der Liste aufgeführte Klausel nicht zwangsläufig als missbräuchlich anzusehen ist und umgekehrt eine nicht darin aufgeführte Klausel gleichwohl für missbräuchlich erklärt werden kann.

21.

Da die Liste im Anhang der Richtlinie nicht den Ermessensspielraum einschränkt, über den die nationalen Behörden bei der Entscheidung über die Missbräuchlichkeit einer Klausel verfügen, bezweckt diese Liste nicht, den Verbrauchern Ansprüche zuzuerkennen, die über die Ansprüche hinausgehen, die sich aus den Artikeln 3 bis 7 der Richtlinie ergeben. Die Liste ändert nichts an dem Ziel, das mit der Richtlinie angestrebt wird und das als solches für die Mitgliedstaaten verbindlich ist. Folglich kann entgegen der Auffassung der Kommission die volle Wirksamkeit der Richtlinie in einem hinreichend genauen und klaren rechtlichen Rahmen gewährleistet werden, ohne dass die Liste im Anhang der Richtlinie Bestandteil der Bestimmungen ist, mit denen die Richtlinie umgesetzt wird.

22.

Da die Liste im Anhang der Richtlinie Hinweis- und Beispielcharakter hat, stellt sie eine Informationsquelle sowohl für die mit der Anwendung der Umsetzungsmaßnahmen betrauten nationalen Behörden als auch für die von diesen Maßnahmen betroffenen Einzelnen dar. Wie der Generalanwalt in Nummer 48 seiner Schlussanträge festgestellt hat, müssen die Mitgliedstaaten daher zur Erreichung des Zieles der Richtlinie Umsetzungsformen und -mittel wählen, die hinreichende Sicherheit dafür bieten, dass die Allgemeinheit von dieser Liste Kenntnis erlangen kann.“

Der EuGH hat damit den Hinweis- und Beispielcharakter des Anhangs betont und hervorgehoben, dass eine Vertragsklausel, die einer in der Liste aufgeführten Klausel widerspricht, nicht zwangsläufig als missbräuchlich anzusehen ist. Den eigentlichen Entscheidungsmaßstab für die Missbräuchlichkeit geben vielmehr Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 der Klauselrichtlinie vor. Anhand der dort festgelegten Kriterien haben die nationalen Behörden die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu beurteilen.

²⁰ EuGH, Urteil vom 7.5.2002, C-478/99 (Fn. 9).

V. Die Frage der Missbräuchlichkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden

1. Prüfung der Missbräuchlichkeit durch den EuGH?

Die Bemerkung des EuGH in der vorgenannten Entscheidung, dass die nationalen Behörden über einen Ermessensspielraum verfügen, lässt darauf schließen, dass er seine Aufgabe nicht darin sieht, im Vorabentscheidungsverfahren *en détail* über die Missbräuchlichkeit jeder vorgelegten Vertragsklausel zu entscheiden. Schon personell wäre der EuGH dazu nicht in der Lage. Auch die Klauselrichtlinie bezweckt nur die generelle Festlegung der Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln,²¹ gibt also nur den Entscheidungsmaßstab vor.

Die für die Missbräuchlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie erforderliche Feststellung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers setzt häufig eine umfassende rechtliche und tatsächliche Würdigung voraus, bei der nach Art. 4 der Klauselrichtlinie die Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie alle anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt werden müssen. In der Regel ist diese Beurteilung nur durch die nationalen Gerichte zu leisten. Dementsprechend kommt der Generalanwalt in der Sache *Hofstetter* zu dem Schluss, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, die vom BGH vorgelegte Frage nach der Missbräuchlichkeit der MaBV-Bürgschaft zu beantworten. Wörtlich führt der Generalanwalt aus: „Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts geht jedoch nicht so weit, dass er Klauseln, die in einem konkreten Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht eine Rolle spielen, auslegen muss. Es geht dabei (...) nämlich nicht um eine Frage des Gemeinschaftsrechts.“ Es spricht einiges dafür, dass der EuGH in seiner Entscheidung dem Generalanwalt folgen wird.²²

2. Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Verbrauchers durch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung i. S. v. Ziff. 1 lit. q) des Anhangs der Klauselrichtlinie?

Die wirksam bestellte Grundschuld ermöglicht es dem Gläubiger noch nicht, deren Verwertung zu betreiben. Dazu benötigt er vielmehr nach §§ 1191 Abs. 1, 1147 BGB einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer des Grundbesitzes mit dem Inhalt der Duldung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz.

Nach § 704 Abs. 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung aus einem Erkenntnisurteil eines Gerichts betrieben werden. Ist das Urteil kein rechtskräftiges Endurteil, wird die Vollstreckung in der Regel in dem Urteil nur vorläufig und nur gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers zugelassen.²³ Nach § 724 ZPO wird die Zwangsvollstreckung aufgrund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung) durchgeführt. Die vollstreck-

²¹ Siehe 16. Erwägungsgrund der Klauselrichtlinie.

²² Schlussantrag des Generalanwalts *Geelhoed* vom 25.9.2003, C-237/02, Rdnr. 26, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

²³ §§ 704 Abs. 1, 708, 709 ZPO.

bare Ausfertigung ist grundsätzlich vom Urkundsbeamten des Gerichts des ersten Rechtszugs zu erteilen. Gegen die Erteilung kann bei verfahrensrechtlichen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 732 ZPO bei dem erteilenden Gericht Erinnerung eingelegt werden. Nach § 750 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn dem Vollstreckungsschuldner, hier dem Verbraucher/Eigentümer, die vollstreckbare Ausfertigung vor oder gleichzeitig mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt worden ist. Für den Fall, dass ein nur vorläufig für vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Vollstreckungsgläubiger nach § 717 Abs. 2 und 3 ZPO zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der dem Vollstreckungsschuldner durch die Vollstreckung des Urteils entstanden ist.

Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO kann die Zwangsvollstreckung jedoch auch aus einer von einem Gericht oder Notar aufgenommenen Urkunde erfolgen, in der sich der Verbraucher/Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unterwirft. Die bis zum 1.1.1999 geltende Fassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nannte ausdrücklich den Fall der Vollstreckung aus einer Hypothek oder Grundschuld. Mit der Zwangsvollstreckungsnovelle wurde der Anwendungsbereich des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erheblich erweitert, so dass eine explizite Erwähnung der Grundschuld nicht mehr notwendig war. Der Gläubiger hat dem Verbraucher/Eigentümer eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zuzustellen.²⁴ Für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist das die Urkunde verwahrende Gericht bzw. der Notar zuständig.²⁵ Gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist ebenfalls die Erinnerung nach § 732 ZPO möglich, bei notariellen Urkunden zu dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Materiellrechtliche Einwendungen können nach §§ 797 Abs. 4, 767, 771 ZPO im Wege der Vollstreckungsabwehrklage bzw. Drittwiderspruchsklage bei dem Gericht, das auch im Fall des Erkenntnisverfahrens für Klagen der Gläubigerbank gegen den Verbraucher/Eigentümer zuständig wäre, erhoben werden. Nach § 797 Abs. 4 ZPO können im Rahmen dieser Rechtsmittel alle materiellrechtlichen Einwendungen geltend gemacht werden. Eine Beschränkung auf Einwendungen, die auf Gründen beruhen, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind, besteht anders als im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage bzw. Drittwiderspruchsklage nach einem Erkenntnisverfahren nicht.

Durch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wird dem Verbraucher somit der Rechtsweg zu staatlichen Gerichten nicht genommen, insbesondere wird der Verbraucher nicht auf ein nicht-staatliches Schiedsverfahren verwiesen. Für die Rechtsmittel des Verbrauchers sind dieselben Gerichte zuständig, vor denen der Verbraucher von der Gläubigerbank in Anspruch genommen werden könnte. Eine Beweislastumkehr ist mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung – auch im Hinblick auf das abstrakte Schuldversprechen²⁶ – nicht verbunden. Auch mit Beweismitteln wird der Verbraucher nicht ausgeschlossen. Seine materiellrechtlichen Einwendungen kann der Verbraucher wie im Erkenntnisverfahren vorbringen.

Durch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung wird allerdings die Initiative zur Anrufung der Gerichte auf den Ver-

braucher verlagert.²⁷ Hinsichtlich der materiellrechtlichen Einreden des Verbrauchers ergibt sich dadurch jedoch keine Änderung. Diese hat der Verbraucher, soweit sie nicht als Einwendungen von Amts wegen zu beachten sind, auch im Fall, dass gegen ihn Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung im Erkenntnisverfahren erhoben wird, auf seine eigene Initiative vorzubringen. Die Leistung eines Gerichtskostenvorschusses durch den Verbraucher kann gegebenenfalls durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe vermieden werden. Weiter führt die Zwangsvollstreckungsunterwerfung dazu, dass die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung der Gläubigerbank möglich ist, es sei denn, der Verbraucher legt Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckung ein und erwirkt eine Sicherheitsleistung im Wege einer einstweiligen Anordnung nach §§ 797 Abs. 4, 768, 771, 769 ZPO.²⁸ Schließlich ist § 717 Abs. 2 ZPO nicht auf die Vollstreckung aufgrund Zwangsvollstreckungsunterwerfung anwendbar.²⁹

Ob diese Wirkungen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ausreichen, um eine Erschwerung der Rechtsschutzmöglichkeiten i. S. d. Ziff. 1 lit. q) des Anhangs der Klauselrichtlinie zu bejahen, muss jedoch bezweifelt werden. Die Bestimmung erfasst nach ihrem Wortlaut nur Rechtsbehelfe oder sonstige Beschwerdemittel, die vom Verbraucher einzulegen sind, nicht dagegen die Fälle, in denen der Gewerbetreibende ein gerichtliches Verfahren einleiten muss. Der Klausel kann auch nach ihrem Sinn und Zweck nur schwer entnommen werden, dass sie einer Verlagerung der Initiative auf den Verbraucher entgegen steht. Die Rechtsschutzsysteme sind in den Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich. Dies gilt insbesondere für das Vollstreckungsrecht. Die im Anhang der Klauselrichtlinie aufgeführten Klauseln stellen Beispiele für alle Mitgliedstaaten dar. Dass die Gläubigerbank zur Verwertung der dinglichen Sicherheit eines vollstreckbaren Titels bedarf, muss nicht in allen Mitgliedstaaten der Fall sein. Es ist durchaus denkbar, dass sich vielerorts der Verbraucher auch ohne gesonderte Vereinbarung gegen eine Verwertung der Sicherheit klageweise zur Wehr setzen muss.

Die Vollstreckungsunterwerfung des Verbrauchers im Rahmen der Grundschuldbestellung fällt deshalb nicht unter Ziff. 1 lit. q) des Anhangs der Klauselrichtlinie.

3. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten?

Selbst wenn die Vollstreckungsunterwerfung unter Ziff. 1 lit. q) des Anhangs der Klauselrichtlinie fallen sollte, hätte dies nur Indizwirkung. Die Missbräuchlichkeit der Vollstreckungsunterwerfung ist deshalb weiter an den in Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 der Klauselrichtlinie festgelegten Kriterien zu prüfen.³⁰

a) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild?

Teile des deutschen Schrifttums,³¹ aber auch der VII. Senat des BGH in seinem Vorlagebeschluss³² beurteilen die Missbräuchlichkeit einer Klausel insbesondere anhand eines Vergleichs mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Der nationalen Regelung wird eine Leitbildfunktion zuge-

²⁷ So beispielsweise *Stürner*, JZ 1977, 432.

²⁸ So beispielsweise ebenfalls *Stürner*, JZ 1977, 432.

²⁹ *Thomas/Putzo*, 24. Aufl., § 717 Rdnr. 2.

³⁰ Auch *Quack* räumt in seinem Beitrag (Fn. 2) ein, dass „eine Kompensation nach dem Gemeinschaftsrecht“ möglich wäre.

³¹ *Stürner*, JZ 1977, 431 ff.; *Dietlein*, JZ 1977, 637 ff.

³² Beschluss vom 2.5.2002, VII ZR 178/01 (Fn. 7).

²⁴ § 750 Abs. 1 und 2 ZPO.

²⁵ § 797 ZPO.

²⁶ BGH, Urteil vom 3.4.2001, XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, unter Aufgabe von BGH, Urteil vom 25.6.1981, III ZR 179/79, WM 1981, 1140.

standen. Dabei stützt man sich auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bzw. nunmehr § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.³³ Bezogen auf die Vollstreckungsunterwerfung im Rahmen der Grundschuldbestellung wird dementsprechend vorgebracht, dass der Vollstreckung aufgrund Erkenntnisurteils Leitbildfunktion zukomme, mit der die Vollstreckung aufgrund Unterwerfung nicht gleichwertig sei.³⁴ In der erst nach dem AGBG beschlossenen Klauselrichtlinie findet sich jedoch kein Hinweis darauf, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel durch einen solchen Vergleich festzustellen ist. Auch die Umsetzungsmaßnahmen anderer Mitgliedstaaten stellen nicht auf einen solchen Vergleich ab. Die Leitbilddiskussion muss deshalb als Spezifikum des deutschen Rechts angesehen werden, die keine Grundlage im Gemeinschaftsrecht findet.

Aber selbst wenn auf einen Vergleich mit dem Leitbild des jeweiligen nationalen Rechts abzustellen wäre, kommt der Vollstreckung aus der Grundschuld aufgrund Erkenntnisurteils nach § 704 Nr. 1 ZPO nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1986³⁵ keine Leitbildfunktion zu. Mit der Zwangsvollstreckungsnovelle aus dem Jahr 1999 wurde der Kreis der Ansprüche, wegen derer sich ein Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen kann, erheblich erweitert. Der Stellenwert der Zwangsvollstreckungsunterwerfung wurde dadurch noch weiter erhöht. Der BGH hat dementsprechend festgestellt, dass bei Bankdarlehen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Rahmen der Grundschuldbestellung keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners darstellt.³⁶

Auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts lässt sich nicht feststellen, dass der Vollstreckung aufgrund Erkenntnisurteils der Vorrang vor der Vollstreckung aus einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung in notarieller Urkunde zukommt. Art. 57 der Brüssel-I-Verordnung regelt die Vollstreckbarerklärung öffentlicher Urkunden nach denselben Vorschriften, nach denen auch nach Art. 38 der Brüssel-I-Verordnung Urteile für vollstreckbar erklärt werden können. Art. 26 Abs. 1 des Vorschlags Europäischer Vollstreckungstitel sieht ausdrücklich vor, dass öffentliche Urkunden wie Urteile nach Art. 4 des Vorschlags Europäischer Vollstreckungstitel als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt und in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden können.

b) Missbräuchlichkeit i. S. v. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 der Klauselrichtlinie?

Die Missbräuchlichkeit einer Klausel setzt ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers voraus. Dabei sind nach Art. 4 Abs. 1 der Klauselrichtlinie die Art der Dienstleistung sowie alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände und alle anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, einzubeziehen.

Da die Verpflichtung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Sicherungsvereinbarung eine Klausel eines anderen Vertrages darstellt, von der die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Grundschuldurkunde abhängt, ist eine Gesamtchau aus Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Sicherungsvereinbarung erforderlich.

Die Dienstleistung der Bank besteht aus einer Geldleistung an den Verbraucher oder an einen von ihm benannten Dritten. Der Verbraucher verpflichtet sich im Gegenzug, den Geldbetrag zurückzuzahlen sowie eventuelle Nebenkosten und Zinsen zu entrichten. Die Darlehensgewährung wird durch die Vorleistung der Bank gegenüber dem Verbraucher gekennzeichnet. Handelt es sich nicht um eine Kaufpreisfinanzierungsgrundschuld, kann die Bank die Verwendung des ausgezahlten Geldbetrages regelmäßig nicht kontrollieren. Mit der Auszahlung des Darlehensbetrages trägt die Bank das volle Insolvenzrisiko. Störungen bei der Darlehensabwicklung beruhen typischerweise auf einer Vermögensverschlechterung des Verbrauchers.³⁷ Durch die Grundschuldbestellung versucht die Bank, sich gegen eine Verletzung der Pflichten des Verbrauchers abzusichern und ihr Ausfallrisiko hinsichtlich Darlehensrückzahlung und Zinszahlung zu reduzieren.³⁸ Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich der Grundschuld ermöglicht der Bank den raschen Zugriff auf die ihr eingeräumte dingliche Sicherheit. Bei einem sich länger hinziehenden Erkenntnisverfahren vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen erhöhen sich durch die weiter laufenden Zinsverpflichtungen die Außenstände der Gläubigerbank. Ihr Risiko vergrößert sich also weiter.

Nach der Sicherungsvereinbarung darf eine Verwertung der Sicherheit regelmäßig erst erfolgen, wenn der Verbraucher mit seiner geschuldeten Zahlung über einen bestimmten Zeitraum hinweg in Verzug ist. Der Verbraucher kann sich gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Vollstreckungsmöglichkeit durch die bereits erwähnten vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Wehr setzen. Die Nachteile des Verbrauchers gegenüber der Vollstreckung aufgrund Erkenntnisverfahrens liegen, wie oben bereits dargestellt, lediglich in der Verlagerung der verfahrensrechtlichen Initiative, gegebenenfalls in der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses, in der Vollstreckungsmöglichkeit der Bank ohne Sicherheitsleistung und in der Nichtanwendbarkeit von § 717 Absatz 2 ZPO.

Zu berücksichtigen sind schließlich auch die Umstände des Vertragsschlusses selbst. Die Bestellung der Grundschuld mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung erfolgt zwingend im Wege der Beurkundung, in der Praxis durch einen Notar. Nach § 17 BeurkG hat der Notar insbesondere über die rechtlichen Folgen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu belehren. Der Verbraucher wird damit vor einem übereilten Vorgehen geschützt und auf die rechtlichen Auswirkungen seiner Erklärung hingewiesen. Ist die Sicherungsvereinbarung, wie in der Praxis allerdings nur bei einem Teil der Grundschulden der Fall, Bestandteil der Beurkundung, erstreckt sich die Warn- und Hinweisklausel auch auf die Verpflichtung zur Bestellung der Grundschuld mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

Nach alledem lässt sich ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Rahmen der Grundschuldbestellung nicht feststellen. In jedem Fall sind die Nachteile des Verbrauchers durch das berechtigte Sicherheitsbedürfnis der Gläubigerbank gerechtfertigt.³⁹ Ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis i. S. v. Art. 3 Abs. 1 und 4 der Klauselrichtlinie liegt deshalb nicht vor.

³³ Vgl. BGH (Fn. 35), BGHZ 99, 274, 284.

³⁸ Dieses geringere Risiko der Bank schlägt sich regelmäßig auch in einem günstigeren Zinssatz gegenüber nicht durch Grundschuld gesicherten Darlehen nieder.

³⁹ Selbst *Stürmer* führt aus: „Eine Umverteilung der Risiken und Lasten mag für die dingliche Haftung, die nur den Zugriff auf das Grundstück gestattet, angehen“ (JZ 1977, 432).

³³ *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl., AGBG § 9 Rdnr. 18 m. w. N.

³⁴ *Stürmer*, JZ 1977, 432; *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. §§ 9–11, Rdnr. 285 a.

³⁵ BGH, Urteil vom 18.12.1986, IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, 283.

³⁶ BGH, Urteil vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, DNotZ 2003, 203 f.

VI. Die Vorgaben der Klauselrichtlinie für die Vollstreckung sowie die Richtigkeit der Grundbucheintragung im Fall eines Richtlinienverstößes

Nach Art. 6 Abs. 1 der Klauselrichtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind. Nach Art. 7 Abs. 1 müssen im Interesse der Verbraucher und der Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sein, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden ein Ende gesetzt wird. Art. 6 und 7 der Klauselrichtlinie sichern somit die Wirksamkeit der inhaltlichen Bestimmungen der Richtlinie ab. Ein Rückgriff auf das allgemeine Prinzip des *effet utile* ist angesichts dieser spezielleren Vorschriften nicht erforderlich.

Die Art. 6 und 7 der Klauselrichtlinie werden vom EuGH weit ausgelegt. So hat der EuGH beispielsweise in der Sache *Océano Grupo Editorial* ausgeführt, dass ein wirksamer Schutz der Verbraucher nur erreicht werden kann, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine missbräuchliche Klausel von Amts wegen zu prüfen.⁴⁰ Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Grundschuldurkunde und die entsprechende Verpflichtung in der Sicherungsvereinbarung als missbräuchlich einzustufen sein, hat das nationale Recht sicherzustellen, dass die Vollstreckungsunterwerfung für den Verbraucher nicht verbindlich ist. Könnte die Gläubigerbank weiterhin aus der Vollstreckungsunterwerfung vollstrecken, liefe dies dem Zweck der Art. 6 und 7 der Klauselrichtlinie zuwider. Der Notar dürfte eine entsprechende Klausel im Rahmen der Grundschuldbestellung nicht beurkunden. Für bereits beurkundete Zwangsvollstreckungsunterwerfungen lässt sich Art. 6 und 7 der Klauselrichtlinie wohl entnehmen, dass das nationale Recht dem Verbraucher vor Vollstreckung verfahrensrechtlich die Möglichkeit eröffnen muss, sich gegen die Vollstreckung zur Wehr zu setzen. Dies könnte grundsätzlich im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens nach §§ 797, 724 ff. ZPO oder im Rahmen einer vom Verbraucher zu erhebenden Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 797 Abs. 4, 767 ZPO erfolgen. Gegen die Berücksichtigung der Missbräuchlichkeit im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens wendet ein Teil der Literatur ein, dass sich das formalisierte Klauselerteilungsverfahren nicht zur Überprüfung eines Verstoßes gegen das AGBG bzw. die Klauselrichtlinie eignet.⁴¹ Vor allem ergebe sich die Missbräuchlichkeit praktisch nie aus der Urkunde selbst, da der Klausel nicht anzusehen sei, ob sie nicht doch im Einzelnen ausgehandelt worden sei. Es ist jedoch fraglich, ob diese Argumentation der Überprüfung durch den EuGH standhalten würde. Der EuGH hat in dem vorgenannten Urteil *Océano Grupo Editorial* nämlich auch ausgeführt, dass das Ziel der Klauselrichtlinie nicht er-

reicht werden könnte, wenn der Verbraucher die Missbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müsste. In Rechtsstreitigkeiten mit niedrigem Streitwert, so der EuGH weiter, könnten Rechtsanwaltsgebühren höher sein als der streitige Betrag, was den Verbraucher davon abhalten könnte, sich gegen die Klausel zu verteidigen. Letzteres wird bei Grundschulden im deutschen Recht regelmäßig nicht der Fall sein. Das Urteil zeigt jedoch die Tendenz des EuGH, den Verbraucher möglichst umfassend und frühzeitig zu schützen. Es spricht deshalb vieles dafür, dass der Notar als Träger der öffentlichen Gewalt und Teil des Staates ebenfalls von Amts wegen die Missbräuchlichkeit der Klausel beachten müsste und die Vollstreckungsklausel nicht erteilen darf, zumal der Bank der Nachweis, es handle sich um eine individuelle Vereinbarung, bei einer Grundschuldbestellung auf Grundlage der Bankformulare nicht gelingen dürfte.

Die vorstehenden Überlegungen sind jedoch nur bedingt auf das Grundbuchverfahren übertragbar. Es handelt sich zwar auch hier um Träger öffentlicher Gewalt, die als Teil des Staates unmittelbar an die Klauselrichtlinie gebunden sind,⁴² jedoch drohen dem Verbraucher keine unmittelbaren Nachteile aus der Grundbucheintragung. Der beurkundende Notar wäre für den Fall einer Missbräuchlichkeit schon verpflichtet, die Klausel nicht in die Grundschuldbestellungsurkunde aufzunehmen. Ginge es um die Vollstreckung aus schon beurkundeten Grundschulden, müsste der Notar nach der hier vertretenen Meinung die Erteilung der Vollstreckungsklausel ablehnen. Erteilt der Notar die vollstreckbare Ausfertigung dennoch, steht dem Verbraucher das Rechtsmittel der Erinnerung nach § 732 ZPO offen. Aus alledem folgt, dass selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Missbräuchlichkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Grundschuld annehmen wollte, die Richtigkeit des Grundbuchs dadurch nicht beeinträchtigt wird.

VII. Ausblick

Der rasche Zugriff auf dingliche Sicherheiten ist für die Risikobewertung der Kredite aus Sicht der Banken von herausragender Bedeutung. Je höher das Risiko, umso höher der Zinssatz bzw. umso geringer die Bereitschaft der Banken, Kredite zu vergeben. Dies trifft wiederum die Verbraucher, aber auch die mittelständischen Unternehmen, die in Deutschland nach wie vor über ein zu geringes Eigenkapital verfügen. Mit der Umsetzung der aktuellen Vorschläge des Ausschusses für Bankenaufsicht der Bank für internationalen Zahlungsausgleich in Basel (Basel II) dürften sich die Kredite wegen der verschärften Eigenkapitalvorschriften zudem deutlich verteuern. Auch volkswirtschaftlich spricht deshalb in der gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation alles dagegen, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Grundschuldurkunden in Frage zu stellen.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 27.6.2000, C-240/98 bis C-244/98 (Fn. 9), Rdnr. 26 ff.

⁴¹ Siehe insbesondere MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rdnr. 264.

⁴² Insoweit ist *Eickmann*, Rpfleger 1978, 6 f., Recht zu geben, der allerdings aus dieser Bindung eine allgemeine Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln durch das Grundbuchamt ableitet.

Die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen in der notariellen Praxis

Von Notarassessor Arne Everts, Eggenfelden

Um das Dauerproblem der Zulässigkeit und Reichweite einer Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen ist es seit der letzten grundlegenden und gleichzeitig zusammenfassenden Äußerung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1998 ruhig geworden. Das mag mittelbar damit zusammenhängen, dass „reine“ Personengesellschaften, zumal ohnehin auf dem Rückzug befindlich, häufig auf Verträgen basieren, die ohne vorherige professionelle Rechtsberatung abgeschlossen werden und wurden. Vielleicht ist es aber auch nur Ausdruck einer gewissen Resignation. Die genannte Entscheidung lässt den Kautelarjuristen jedenfalls so allein auf weiter Flur wie zuvor. Die Problematik wird für den Notar spätestens dann virulent werden, wenn sich ein Gesellschafter mit der Bitte um Planung und Gestaltung seiner erbrechtlichen Nachfolge an ihn wenden und im Zuge dessen die Anordnung von Testamentsvollstreckung notwendig werden sollte. Entsprechend groß ist die Gefahr, durch Verwendung einer Standardklausel und ohne Harmonisierung des Gesellschaftsvertrags einen Haftungsfall zu produzieren. Der nachfolgende Beitrag fasst den derzeitigen Stand der Dinge zusammen, unterzieht ihn einer kritischen Würdigung und zeigt unter Abschichtung der verschiedenen Gestaltungsinteressen Wege zu einer praktikablen Gesamtlösung auf.

I. Einleitung und Problemstellung

Bei Beteiligungen an einer BGB-Gesellschaft, einer OHG oder einer KG wirft das erbrechtliche Institut der Testamentsvollstreckung bekanntermaßen¹ Probleme auf. Der Übergang dieser Beteiligungen auf einen oder mehrere Erben² vollzieht sich nach mittlerweile gefestigter h. M. zwar im Wege der Sonderrechtsnachfolge.³ Gleichwohl gehören die Beteiligungen zum Nachlass, wenn auch nicht zum Gesamthandsvermögen.⁴ Daraus folgt zunächst einmal, dass die Testamentsvollstreckung – auch – an Personengesellschaftsbeteiligungen *grundsätzlich* in jeder Form, einschließlich der hier interessierenden Verwaltungsvollstreckung,⁵ zulässig sein muss.⁶ Allerdings kollidiert bei der Verwaltungsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen diese primär erbrechtsbe-

zogene Feststellung mit der gesellschaftsrechtlichen Haftungsnorm des § 128 HGB. Diese Vorschrift ordnet eine unbeschränkte und – mit Ausnahme des § 139 HGB – unbeschränkbare persönliche Haftung des Gesellschafters einer OHG, einer GbR⁷ sowie über § 161 Abs. 2 BGB auch des Komplementärs für alle Gesellschaftsschulden an, während nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nur den Nachlass umfasst, also dasjenige Vermögen, auf das der Erbe nach §§ 1975 ff. BGB seine Haftung beschränken kann.⁸ Wegen §§ 171 Abs. 1 Hs. 1, 176 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 tritt dieses Problem, wenngleich weit weniger gravierend, auch beim Kommanditisten auf. Eine gesetzliche Regelung dieses Normenkonfliktes zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht fehlt. Seine Auflösung ist demgemäß umstritten.

II. Primat des Gesellschaftsrechts – Modifikation des Erbrechts: Zum Stand der gegenwärtigen Diskussion

Eine Sichtweise, die § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB den Vorrang einräumt,⁹ ist abzulehnen. Sie setzt sich über den numerus clausus der Gesellschaftsformen hinweg und führt im Extremfall zu einer Personengesellschaft, in der *contralegally*¹⁰ niemand unbeschränkt haftet.¹¹ Die Existenz der GmbH & Co. KG vermag an dieser Sichtweise nichts zu ändern, denn auch bei dieser haftet kraft gesetzlicher Konzeption die Komplementär-GmbH den Gläubigern mit *ihrem ganzen Vermö-*

¹ Zu dem mittlerweile unüberschaubar gewordenen Fluss der Literatur zu dieser Thematik vgl. nur die Übersicht bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1350 f. Mit dem nachfolgenden – weiteren – Mosaikstein bedanke ich mich bei Herrn Notar Lutz Feller und den Mitarbeitern des Notariats Eggenfelden für 15 interessante Monate profunder Notarusbildung.

² Im Folgenden interessiert allein der Gesellschafterwechsel kraft einfacher oder qualifizierter *Nachfolgeklausel*. Im Gefolge gesellschaftsvertraglicher Fortsetzungs- oder Eintrittsklauseln oder aber rechtsgeschäftlicher Nachfolgevereinbarungen fällt die Beteiligung nicht in den Nachlass; für eine Testamentsvollstreckung ist dann insoweit kein Raum. Nur etwaige Erbenrechte gem. §§ 738, 740 BGB, insbesondere Abfindungsansprüche, unterfallen sodann einer etwaigen Testamentsvollstreckung; vgl. hierzu BGH, NJW 1985, 1953 (1954); MünchKommBGB/Brandner, 3. Aufl. 1997, Bd. 9, § 2205 Rdnr. 25; E. Klein, DStR 1992, 292 (293 f.).

³ BGH, NJW 1983, 2376 (2377).

⁴ BGH, NJW 1986, 2431 (2432); NJW 1989, 3152 (3153); NJW 1996, 1284 (1285).

⁵ Wird die Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafter-Erblässers aufgelöst, so unterfallen die Beteiligung an der Abwicklungsgesellschaft sowie der Abfindungsanspruch problemlos der Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers, während eine Auseinandersetzungsvollstreckung bei der vererbten Beteiligung mangels Gesamtsrechtsnachfolge per se sinnlos ist; vgl. BGH, NJW 1981, 749 (750); MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 26 f.; D. Mayer in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, 5. Kapitel, Rdnr. 154 ff.

⁶ BGH, NJW 1989, 3152 (3153) (Kommanditanteile) mit Anm. Ulmer, NJW 1990, 73 ff.; BGH, NJW 1996, 1284 (1285) (Beteiligungen an einer GbR) = ZEV 1996, 110 mit Anm. Lorz; BGH, NJW 1998, 1313 (1314) (OHG-Beteiligung) = JZ 1998, 468 mit Anm. Ulmer.

⁷ Nach neuer Rspr. findet § 128 HGB auf die Haftungsverfassung der GbR analoge Anwendung (Akzessorietätsmodell); BGH, NJW 2001, 1056 (1061), in Fortführung von BGH, NJW 1999, 3483 (3484); NJW 2001, 748 (750). Eine „Sonderbehandlung“ der GbR zum vorliegenden Fragenkreis (vgl. nur MünchKommBGB/Ulmer, 3. Aufl. 1997, Bd. 5, § 705 Rdnr. 86, 89 a; D. Mayer in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998 [Voraufl.], 5. Kapitel, Rdnr. 217 ff. [m. w. N.]) ist damit obsolet.

⁸ Faust, DB 2002, 189 (191).

⁹ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 549 ff.; MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 15, 36.

¹⁰ Im Unterschied etwa zu einer Personengesellschaft, die nur aus Minderjährigen besteht. Hier ergibt sich diese mögliche Konsequenz aus der Existenz einer gesetzlichen Regelung, nämlich § 1629 a Abs. 1 BGB.

¹¹ Ebenso Faust, DB 2002, 189 (191).

gen. Deshalb muss sich umgekehrt grundsätzlich § 128 HGB gegenüber § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB durchsetzen.¹² Wenn gleich hierdurch die Testamentsvollstreckung an der Gesellschaftsbeteiligung insgesamt nicht unzulässig wird, so macht der Normkonflikt doch Modifikationen der erbrechtlichen Lage erforderlich,¹³ deren Art und Umfang nach wie vor streitig sind und eine zielführende Rechtsberatung und Vertragsgestaltung erschwert.

1. Die Rechtsprechung des BGH

a. Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter

Die Rechtsprechung des BGH zu diesen Fragen ist insofern etwas unübersichtlich, als sich sowohl der Gesellschaftsrechts- als auch der Erbrechtssenat wiederholt mit der Problematik befasst haben. Im Ergebnis dürften ihre Ansichten jetzt weitgehend übereinstimmen.¹⁴ Die Ansicht des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des BGH geht – in einem bemerkenswert kurzen Beschluss – nunmehr zusammenfassend dahin, dass der Testamentsvollstrecker zwar über die Gesellschaftsbeteiligung an sich, d. h. über die mit ihr verbundenen Vermögensrechte, insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben, verfügen darf, jedoch nicht über solche Befugnisse, die unmittelbar die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter-Erben berühren.¹⁵ Dementsprechend differenziert der für das Erbrecht zuständige IV. Zivilsenat (früher IVa. Zivilsenat) zwischen der Wahrnehmung und Erhaltung der mit der Beteiligung verbundenen, übertragbaren Vermögensrechte auf der einen Seite und der Geschäftsführung oder anderen, möglicherweise zu einer Haftung der Gesellschaft führenden Handlungen auf der anderen Seite.¹⁶ Unjuristisch, wenngleich plakativ und prägnant wird insofern auch von einer Unterscheidung zwischen „Außenseite“ und „Innenseite“ der Beteiligung gesprochen.¹⁷ Die Grenzen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers, mit anderen Worten den genauen Grenzverlauf zwischen „Außenseite“ und „Innenseite“ bei der Verwaltung der Beteiligung, ließen beide Senate aber bislang jeweils offen.¹⁸

b. Kommanditbeteiligungen

Klarer ist die Rechtslage mittlerweile beim Kommanditisten. Hierzu hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1989 entschieden, dass der für die Verwaltung eines Kommanditanteils bestellte Testamentsvollstrecker generell auch die mit der Beteiligung verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausüben darf.¹⁹ Insbesondere übt er das Stimmrecht aus, er nimmt unter Wahrnehmung der entsprechenden An-

trags- und Rederechte an Gesellschafterversammlungen teil und er kann fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse klageweise angreifen. Er übt die Informations- und Kontrollrechte aus, er kann über die verwaltete Beteiligung durch Ausübung der Lösungsrechte verfügen und er kann gegen die Mitgesellschafter im Wege der *actio pro socio* vorgehen.²⁰ Er ist also, um im Bilde zu bleiben, befugt, auch auf der „Innenseite“ der Beteiligung tätig zu werden. Einschränkungen können und müssen sich allerdings in den Fällen ergeben, in denen es *durch das Handeln des Testamentsvollstreckers* zu einer *persönlichen Haftung des Kommanditisten* kommen kann.²¹ Dies dürften letztlich nur die Fälle der Einlagenrückgewähr und die Mitwirkung an einer Einlagenerhöhung durch den Testamentsvollstrecker sein.²²

Damit der Testamentsvollstrecker seine Handlungsbefugnisse auch in dem für Kommanditbeteiligungen charakteristischen weitergehenden, in den Bereich der Gesellschaftsinterna hineinreichenden Maße ausüben kann, ist allerdings die Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich, entweder ad hoc oder vorab und generell im Gesellschaftsvertrag. Andernfalls ginge auch bei einer Kommanditbeteiligung die letztwillige Anordnung von Testamentsvollstreckung teilweise ins Leere und bliebe ipso iure auf die „Außenseite“ beschränkt.²³

2. Stellungnahme – Die Haftungsgefahr als ausschließliches Kriterium

Wünschenswert wäre es, wenn der BGH in Zukunft allein diese zuletzt genannte Einschränkung auch bei der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker bei OHG-, GbR- und Komplementärbeteiligungen vornehmen würde. Denn bei jeder Art von Beteiligung geht es allein um die Vereinbarkeit von persönlicher Gesellschafterhaftung und den erbrechtlichen Grenzen des Testamentsvollstreckerhandelns. Von daher kann es nicht überzeugen, wenn dem Testamentsvollstrecker unter Hinweis darauf, dass die Gesellschaft auch eine „Arbeitsgemeinschaft“ sei²⁴ (was für sich genommen ja einerseits zutrifft, andererseits aber auch Kommanditisten umfassen kann!), bei Vollhaftbeteiligungen pauschal auch diejenigen internen Befugnisse entzogen werden, mit deren Wahrnehmung eine Haftungsgefahr *nicht* verbunden ist.²⁵ Die Mitgesellschafter sind demgegenüber bereits ausreichend geschützt, weil sie sich mit einem solchen – weitergehenden – Einfluss Dritter auf die Gesellschaft nur abfinden müssen, wenn sie dies gebilligt haben. Insofern besteht aber ohnehin Einigkeit darüber, dass eine Testamentsvollstreckung nur möglich ist, wenn die übrigen Gesellschafter dem zugestimmt haben, wobei diese Zustimmung auch schon generell im Gesellschaftsvertrag erteilt werden kann.²⁶ Deshalb kann es umgekehrt auch nicht darauf ankommen, ob

¹² Faust, DB 2002, 189 (191).

¹³ Vgl. zuletzt BGH, NJW 1998, 1313 (1314).

¹⁴ Ebenso Leipold, Erbrecht, 14. Aufl. 2002, Rdnr. 803; dies sehen offenbar auch die Senate des BGH selbst so, vgl. BGH, NJW 1996, 1284 (1285) (I. Sp. Mitte); NJW 1998, 1313 (1314). Divergenzen bestehen vor allem noch in den Fällen, in denen der Gesellschafter-Erbe bereits zuvor Mitgesellschafter war, und in der Frage, ob die aus der Beteiligung abzuleitenden Vermögensansprüche der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft unterliegen; vgl. Lorz, ZEV 1996, 112, 113, sowie ausf. ders., Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 133 ff., 160 ff.

¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1998, 1313 (1314); zuvor bereits BGH, NJW 1985, 1953 (1954).

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 1986, 2431 (2433); NJW 1996, 1284 (1285).

¹⁷ Vgl. BGH, NJW 1986, 2431 (2433), sowie etwa D. Mayer (Fn. 5), Rdnr. 158; Dörrie, ZEV 1996, 370 (374).

¹⁸ Vgl. BGH, NJW 1996, 1284 (1286); Leipold (Fn. 14), Rdnr. 803.

¹⁹ Vgl. BGH, NJW 1989, 3152 (3154).

²⁰ Dörrie, ZEV 1996, 370 (371).

²¹ Vgl. BGH, NJW 1989, 3152 (3154 f.).

²² Vgl. die Abarbeitung der möglichen Problemfelder bei §§ 171 Abs. 1, 176 Abs. 2, 172 Abs. 4 durch BGH, NJW 1989, 3152 (3155).

²³ Näher zum Zustimmungserfordernis s. unten III. 2. b), zur „automatischen“ Beschränkung auf die verbleibenden Testamentsvollstreckerrechte an der „Außenseite“ der Beteiligung s. unten III. 1.

²⁴ Zuletzt BGH, NJW 1998, 1313 (1314).

²⁵ So auch LG Mannheim, ZEV 1999, 443 (445); Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2002, I. A. Rdnr. 152; MünchKommBGB/Ulmer (Fn. 7), § 705 Rdnr. 87, der allerdings nicht die vollen Konsequenzen hieraus zieht, s. Rdnr. 88 b, 89; vgl. i. Erg. auch Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413 (439 ff.).

²⁶ Vgl. Grunewald (Fn. 25), I. A. Rdnr. 152; näher zum Zustimmungserfordernis s. unten III. 2. b).

etwa ein Erblasser-Kommanditist geschäftsführungs- und vertretungsbefugt war, was ohnehin selten genug vorkommen dürfte,²⁷ oder ein persönlich haftender Erblasser-Gesellschafter von der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen war.²⁸

Gegen diese Sichtweise könnte nun allerdings eingewendet werden, dass eine mitgliedschaftliche Betätigung als persönlich haftender Gesellschafter sich für diesen jedenfalls potentiell immer in irgendeiner Form als haftungsrelevant erweisen werde und deshalb der zuvor angesprochene Normkonflikt bei diesem stets im Raum stehe.²⁹ Diese Behauptung trifft in ihrer Pauschalität schon tatsächlich nicht zu. Soll jeder Gesellschafterbeschluss, etwa über die Erteilung einer Prokura oder die Eröffnung einer Zweigniederlassung, wirklich bereits in den Bereich des § 128 HGB hineinragen? Diese – hier allein interessierende – Norm handelt immer noch von den „Verbindlichkeiten“ der Gesellschaft. Die Verwaltungsbefugnis wird demgegenüber in § 116 HGB geregelt und kann nicht einfach in § 128 HGB „hineingelesen“ werden. Auch ein Hinweis auf das Risiko einer durch den Testamentsvollstrecker produzierten persönlichen Haftung des Gesellschafter-Erben für deliktische Handlungen (über den Umweg der §§ 31 BGB, 128 HGB)³⁰ überzeugt nicht. Ein solches Risiko würde durch den Ausschluss der Geschäftsführungsbefugnis angesichts der weiten Auslegung des Begriffs des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ im Sinne des § 31 BGB³¹ allenfalls verringert; es kann theoretisch daher sogar den nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten treffen. Dieser Umstand war aber bereits in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1989³² kein Anlass für den BGH, die Möglichkeit der Testamentsvollstreckung auch auf der „Innenseite“ der Kommanditbeteiligung zu versagen, und sollte es auch bei der Beteiligung des persönlich haftenden Gesellschafters nicht sein.

Die Grenze der Befugnis des Testamentsvollstreckers auf der „Innenseite“ der Beteiligung bilden auch bei persönlich haftenden Gesellschaftern demnach nur unmittelbar rechtsgeschäftlich haftungsbegründende Handlungen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist in diesem Falle daher, wenn dem Testamentsvollstrecker eine solche Mitwirkungshandlung im Gesellschafterkreis für den Einzelfall verwehrt bleibt, nicht aber, ihn auf ganzer Linie aus dem „Innenbereich“ der Gesellschaft auszuschließen. Das verbleibende Gefahrenpotential durch die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Übrigen ist hinzunehmen, zumal auch in diesem Fall dem Testamentsvollstrecker Grenzen durch die erbrechtlichen Sicherungsrechte gesetzt sind; § 2205 Satz 3, § 2218 i. V. m. § 666, §§ 2216, 2219, § 2227 BGB. Will sich der Gesellschafter-Erbe auch hierauf nicht verlassen, so ist ihm zuzumuten, eine der nachfolgend dargestellten gesellschaftsrechtlichen Ersatzkonstruktionen³³ hinzunehmen oder sein Wahlrecht gem.

²⁷ Zumal die Übertragung der Geschäftsführung auf einen Kommanditisten meist als persönliche, nicht der Vererbung zugängliche Befugnis ausgestaltet sein wird; *Ulmer*, NJW 1990, 73 (76).

²⁸ So aber *Weidlich*, ZEV 1994, 205 (207).

²⁹ Vgl. MünchKommBGB/*Brandner* (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 30; *Dörrie*, ZEV 1996, 370 (371).

³⁰ § 31 ist auf die OHG und KG entsprechend anzuwenden, st. Rspr. seit BGH, NJW 1952, 538. Dies gilt nunmehr auch für die GbR und i. V. m. § 128 HGB auch für deren Gesellschafter; vgl. BGH, NJW 2003, 1445, und hierzu *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 ff.

³¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl. 2003, § 31 Rdnr. 6. Insbesondere ist weder eine Aufnahme von dessen Tätigkeit in den Gesellschaftsvertrag noch eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erforderlich.

³² BGH, NJW 1989, 3152.

³³ Siehe unten III. 2. a).

§ 139 Abs. 1 HGB auszuüben,³⁴ allerdings um den Preis einer dann auch „offiziell“ gesellschaftsrechtlich geminderten Stellung seiner Beteiligung.

Dass eine wie vorstehend dargestellte Konvergenz in der Behandlung von Vollhaft- und Kommanditbeteiligung auch in der Rechtsprechung des BGH eintreten möge, bleibt somit zu hoffen,³⁵ nicht zuletzt im Interesse einer praktikablen Vertragsgestaltung. Das vom BGH bereits für die Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen konzedierte „weitgehend anerkannte praktische Bedürfnis“³⁶ besteht ohne Frage auch im Zusammenhang mit den Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter.

3. Der „Kernbereich der Mitgliedschaft“ als (weitere) Grenze?

Für den Berater werden die Dinge noch einmal dadurch verkompliziert, dass dem Testamentsvollstrecker weitere Kompetenzgrenzen durch das gesellschaftsrechtliche Institut der Kernbereichslehre gesetzt sein sollen,³⁷ wobei auch noch streitig ist, wer denn bei Vorliegen eines solchen Hindernisses das Stimmrecht auszuüben habe – der Erbe des Gesellschafters allein oder nur zusammen mit dem Testamentsvollstrecker?³⁸

Der „Kernbereich“ einer Gesellschaftsmitgliedschaft³⁹ dürfte, pauschal formuliert, alle Rechte umfassen, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten.⁴⁰ Das sind etwa das Stimm- und das Gewinnrecht, das Recht zur Geschäftsführung und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös, ferner die Tatsache, dass nicht ohne Zustimmung des Gesellschafters eine Erhöhung seines Beitrags beschlossen werden kann.⁴¹ Einen allgemeingültigen Katalog solcher Rechte gibt es freilich nicht⁴² und kann es angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung und Struktur der jeweiligen Personengesellschaft auch nicht geben.⁴³

Das gesellschaftsrechtliche Institut der „Kernbereichslehre“ als gewissermaßen ultimative Begrenzung auch im Verhältnis Erbe–Testamentsvollstrecker zueinander entfalten zu wollen, ist aber mit einer im Schrifttum zunehmenden Zahl von Stimmen⁴⁴ bereits dem Grunde nach abzulehnen. Dem zuvor ge-

³⁴ Ähnlich auch *K. Schmidt* (Fn. 1), S. 1352.

³⁵ Vgl. bereits *E. Klein*, DStR 1992, 292 (295).

³⁶ BGH, NJW 1989, 3152 (3154).

³⁷ *Weidlich*, Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 1993, S. 46 ff., 69 f., 119 f.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 696, 698 (dort Fn. 215); *Quack*, BB 1989, 2271 (2273); *Ulmer*, NJW 1990, 73 (79); *D. Mayer*, ZIP 1990, 976 (978); *ders.* (Fn. 5), Rdnr. 175; *E. Klein* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1992, Bd. 2, § 45 Rdnr. 50.

³⁸ Vgl. nur einerseits *Quack*, BB 1989, 2271 (2273), andererseits *Ulmer*, NJW 1990, 73 (80 f.), *Weidlich*, MittBayNot 1986, 1 (3).

³⁹ Der Topos geht zurück auf *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 351 ff.

⁴⁰ *D. Mayer*, ZIP 1990, 976 (978).

⁴¹ Vgl. *Grunewald* (Fn. 25), 1. A. Rdnr. 84.

⁴² Aus der Sicht der Praxis verständliche Versuche allerdings bei *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713 (716); *Löffler*, NJW 1989, 2656 (2657, 2659); *Weidlich*, ZEV 1994, 205 (206).

⁴³ Vgl. *Grunewald* (Fn. 25), 1. A. Rdnr. 84; *Ulmer*, NJW 1990, 73 (80).

⁴⁴ MünchKommBGB/*Brandner* (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 32, 35 a, 38; *K. Schmidt* (Fn. 1), S. 1353; *Grunewald* (Fn. 25), 1. A. Rdnr. 152; *Lorz* in FS Boujong, 1996, S. 319 ff.; *Faust*, DB 2002, 189 ff. (191); *Hehemann*, BB 1995, 1301 (1309); *Dörrie*, ZEV 1996, 370 (374); ebenso nunmehr MünchKommBGB/*Ulmer* (Fn. 7), § 705 Rdnr. 89; zuvor bereits *Damrau*, NJW 1984, 2785 (2789).

nannten Konkretisierungsproblem ist damit von vornherein der Boden entzogen. Die Grenzen der Testamentsvollstreckung werden durch das Recht der Testamentsvollstreckung gesetzt, es sei denn, besondere Gründe aus anderen Rechtsbereichen – wie vorliegend das gesellschaftsrechtliche Problem der persönlichen Haftung, aber eben auch nur dieses – erforderten Modifikationen. Das Postulat, dass der einzelne Gesellschafter seine ihm gegenüber den anderen *Gesellschaftern* zustehenden Rechte auch selbst ausüben können, erfordert eine solche Modifikation gerade nicht.⁴⁵ Fremdherrschaft ist das charakterbildende Merkmal jeder Testamentsvollstreckung.⁴⁶ Wenn der Erblasser dem Erben in kernbereichsbezogenen Angelegenheiten ein Mitspracherecht einräumen will, so muss dies per letztwilliger Verfügung ausdrücklich geschehen. Hierzu bietet ihm § 2208 Abs. 1 BGB ein entsprechendes Instrumentarium.⁴⁷ Die Sicherungsrechte der Testamentsvollstreckung (vgl. § 2205 Satz 3; § 2218 i. V. mit § 666; §§ 2216, 2219; § 2227 BGB) bieten zudem auch hier dem Gesellschaftererben ausreichenden Schutz.⁴⁸ Die bisher h. L. zu dieser Frage dürfte mittlerweile überholt sein. Die Instanzrechtsprechung beginnt sich der neuen Sichtweise bereits anzuschließen,⁴⁹ während eine Entscheidung des BGH noch aussteht.⁵⁰ Der Vertragsjurist, der dem Gebot des sichersten Weges zu folgen verpflichtet ist, wird indes nicht darum herum kommen, zu den ohnehin bestehenden Unsicherheiten derzeit auch noch die dargestellten möglichen Kompetenzgrenzen für den Testamentsvollstrecker kraft Kernbereichslehre in seine Gestaltungsüberlegungen einzubeziehen.

III. Konsequenzen für die Praxis

Entgegen *Faust*⁵¹ ist augenblicklich nicht davon auszugehen, dass der BGH aller, auch von ihm selbst, konzidierten praktischen Bedürfnisse zum Trotz die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen, so wie hier vorgeschlagen, ausweiten wird.⁵² Die Kreativität des Kautelarjuristen hinsichtlich notwendiger Ersatzlösungen wird daher auch in Zukunft gefragt sein. Wegen der Problematik der Kernbereichslehre im vorliegenden Bereich gilt dies trotz Klärung wesentlicher Fragen durch den BGH weiterhin auch für Kommanditanteile.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen beim Auffinden einer den jeweiligen Interessen des Klienten adäquaten Gestaltung entsprechende Hilfestellung leisten. Der Notar muss sich dabei der Tatsache bewusst sein, dass es hierbei nur eine „einigermaßen“ angemessene, aufgrund der Friktionen von Gesetz und Rechtsprechung aber keine optimale Lösung geben wird. Hierzu sind die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten je nach Grad des Gestaltungsbedarfs unter Einschluss eventueller (und nicht zu unterschätzender) emotionaler und/oder psychologischer Hemmnisse beim Klienten sorgfältig

voneinander abzuschichten. Vor diesem Hintergrund ist der nachfolgende Teil der Abhandlung als Checkliste oder texturiertes Flussdiagramm für den Praktiker zu verstehen und kann auch so gelesen werden.

1. Testamentsvollstreckung an der „Außenseite“ der Beteiligung

Als Zwischenergebnis der bisherigen Betrachtungen und gleichzeitig als Ausgangspunkt der nachfolgenden Gestaltungsüberlegungen lässt sich zunächst einmal feststellen, dass einige der Ziele, die mit der letztwilligen Anordnung von Testamentsvollstreckung verfolgt werden, auf jeden Fall und problemlos auch im Personengesellschaftsrecht erreicht werden können – selbst wenn im Gesellschaftsvertrag gar keine Regelung dazu getroffen ist und die überlebenden Gesellschafter nicht zugestimmt haben: Es kann eine Aufsichtsfunktion des Testamentsvollstreckers,⁵³ namentlich durch Auskunftsansprüche gem. § 242 BGB,⁵⁴ geschaffen und es kann verhindert werden, dass die Gesellschaftererben über ihre ererbte Beteiligung verfügen (§ 2211 Abs. 1 BGB) und dass die Eigengläubiger der Erben in die Beteiligung und in die daraus erwachsenden Vermögensrechte vollstrecken (§ 2214 BGB).⁵⁵ Deshalb ist auch die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister – seit den Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1989 und 1996 erst recht! – zulässig und geboten.⁵⁶ Ferner bedürfen die Gesellschafter-Erben zu allen die vermögensrechtliche „Außenseite“ ihrer Beteiligung betreffenden Maßnahmen der Zustimmung des Testamentsvollstreckers.⁵⁷ Dies sind insbesondere diejenigen Maßnahmen, die den Auseinandersetzungs- oder Abfindungsanspruch in seiner Gesamtheit betreffen, etwa, wenn gesellschaftsvertragliche Bestimmungen über die Anteilsbewertung oder über Höhe, Fälligkeit und Zahlungsweise des Abfindungsanspruchs geändert werden. Gleiches gilt für alle Maßnahmen, die den Gewinn betreffen, wie dessen Verteilung, Verwendung, Ausschüttung, Fälligkeit, Thesaurierung und Verzinsung.⁵⁸ Ein verschärfter Gestaltungsaufwand muss für all diese Aspekte also nicht betrieben werden. Es reicht die „normale“ einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung, sei sie umfassend oder gegenständlich beschränkt. Eine genauere Spezifizierung der Befugnisse ist nicht erforderlich; die „geltungserhaltende Reduktion“ der in diesem Fall (noch) verwendbaren Standardklausel Testamentsvollstreckung auf die zuvor geschilderten Rechtswirkungen tritt automatisch ein.⁵⁹

2. Testamentsvollstreckung (auch) an der „Innenseite“: erhöhter Gestaltungsaufwand

Die vorstehend aufgeführten Gesichtspunkte bilden allerdings in der Regel nicht den Hintergrund für den Wunsch nach einer Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsbereich.

⁴⁵ A. A. offenbar BGH, NJW 1996, 1284 (1286).

⁴⁶ Ebenso *Faust*, DB 2002, 189 (194).

⁴⁷ *Lorz* in FS Boujong, 1996, S. 319 ff. (334).

⁴⁸ *Dörrie*, ZEV 1996, 370 (374); *Lorz* in FS Boujong, 1996, S. 319 ff. (326 f., 334).

⁴⁹ Vgl. *LG Mannheim*, ZEV 1999, 443 ff. mit zust. Anm. *Wenninger*, S. 445.

⁵⁰ Offengelassen in BGH, NJW 1989, 3152 (3155); zuletzt in BGH, NJW 1996, 1284 (1286), dort aber – zumal unter Verwendung entsprechender Fundstellen – noch erkennbar in Richtung der bisher h. L. tendierend.

⁵¹ DB 2002, 189 (195).

⁵² So schon *E. Klein*, DStR 1992, 294 (295).

⁵³ Vgl. BGH, NJW 1996, 1284 (1285).

⁵⁴ Näher hierzu *Ulmer*, JuS 1986, 856 (861) m. w. N.

⁵⁵ *D. Mayer* (Fn. 5), Rdnr. 160.

⁵⁶ Str., wie hier etwa *Reimann*, DNotZ 1990, 190 (194); a. A. *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 642; offen BGH, NJW 1989, 3152 (3153).

⁵⁷ *Nieder*, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 938 a. E.

⁵⁸ Vgl. *D. Mayer* (Fn. 5), Rdnr. 161.

⁵⁹ Vgl. BGH, NJW 1986, 2431 (2433).

Vielmehr ist der Gesellschafter-Erblasser bestrebt, durch sie hindurch über seinen Tod hinaus Einfluss auf das Schicksal seiner Gesellschaftsbeteiligung zu nehmen, um so eine effektive Fortführung seiner eigenen unternehmerischen Vorstellungen und Ziele zu erreichen. Gerade bei „Familiengesellschaften“ trifft so massives gestalterisches Verlangen auf eine massiv unklare Rechtslage. Dem kann der Berater zwar durch eine ganze Reihe von rechtlichen Hinweisen im Gefolge einer schlichten Testamentvollstreckungsklausel begegnen, schon um eine drohende Haftung zu vermeiden.⁶⁰ Es bleibt aber der bittere Beigeschmack einer Kapitulation des Kautelarjuristen vor dem geltenden Recht.⁶¹

a. Umgehung der Problematik durch Ersatzlösungen

aa. Klassische Ersatzlösungen: Vollmachten- oder Treuhandmodell

Die tradierten Möglichkeiten, die aufgrund der Rechtsprechung bestehenden Lücken in den Testamentvollstreckerkompetenzen zu schließen, sind die „Vollmachtenlösung“ und die „Treuhandlösung“. Bei der Vollmachtenlösung bevollmächtigen entweder der Gesellschafter-*Erbe* nach dem Erbfall oder der Erblasser im Wege der postmortalen Vollmacht – jeweils mit der notwendigen Zustimmung der Mitgesellschafter – den Testamentvollstrecker zur Ausübung der Mitgliedsrechte. Der Testamentvollstrecker kann somit als Vertreter des Erben diesen mit seinem Privatvermögen verpflichten.⁶² Bei der Treuhandlösung wird dem Testamentvollstrecker der Gesellschaftsanteil durch den Gesellschafter-*Erben* treuhänderisch, ebenfalls mit der einzuholenden Zustimmung der Mitgesellschafter, übertragen. Der Testamentvollstrecker nimmt dann die Mitgliedsrechte in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung wahr;⁶³ er hat im Innenverhältnis einen Anspruch gegen den Erben auf Ersatz seiner Aufwendungen nach § 670 BGB.⁶⁴

Für beide Lösungen existieren praktikable Formulierungsvorschläge, auf die hier nur verwiesen werden soll.⁶⁵ Denn der rechtliche Bestand beider Varianten ist überaus fraglich. Die Vollmacht muss aus Effektivitätsgründen unwiderruflich sein;⁶⁶ dies ist problematisch,⁶⁷ zumal ein Widerruf aus wichtigem Grund immer zulässig ist und die Frage nach dessen Vorliegen im Falle eines Falles mehr Probleme aufwerfen als die Vollmachtenlösung je zu beseitigen imstande sein wird. Eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht verstößt gegen das Abspaltungsverbot des § 717 Satz 1 BGB. Eine postmortale Vollmacht für den Testamentvollstrecker scheidet überdies an § 2206 BGB. Bei der Treuhandlösung dürfte sich nur schwer ein Testamentvollstrecker finden lassen, der quasi dem Charakter seines Amtes widersprechend eine persönliche Haftung eingehen würde.⁶⁸ Beide Ersatzlösungen lassen sich zudem gegen den Willen des Erben praktisch nicht durchsetzen,

weil die rechtliche Zulässigkeit der hierfür erforderlichen erbrechtlichen Druckmittel (Auflage, bedingte Erbeinsetzung) höchst fraglich und umstritten ist.⁶⁹ Ob Vollmacht- und Treuhandlösung zudem den Kernbereich der Mitgliedschaft überwinden würden, ist fraglich. Aus Gründen der Übersicht bleiben diese beiden Varianten im weiteren Verlauf außer Betracht.

bb. Die Vermächtnislösung

Eine weitere, primär erbrechtliche Ersatzlösung könnte darin bestehen, dem als Gesellschafternachfolger Vorgesehenen die Beteiligung schlicht im Vermächtniswege zuzuwenden. In diesem Fall scheidet die Nachfolgeklausel;⁷⁰ sie kann aber (falls dies nicht sicherheitshalber im Gesellschaftsvertrag ohnehin geregelt ist oder nur eine Eintrittsklausel vereinbart wird) im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als rechtsgeschäftliche Eintrittsklausel anerkannt werden.⁷¹ Die Beteiligung selbst fällt dann nicht in den Nachlass.⁷² Der Testamentvollstrecker kann an der Vermächtniserfüllung mitwirken, der Eintritt des oder der Erben dabei von den entsprechenden Bedingungen abhängig gemacht werden. Dies ist vom Erblasser aber zumeist nicht gewollt, da er seinen Nachfolger automatisch an seine Stelle gerückt sehen will, während die Testamentvollstreckung bei einer Eintrittsklausel den zunächst den Mitgesellschaftern treuhänderisch zugefallenen Gesellschaftsanteil mangels Nachlasszugehörigkeit zunächst nicht erfasst. Einer Vermächtnislösung stehen schließlich und vor allem gravierende steuerliche Nachteile im Wege: Denn etwaiges Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafter-Erblassers ginge – anders als seine Gesellschaftsbeteiligung im Falle der Eintrittsklausel, die ja treuhänderisch den übrigen Gesellschaftern zufällt – vor Vermächtniserfüllung zunächst direkt auf den oder die Erben über. Die Folge ist, dass dann etwa vorhandene stille Reserven aufgedeckt werden und als Entnahmegewinn, der noch dem Erblasser zuzurechnen sein würde, zu versteuern wären.⁷³

cc. Lebzeitige Umwandlung: GmbH und GmbH & Co. KG

Die einfachste, gleichzeitig radikalste Möglichkeit, dem Minenfeld der Testamentvollstreckung bei Personengesellschaftsbeteiligungen aus dem Wege zu gehen, besteht in der lebzeitigen Umwandlung der Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, bevorzugt eine GmbH. Die Testamentvollstreckung an GmbH-Geschäftsanteilen, auch bei einer personalistisch strukturierten GmbH, ist nach allgemeiner Auffassung⁷⁴ in vollem Umfang zulässig,⁷⁵ wenngleich die

⁶⁰ Vgl. D. Mayer, ZIP 1990, 976 (978); ders. (Fn. 5), Rdnr. 204; E. Klein, DStR 1992, 326 (328). Siehe auch das nachfolgende Formulierungsbeispiel 3 [unten 3. c)].

⁶¹ Ähnl. krit. auch Lorz in FS Boujong, 1996, S. 319 ff. (S. 324 f.).

⁶² Vgl. Weidlich, ZEV 1994, 205 (210).

⁶³ Vgl. Weidlich, ZEV 1994, 205 (211).

⁶⁴ MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 31.

⁶⁵ Vgl. etwa D. Mayer (Fn. 5), Rdnr. 173; Riegger in Heidenhain/Meister, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Form. III 10.14.

⁶⁶ Vgl. Weidlich, ZEV 1994, 205 (210).

⁶⁷ Vgl. Nieder (Fn. 57), Rdnr. 939.

⁶⁸ E. Klein (Fn. 37), § 45 Rdnr. 48.

⁶⁹ Vgl. Nieder (Fn. 57), Rdnr. 939; E. Klein (Fn. 37), § 45 Rdnr. 48, beide mit ausf. w. N.

⁷⁰ BGH, NJW 1978, 264 (264).

⁷¹ BGH, NJW 1978, 264 (265). Ein unmittelbarer Erwerb von Todes wegen durch den Vermächtnisnehmer scheidet aber auch im Falle einer ausdrücklich um den Fall der vermächtnisweisen Zuwendung einer Gesellschaftsbeteiligung erweiterten Nachfolgeklausel stets an § 2174 BGB; vgl. etwa Nieder in Langenfeld, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4/II, 3. Aufl. 1992, Form. XVI 10.8. m. w. N.

⁷² Siehe oben Fn. 2.

⁷³ Vgl. zum Ganzen L. Schmidt, EStG, 22. Aufl. 2003, § 16 Rdnr. 672 ff.

⁷⁴ Vgl. etwa BGH, NJW 1959, 1820 (1820); Nieder (Fn. 57), Rdnr. 942; ausf. Priester in FS Stimpel, 1985, S. 463 ff.

⁷⁵ Allerdings soll sich nach h. M. auch hier eine Einschränkung durch den „Kernbereich“ der Mitgliedschaftsrechte ergeben; vgl. Nieder (Fn. 57), Rdnr. 942; D. Mayer (Fn. 5), Rdnr. 232. Dies ist mit der hier vertretenen Auffassung konsequenterweise abzulehnen.

erbrechtlichen Beschränkungen, insbesondere gem. §§ 2206 Abs. 1 Satz 1, 2205 Satz 3, bleiben.⁷⁶ Auch besteht die Möglichkeit statutarischer Einschränkung der Testamentsvollstreckerkompetenzen.⁷⁷

Wie stets bei solchen „Radikallösungen“ besteht aber auch hier die Gefahr, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die Rechtsform einer Personengesellschaft wird aus verschiedenen Gründen meist bewusst gewählt (Familiengesellschaften!). Die Gesellschafter werden in aller Regel nicht bereit sein, ohne Not die Gesellschaftsform zu ändern und sich damit auch der betriebsverfassungsrechtlichen sowie steuerlichen Vorteile zu berauben, die gerade Personengesellschaften, zumal im hier untersuchten Bereich der Rechtsnachfolge, bieten. Dies gilt umso mehr, als das Bedürfnis nach Regelung insoweit nur bei einem oder einzelnen der Mitgesellschafter vorliegen wird und die anderen Gesellschafter zu Recht einwenden werden, dass auch die entsprechende Lösung so weit wie möglich nur bei den Betroffenen ansetzen darf. Die Umwandlungslösung käme also höchstens für eine KG mit nur einer natürlichen Person als Komplementär oder aber in einer beteiligungsidentischen GmbH in Betracht. Die ursprünglichen Vollhaftbeteiligungen in der OHG würden sich je auf die Gesellschafterstellung in der Komplementär-GmbH, gegebenenfalls verbunden mit der Berufung zum Geschäftsführer, und einen zusätzlichen Kommanditanteil „verteilen“. Die testamentvollstreckungsgünstigste Variante wäre dabei die so genannte Einheitsgesellschaft, bei der die KG kraft Sacheinlage der Komplementärgeschäftsanteile alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH mit der Folge ist, dass die Geschäftsführung der KG (einschließlich der Ausübung der Gesellschafterstellung in der GmbH) allein durch die Geschäftsführer der GmbH erfolgt. Wegen der über § 172 Abs. 6 HGB drohenden Haftungsgefahren für alle Gesellschafter wird diese Lösung allerdings gegenüber einer normalen, beteiligungsidentischen GmbH an Attraktivität verlieren, zumal bei allen Umwandlungslösungen nochmals daran erinnert werden muss, dass das Problem der Testamentsvollstreckung für die Gesellschafter nicht Dreh- und Angelpunkt des Gesellschaftsvertrages ist. Alles in allem stellt die GmbH & Co. KG gleichwohl – nicht zuletzt im Hinblick auf die nunmehrige Zulassung der Testamentsvollstreckung an Kommanditbeteiligungen und damit entsprechende Annäherung an die bisher schon gegebene Situation bei GmbH-Geschäftsanteilen – eine für die Nachlasssteuerung durch Testamentsvollstreckung durchaus geeignete Rechtsform dar.⁷⁸

dd. Umwandlung post mortem

Aus den zuvor genannten Erwägungen dürfte auch eine post-mortale Umwandlung der Personengesellschaft in eine GmbH mit dem Ziel, dem Testamentsvollstrecker mehr Mitwirkungsrechte auch auf der „Innenseite“ zu geben, nicht weiter führen. Die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers erstreckte sich allerdings auf den Geschäftsanteil (arg. ex §§ 202 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Satz 1 UmwG), und zwar in dem vorstehend beschriebenen, für GmbH-Geschäftsanteile weiten Umfang. Sofern keine letztwilligen oder gesellschaftsvertraglichen Einschränkungen bestehen, ergäbe sich eine Kompetenzbeschränkung gesetzlich nämlich nur aus dem jeweils geltenden Haftungsregime. § 128 HGB gilt aber für die derart umgewandelten Personengesellschaftsbeteiligung nicht mehr;

er kann nicht „mit hintübergenommen“ werden.⁷⁹ Fraglich ist dann aber, ob der Testamentsvollstrecker an einem solchen Umwandlungsbeschluss ohne Zustimmung des Erben, dessen Rechtsposition aufgrund der vorstehend vertretenen Auffassung ja geschmälert wird, mitwirken darf. Immerhin findet auf diese Weise ein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte statt.⁸⁰ Nach der im Vordringen befindlichen,⁸¹ auch hier vertretenen Auffassung stellt dies aber gerade keine Kompetenzgrenze für den Testamentsvollstrecker dar.⁸²

In der Möglichkeit einer postmortalen Umwandlung unter Mitwirkung des Testamentsvollstreckers und ohne Zustimmung der Gesellschafter-Erben könnte demnach ein gangbarer Weg liegen, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers quasi durch die Hintertür auch auf die Innenseite der Beteiligung (wenngleich einer strukturell veränderten) zu erstrecken. Aber einerseits ist nicht sicher, ob der BGH die Sichtweise der Instanzenrechtsprechung akzeptieren wird. Andererseits stehen dieser Lösung wiederum die Interessen der anderen Gesellschafter entgegen, wie sie auch bei einer Umwandlung noch zu Lebzeiten des Gesellschafter-Erblassers, wie oben geschildert, bestehen. Eine entsprechende Umwandlungsverpflichtung vorab in den Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft aufzunehmen, dürfte sich deshalb – erst recht – nicht realisieren lassen. Wenn überhaupt, darf sich eine Umwandlungslösung, eine automatische zumal, daher im Ergebnis nur auf die Beteiligung des betroffenen Gesellschafter-Erblassers bzw. dessen Erben auswirken. Auf diese Weise käme man aber höchstens wieder zu einer GmbH & Co. KG (s. oben a) cc)).

b. Die Testamentsvollstreckung an einer Kommanditbeteiligung als Grundfall

Belässt man es deshalb grundsätzlich bei der Rechtsform der „reinen“ Personengesellschaft, so ist nach derzeitiger Rechtslage eine Testamentsvollstreckung am ehesten bei einer Kommanditbeteiligung darstellbar. Bei einer bestehenden KG würde sich nämlich für den Kommanditisten auch durch die lebzeitige Umwandlung in eine GmbH insoweit keine Verbesserung der Situation ergeben, als auch bei dieser der vorstehend diskutierte Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte nach noch h. M. testamentvollstreckungsfest sein soll.⁸³ Der Gesellschaftsvertrag muss eine Testamentsvollstreckung allerdings ausdrücklich zulassen, andernfalls die Mitgesellschafter dieser ad hoc zustimmen müssen, wozu in der akuten Situation indes keine Verpflichtung besteht. Ob eine ausdrückliche Regelung erforderlich ist oder bereits die Nachfolgeklausel eine solche Zustimmung umfasst, ist streitig.⁸⁴ Dem Notar kann dieser Streit gleich sein, da er dem Gebot des sichersten Weges zu folgen verpflichtet ist und er schon deshalb keine Interpretationslücke zulassen darf.

⁷⁹ A. A. Weidlich, MittBayNot 1996, 1 (2), jedoch tautologisch und daher abzulehnen.

⁸⁰ Insoweit zutreffend Weidlich, MittBayNot 1996, 1 (3).

⁸¹ Siehe die Nachweise in Fn. 44.

⁸² Vgl. insbesondere LG Mannheim, ZEV 1999, 443 (444 f.) (Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine AG).

⁸³ Siehe oben Fn. 37.

⁸⁴ Für Notwendigkeit einer ausdrücklichen Regelung zutreffend etwa MünchKommBGB/Ulmer (Fn. 7), § 705 Rdnr. 88 (anders noch ders., NJW 1990, 73 [75 f.]); MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 29; Stimpel in FS Brandner, 1996, S. 779 ff. (781); dagegen (Nachfolge- oder Übertragbarkeitsklausel ausreichend) etwa D. Mayer (Fn. 5), Rdnr. 157; ders., ZIP 1990, 976 (977). Nach K. Schmidt (Fn. 1), S. 1353, soll deshalb eine Gesellschafterzustimmung sogar insgesamt entbehrlich sein.

⁷⁶ Vgl. MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 43.

⁷⁷ Vgl. MünchKommBGB/Brandner, a. a. O.

⁷⁸ So schon E. Klein, DStR 1992, 292 (296).

Formulierungsvorschlag 1 (Testamentsvollstreckung, gegenständlich beschränkt auf Kommanditbeteiligung):

Ich ordne über meinen Nachlass

Testamentsvollstreckung

an. Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich ... , ersatzweise ...

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, meine Gesellschaftsbeteiligung an der Muster-KG zu verwalten, bis ... Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, sämtliche aus der Kommanditbeteiligung folgenden Rechte wahrzunehmen, wozu auch ein etwaiges Gesellschafterstimmrecht gehört. Ich stelle klar, dass sich die Testamentsvollstreckung auf meine sämtlichen zur Zeit des Erbfalls bei der Muster-KG etwa bestehenden Gesellschafterkonten erstreckt. Der Testamentsvollstrecker ist ohne Zustimmung des Erben jedoch nicht zu Beschlüssen oder sonstigen Maßnahmen berechtigt, die zu einer persönlichen Haftung des Erben führen oder führen können, insbesondere eine Rückgewähr der im Erbfall bestehenden Kommanditeinlage zu veranlassen oder an Beschlüssen über deren Erhöhung mitzuwirken. Für solche Maßnahmen bedarf jedoch auch der Erbe der Zustimmung des Testamentsvollstreckers.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die vorstehende letztwillige Anordnung von Testamentsvollstreckung über eine Gesellschaftsbeteiligung für ihre volle Wirksamkeit der Zulassung im Gesellschaftsvertrag zur Zeit des Erbfalls, ersatzweise der Zustimmung der Mitgesellschafter nach dem Erbfall, bedarf, andernfalls die Wirkung der Testamentsvollstreckung auf einzelne Rechtsfolgen, die vom Notar erläutert wurden, beschränkt ist. Der Notar hat ferner darauf hingewiesen, dass die Auffassung vertreten wird, alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten, wie etwa Stimm-, das Gewinnrecht und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös (so genannte Kernrechte der Mitgliedschaft), könnten nur durch den Erben selbst oder jedenfalls mit dessen Zustimmung aufgehoben, erweitert oder sonst verändert werden.

Formulierungsvorschlag 2 (Gesellschaftsvertragliche Zulassung der Testamentsvollstreckung an einer Kommanditbeteiligung):

§ ... (Tod eines Gesellschafters)

... (einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel).

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung an der Beteiligung eines Kommanditisten ist zulässig. Das Amt des Testamentsvollstreckers darf jedoch stets nur durch eine einzige natürliche Person wahrgenommen werden. Etwaige höchstpersönliche Sonderrechte des Kommanditisten gehen weder auf den oder die Erben noch den Testamentsvollstrecker über (folgt Hinweis auf die Kernrechte der Mitgliedschaft; vgl. Vorschlag Nr. 1. a. E.).

c. Die Testamentsvollstreckung an einer Vollhaftbeteiligung: Kommanditbeteiligung als Vorbild und Gestaltungsziel

Für persönlich haftende Gesellschafter-Erblasser lassen sich diese Klauseln nach dem derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Schrifttum, wie dargestellt, nicht unbesehen verwenden. Vor diesem Hintergrund muss es das erklärte Ziel des Kautelarjuristen sein, automatisch eine Situation beim Gesellschafter-Erben herbeizuführen, die der Rechtslage bei der

Kommanditistennachfolge entspricht – sofern man nicht auf eine der vorstehend unter a) genannten, zumeist aber dem Klienten nicht vermittelbaren Ausweichlösungen zurückgreifen will. Dies kann entweder durch Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis beim Erben, flankiert durch die Erteilung von Prokura oder Generalvollmacht an den Testamentsvollstrecker und die Verlängerung des Wahlrechts aus § 139 HGB, geschehen oder durch eine automatische Umwandlung der Beteiligung des persönlich haftenden Gesellschafters in eine Kommanditbeteiligung mit dem Erbfall. Dies alles muss, wie schon die Zustimmung zur Testamentsvollstreckung, im Gesellschaftsvertrag geregelt sein. Die erbrechtliche Testamentsvollstreckerklausel ist entsprechend universell auszugestalten und ergreift dann die Beteiligung ab dem Erbfall in ihrem jeweiligen Bestand.

Vor diesem Hintergrund unterscheidet sich die Formulierung der *letztwilligen Verfügung* hinsichtlich Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter nicht wesentlich von Vorschlag Nr. 1; das Geheimnis liegt in einer Harmonisierung mit dem Gesellschaftsvertrag (dazu sogleich unter aa) bis cc)).

Formulierungsvorschlag 3 (Testamentsvollstreckung, gegenständlich beschränkt auf Gesellschaftsbeteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters):

Ich ordne über meinen Nachlass

Testamentsvollstreckung

an. Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich ... , ersatzweise ...

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, meine Gesellschaftsbeteiligung an der Muster-OHG/GbR [Komplementärbeteiligung an der Muster-KG] in ihrem zur Zeit des Erbfalls gegebenen Bestand und Umfang zu verwalten, bis ... Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, sämtliche aus der Beteiligung folgenden Rechte wahrzunehmen. Ich stelle klar, dass sich die Testamentsvollstreckung auf meine sämtlichen zur Zeit des Erbfalls bei der Muster-OHG/GbR etwa bestehenden Gesellschafterkonten sowie auf eine von Todes wegen umgewandelte Gesellschaftsbeteiligung, sollte sie an die Stelle der bisherigen Beteiligung treten, einschließlich sämtlicher Konten, erstreckt.

Der Testamentsvollstrecker ist ohne Zustimmung des Erben jedoch nicht zu Beschlüssen oder sonstigen Maßnahmen berechtigt, die zu einer persönlichen Haftung des Erben führen oder führen können, insbesondere eine Rückgewähr einer im Erbfall kraft gesellschaftsvertraglicher Umwandlung etwa bestehenden Kommanditeinlage zu veranlassen oder an Beschlüssen über deren Erhöhung mitzuwirken. Für solche Maßnahmen bedarf jedoch auch der Erbe der Zustimmung des Testamentsvollstreckers.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass

1. die vorstehende letztwillige Anordnung von Testamentsvollstreckung über eine Gesellschaftsbeteiligung für ihre volle Wirksamkeit der Zulassung im Gesellschaftsvertrag zur Zeit des Erbfalls, ersatzweise der Zustimmung der Mitgesellschafter nach dem Erbfall, bedarf, andernfalls die Wirkung der Testamentsvollstreckung auf einzelne Rechtsfolgen, die vom Notar erläutert wurden, beschränkt ist;

2. auch für den Fall der Zustimmung durch die Mitgesellschafter zur Testamentsvollstreckung diese sich nach der derzeit geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht auf die Mitgliedschaftsrechte des Erblassers (Stimm-, Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte) er-

streckt und dass deshalb entsprechend reagierende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, etwa die Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung von Todes wegen, notwendig oder jedenfalls zweckmäßig sind;

3. die Auffassung vertreten wird, alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten, wie etwa Stimm-, das Gewinnrecht und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös (so genannte Kernrechte der Mitgliedschaft), könnten, auch im Falle einer Umwandlung nach vorstehendem Hinweis 2, nur durch den Erben selbst oder jedenfalls mit dessen Zustimmung aufgehoben, erweitert oder sonst verändert werden.

Ein derartiger „Hinweisfriedhof“, der schon rein optisch in keinem Verhältnis zum Ertrag der Gestaltung selbst steht, mag zwar nicht jedermanns Geschmack sein. In einem derart vertrackten Problemfeld wie dem hier behandelten stellt er aber eine nicht zu unterschätzende Serviceleistung für den Klienten und eine wertvolle Eigenhilfe zur Gedankendisziplinierung für den Notar dar.

aa. Automatischer Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Erbfall: Diskrepanz von Rechten und Pflichten

Um nun einer umfassenden Handlungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, der nach Maßgabe etwa der vorstehenden Klauseln eingesetzt wurde, nach dem Erbfall den Weg zu bahnen, könnte man *gesellschaftsvertraglich* vorsehen, dass für den Fall letztwilliger Anordnung von Testamentsvollstreckung über die Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafter-Erblassers dessen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Erbfall automatisch erlischt. Indem man so die Stellung des oder der Erben im Innenverhältnis einer Kommanditistenstellung annäherte, stellten sich die aus § 128 HGB im Verhältnis zum Testamentsvollstreckerhandeln resultierenden Haftungsprobleme nicht mehr.⁸⁵ Diese Lösung wird aber in der Praxis schon deshalb nicht gewünscht sein, weil ein Mitspracherecht des Testamentvollstreckers (der in diesem Fall ja auch nicht mehr Rechte als der Erbe hätte) im Zuge der vom Erblasser gewünschten Beteiligungskontinuität gerade bestehen soll. Eine solche Klausel dürfte ferner auf noch weniger Gegenliebe deshalb stoßen, weil sie zu einer Diskrepanz von Rechten und Pflichten beim Erben führt, die über das normale, der Testamentsvollstreckung immanente Maß hinausreicht: So haftete der Gesellschaftererbe in solch einem Fall zwar nicht aufgrund unmittelbar persönlich verpflichtenden Handelns des Testamentvollstreckers. Gleichwohl bleibt er über § 128 HGB in der Haftung für sämtliche anderen Gesellschaftsschulden, die seine Mitgesellschafter eingehen, hat aber weder selbst noch über seinen Testamentvollstrecker eigene Rechte. Dass zudem nicht zwingend ein Schutz vor der Organhaftung gem. § 31 BGB durch diese Konstruktion entsteht, ist bereits unter anderem Vorzeichen dargestellt worden.⁸⁶

Diese Diskrepanz lässt sich möglicherweise dadurch auflösen, dass man einen (geschäftsführungs- und vertretungsbefugten) Mitgesellschafter zum Testamentsvollstrecker bestellt oder einem Testamentvollstrecker außerhalb des Gesellschafterkreises Generalvollmacht oder Prokura durch die anderen *Gesellschafter* erteilt wird.⁸⁷ Im ersten Fall wird aber le-

diglich ein Problem, nämlich das der Diskrepanz von Rechten und Pflichten, durch ein anderes, nämlich einen handfesten Interessenkonflikt, ausgetauscht. Im zweiten Fall ist zwar das Problem des § 128 HGB gelöst, da dann die persönliche Haftung des Gesellschaftererben nicht erbrechtlichen, sondern gesellschaftsrechtlichen Ursprungs ist (es ist dann unerheblich, ob „zufällig“ der Testamentsvollstrecker Prokurist oder Generalbevollmächtigter ist oder eine andere Person).⁸⁸ Auch ist man auf den Erben bei der Bestellung nicht angewiesen, wenn und weil er ja kraft Gesellschaftsvertrags seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse beraubt ist.⁸⁹ Gleichwohl bleibt es auch bei dieser Lösung bei einer Diskrepanz von Rechten und Pflichten, die den Erben nur zur Ausübung seines Wahlrechts gem. § 139 HGB in Richtung auf eine Kommanditbeteiligung drängen werden,⁹⁰ und sei es auch nur „vorsorglich“ aufgrund der Dreimonatsfrist des § 139 Abs. 3 HGB (dieses Wahlrecht ist als höchstpersönliches Recht des Erben der Testamentsvollstreckung entzogen⁹¹). Für den Vertragsgestalter ist diese Lösung auch deshalb unbefriedigend, weil sich die Prokuraerteilung bzw. Generalbevollmächtigung im Gesellschaftsvertrag nicht vorwegnehmen lassen und allenfalls eine entsprechende Verpflichtung der Mitgesellschafter in Betracht käme. Ferner ist mit der auf das Wohl der Gesellschaft verpflichteten Stellung als Prokurist oder Generalbevollmächtigter das Amt des Testamentsvollstreckers eines der Gesellschafter, der notfalls und zwingend (§ 2220 BGB) auch gegen Gesellschaftsinteressen zu handeln verpflichtet ist (§§ 2203, 2216 Abs. 1, 2218 Abs. 1 i. V. m. §§ 664 ff., 2219 Abs. 1 BGB), ontologisch kaum vereinbar. Und schließlich ist nach wie vor nicht sicher, ob die Rechtsprechung den persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn ihm die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen ist, einem Kommanditisten für Zwecke der Testamentsvollstreckung überhaupt gleichstellen wird.⁹² Der höchstrichterliche Topos der „Arbeits- und Haftungsgemeinschaft“⁹³ lässt dies, wenn auch zu Unrecht, eher zweifelhaft erscheinen.

bb. Risikominimierung durch Verlängerung und Präzisierung des Erbenwahlrechts nach § 139 HGB

Für den Beratungssuchenden dürfte sich das vorstehend analysierte Modell gleichwohl als attraktive Lösung darstellen. Denn auf diese Weise könnte noch am ehesten dem zumeist generell und mit dem Wunsch nach Testamentsvollstreckung im Besonderen geäußerten Bestreben des Klienten, „es solle alles möglichst so bleiben wie bisher“, Rechnung getragen werden. Der strukturelle Eingriff in dessen Beteiligung wäre hier weniger tiefgreifend als bei einer erbfallsbedingten Umwandlung. Auch gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob das potentielle Haftungsrisiko des derart „entmündigten“ Erben tatsächlich so groß ist, dass hier in Abweichung von der Regel des § 139 HGB *automatisch* von der persönlichen Haftung befreit werden müsste.⁹⁴ Der Notar muss dann aber auch das fast schon vorprogrammierte Dilemma des Gesellschafter-Erben berücksichtigen, nämlich entweder die Gefahr persönlicher Haftung ohne Einflussmöglichkeit auf dieselbe hinzunehmen oder – infolge der Dreimonatsfrist vorsorglich und

⁸⁸ Weidlich, ZEV 1994, 205 (211).

⁸⁹ Vgl. Weidlich, ZEV 1994, 205 (211).

⁹⁰ Vgl. Grunewald (Fn. 25), 1. B. Rdnr. 67 (dort Fn. 16).

⁹¹ Vgl. RGZ 170, 392 (395); MünchKommBGB/Brandner (Fn. 2), § 2205 Rdnr. 33; E. Klein, DSrR 1992, 292 (295); Faust, DB 2002, 189 (192).

⁹² So zu Recht Weidlich, ZEV 1994, 205 (212).

⁹³ Zuletzt BGH, NJW 1998, 1312 (1313).

⁹⁴ Vgl. Faust, DB 2002, 189 (192).

⁸⁵ Vgl. etwa Weidlich, ZEV 1994, 205 (207), sowie die Nachw. bei Dörrie, ZEV 1996, 370 (dort Fn. 12).

⁸⁶ Siehe oben II. 2.

⁸⁷ So der Vorschlag von Weidlich, ZEV 1994, 205 (211).

deshalb möglicherweise verfrüht – die Umwandlung seiner Beteiligung in einen Kommanditanteil zu verlangen. Diese Berücksichtigung geschieht am zweckmäßigsten dadurch, dass im Gesellschaftsvertrag das Recht des § 139 HGB schlicht über die gesetzliche Frist hinaus für die Dauer der Testamentsvollstreckung verlängert wird – freilich ohne die rückwirkende Haftungsbefreiung des § 139 Abs. 4 HGB,⁹⁵ sofern die Dreimonatsfrist überschritten wird.⁹⁶ Die Perpetuierung des Rechts aus § 139 HGB verdient den Vorzug gegenüber einem persönlichen Kündigungsrecht des Erben, da nur auf diese Weise ein Abfluss von Kapital aus der Gesellschaft in Gestalt von Abfindungszahlungen verhindert werden kann.⁹⁷ Angesichts der Tatsache, dass einerseits das Gesetz in § 139 Abs. 1 HGB die Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung nur in Grundzügen regelt, andererseits die Ausübung des Wahlrechts in den vorliegenden Fällen eher und noch dazu über längere Zeit droht, erscheint es angebracht, die Rechtsfolgen der Ausübung dieses Wahlrechts bereits im Gesellschaftsvertrag festzulegen. Regelungsbedürftig ist vor allem, was mit der „Einlage“ des Erblassers gemeint ist, die dem sein Wahlrecht ausübenden Gesellschaftererben als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.⁹⁸ Hiermit kann mit Blick auf Sinn und Zweck des § 139 HGB nur das gesamte der Gesellschaft vom Erblasser zur Verfügung gestellte Vermögen gemeint sein. Die auf dem Kapitalkonto des Erblassers gebuchten Beträge sind demnach als Hafteinlage ins Handelsregister einzutragen. Verbotswidrig vom Kapitalkonto entnommene Gelder oder noch nicht geleistete geschuldete Einlagen hat der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger zu begleichen. Umgekehrt kann der Erbe die Forderungen gegen die Gesellschaft geltend machen, sofern der Erblasser sie hatte (Darlehen, stehen gelassene Gewinne). In beiden Fällen erfolgt keine Hinzurechnung dieser Beträge zur Hafteinlage, da dies dem Sinn und Zweck des § 139 HGB (Vermeidung der Haftung auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft) zuwiderlaufen würde. Sollte sich auf diese Weise eine negative Einlage des Kommanditisten ergeben, so beträgt die Haftsumme 1 €. Sofern es um die Pflichteinlage (im Innenverhältnis) geht, hat der „neue“ Kommanditist die gleiche Summe in der Gesellschaft zu belassen, zu der auch der Erblasser verpflichtet war. Da die Testamentsvollstreckung regelmäßig auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt angeordnet sein wird, sollte dem Gesellschafter-Erben das Recht eingeräumt werden, nach Ablauf dieser Frist die Rückumwandlung der Kommanditistenstellung in die eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen.⁹⁹

Formulierungsvorschlag 4 (Gesellschaftsvertragliche Zulassung der Testamentsvollstreckung an einer Beteiligung mit Bestimmungen zum Wahlrecht gem. § 139 HGB):

§ ... (Tod eines Gesellschafters)

... (einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel).

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung an der Beteiligung des betreffenden Gesellschafters ist zulässig. Das Amt des Testamentsvollstreckers darf jedoch stets nur durch

eine einzige natürliche Person wahrgenommen werden. Etwaige höchstpersönliche Sonderrechte eines Kommanditisten gehen weder auf den oder die Erben noch den Testamentsvollstrecker über.

War der verstorbene Gesellschafter zum Zeitpunkt seines Todes persönlich haftender Gesellschafter der Gesellschaft und hat er von seinem Recht, von Todes wegen Testamentsvollstreckung an seiner Gesellschaftsbeteiligung anzuordnen, Gebrauch gemacht, so gelten ergänzend die nachfolgenden Bestimmungen:

1. Eine zum Todeszeitpunkt bestehende Vertretungs- und/oder Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafter-Erblassers erlischt mit dem Erbfall, ohne dass es eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses bedarf. Endet die Testamentsvollstreckung, so kann der betreffende Gesellschafter-nachfolger von den übrigen Gesellschaftern die Wiedereinräumung sowohl der Vertretungs- als auch der Geschäftsführungsbefugnis in dem zum Erbfall bestehenden Umfang verlangen.

2. Das Recht der Erben des Gesellschafters, gemäß § 139 HGB das Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung einer Kommanditistenstellung abhängig zu machen, wird für jeden der Erben je einzeln auf die Dauer der Testamentsvollstreckung verlängert. Der betreffende Erbe haftet jedoch persönlich für diejenigen Gesellschaftsverbindlichkeiten, die in dem Zeitraum zwischen dem Ablauf des dritten Monats nach Kenntnis des Erbfales und dem Einräumungsverlangen entstanden sind, unabhängig von ihrer Fälligkeit. Es wird klarstellend vereinbart, dass eine letztwillig verfügte Testamentsvollstreckung auch diese Kommanditbeteiligung erfasst, sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt.

3. Für den Fall, dass die Einräumung einer Kommanditistenstellung verlangt wird, gilt Folgendes: Sämtliche auf dem Kapitalkonto des Erblassers gebuchten Beträge sind als Hafteinlage ins Handelsregister einzutragen. Verbotswidrig vom Kapitalkonto entnommene Gelder oder noch nicht geleistete geschuldete Einlagen hat der Erbe des betreffenden Gesellschafters zu begleichen. Umgekehrt kann der Erbe die Forderungen gegen die Gesellschaft geltend machen, sofern der Erblasser sie hatte (z. B. Darlehen, stehen gelassene Gewinne). Sollte sich auf diese Weise eine negative Einlage des Kommanditisten ergeben, so beträgt die Haftsumme 1 €. Ist eine etwa bedungene Pflichteinlage höher, so hat der Erbe als Kommanditist die gleiche Summe in der Gesellschaft zu belassen, zu der auch der Erblasser verpflichtet war. Verlangt nur einer von mehreren Miterben die Einräumung einer Kommanditistenstellung, so gelten die vorstehenden Bestimmungen anteilig entsprechend der jeweiligen Erbquote.

4. Im Übrigen gelten für die Kommanditbeteiligung die gesetzlichen Bestimmungen.

5. Endet die Testamentsvollstreckung, so kann der betreffende Erbe, der sein Wahlrecht ausgeübt hat, von den übrigen Gesellschaftern die Wiedereinräumung einer Stellung als persönlich haftender Gesellschafter in dem zum Erbfall bestehenden Umfang verlangen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass nach der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist, ob sich eine Testamentsvollstreckung auf verbleibende Mitgliedschaftsrechte des Erblassers erstreckt, selbst wenn dem Erben des Gesellschafters die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis nach Maßgabe vorstehender Bestimmungen entzogen ist, und ferner,

⁹⁵ So *Faust*, DB 2002, 189 (193), unter Rückgriff auf einen entsprechenden Vorschlag von *Marotzke* (JZ 1986, 457 [468]).

⁹⁶ Die Haftungsbeschränkung innerhalb der Dreimonatsfrist ist zwingend; § 139 Abs. 5 HGB.

⁹⁷ Vgl. *Grunewald* (Fn. 25), 1. B. Rdnr. 69; *Faust*, DB 2002, 189 (193).

⁹⁸ Vgl. hierzu und im Folgenden ausf. *Grunewald* (Fn. 25), 1. B. Rdnr. 69, auch mit weiteren Nachweisen.

⁹⁹ Vgl. *E. Klein* (Fn. 37), § 45 Rdnr. 50; *ders.*, DStR 1992, 292 (296); *Weidlich*, ZEV 1994, 205 (213).

dass die Auffassung vertreten wird, alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten, wie etwa Stimm-, das Gewinnrecht und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös (so genannte Kernrechte der Mitgliedschaft), könnten auch im Falle der Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung nur durch den Erben selbst oder jedenfalls mit dessen Zustimmung aufgehoben, erweitert oder sonst verändert werden.

cc. Automatische Umwandlung der Vollhaftbeteiligung im Erbfall

Der rigorosere, jedoch auch ungleich ehrlichere Weg aus dem Haftungsdilemma besteht in der automatischen Umwandlung der Vollhaftbeteiligung in eine Kommanditbeteiligung unmittelbar mit dem Erbfall für den Fall, dass letztwillig Testamentsvollstreckung angeordnet wurde.¹⁰⁰ Sie beugt durch ihren Automatismus Streitigkeiten vor, etwa über die Notwendigkeit, das Wahlrecht aus § 139 auszuüben, einschließlich des ihm innewohnenden Erpressungspotentials sowie Streitigkeiten über die Frage, ob und wann das Wahlrecht tatsächlich ausgeübt wurde. Es bietet dem Erben Haftungssicherheit und beiden Seiten ausreichend Flexibilität: So braucht es folgerichtig keine Verpflichtung zur wie auch immer gearteten Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch die Gesellschaft, und umgekehrt besteht immer noch die Möglichkeit, unter Mitwirkung des Erben diesem nach dem Erbfall ad hoc eine „vollwertigere“ Beteiligung und dem Testamentsvollstrecker entsprechende Befugnisse zu verleihen. Schließlich befindet sich diese Lösung auf der „sichereren“ Seite, da sie von vornherein die in weiterem Umfang geklärte Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen durch die Rechtsprechung für sich ins Feld führen kann.¹⁰¹

Formulierungsvorschlag 5 (Gesellschaftsvertragliche Zulassung der Testamentsvollstreckung an einer Beteiligung mit automatischer Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung):

§ ... (Tod eines Gesellschafters)

... (einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel).

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung an der Beteiligung des betreffenden Gesellschafters ist zulässig. Das Amt des Testamentsvollstreckers darf jedoch stets nur durch eine einzige natürliche Person wahrgenommen werden. Etwaige höchstpersönliche Sonderrechte eines Kommanditisten gehen weder auf den oder die Erben noch den Testamentsvollstrecker über.

War der verstorbene Gesellschafter zum Zeitpunkt seines Todes persönlich haftender Gesellschafter der Gesellschaft und hat er von seinem Recht, von Todes wegen Testamentsvollstreckung an seiner Gesellschaftsbeteiligung anzuordnen, Gebrauch gemacht, so gelten ergänzend die nachfolgenden Bestimmungen:

1. Die zum Todeszeitpunkt bestehende Beteiligung des Gesellschafters-Erblassers wandelt sich mit dem Erbfall in eine Kommanditbeteiligung um, ohne dass es eines entsprechenden Gesellschaftersbeschlusses bedarf. Für die Kommanditbeteiligung gelten die gesetzlichen Vorschriften, sofern nichts Abweichendes vereinbart wird; insbesondere ist der Erbe von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Endet die Testamentsvollstreckung,

so kann der betreffende Gesellschafternachfolger von den übrigen Gesellschaftern die Rückumwandlung der Kommanditbeteiligung in eine solche als persönlich haftender Gesellschafter verlangen, und zwar in dem zum Erbfall bestehenden Umfang.

2. Für die Kommanditbeteiligung des Erben gilt Folgendes: Sämtliche auf dem Kapitalkonto des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes gebuchten Beträge sind als Hafteinlage ins Handelsregister einzutragen. Die Handelsregistereintragung ist unverzüglich nach dem Erbfall durch sämtliche Gesellschafter herbeizuführen. Verbotswidrig vom Kapitalkonto entnommene Gelder ... (weiter wie in Formulierungsvorschlag Nr. 4).

3. Sind mehrere Erben des Gesellschafters vorhanden, so findet die Umwandlung der Beteiligung jeweils anteilig statt und es gelten die vorstehenden Bestimmungen anteilig entsprechend der jeweiligen Erbquote.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Auffassung vertreten wird, alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten, wie etwa Stimm-, das Gewinnrecht und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös (so genannte Kernrechte der Mitgliedschaft), könnten auch im Falle der Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung nur durch den Erben selbst oder jedenfalls mit dessen Zustimmung aufgehoben, erweitert oder sonst verändert werden.

dd. Verbleibende Probleme

Beide zuvor dargestellten Lösungswege führen allerdings dann nicht zum gewünschten Erfolg, wenn die Vererbung einer Komplementärbeteiligung in einer KG im Raum steht und der Erblasser der einzige Komplementär ist. Macht nämlich der Erbe dieses Komplementärs von seinem – zumal dauerhaft verlängerten – Wahlrecht Gebrauch, so erlischt die Gesellschaft. Vergleichbares gilt, wenn sich die Beteiligung automatisch umwandeln soll. Dieses Risiko kann nur durch die Aufnahme einer „Reserve“-GmbH als Komplementärin minimiert werden, nachdem eine treuhänderische Übernahme der Komplementärbeteiligung durch den Testamentsvollstrecker wenig wahrscheinlich ist. Dies müsste bereits zu Lebzeiten geschehen, da andernfalls auch der nicht vertretungs- und geschäftsführungsberechtigte Gesellschafter-Erbe der Änderung des Gesellschafterkreises zustimmen müsste. Hierdurch wird wiederum deutlich, dass die ideale Lösung bei einer KG mit nur einer natürlichen Person als Komplementär ohnehin in der Umwandlung zu einer GmbH & Co. KG bereits zu Lebzeiten des Komplementär-Erblassers besteht (s. oben a) cc)). Bei einer GbR muss eine Umwandlung ebenfalls scheitern; gegebenenfalls ist hier vorab eine konstitutive Handelsregistereintragung in die Wege zu leiten, um über die OHG zur KG zu kommen.

Für *alle* zuvor genannten Gestaltungen gilt auch, dass ihr Erfolg jedenfalls dann gefährdet ist, wenn der Gesellschafter-Erbe vor dem Erbfall schon Mitgesellschafter war. Wenngleich nicht mehr mit der früheren Rigorosität abgelehnt, so existiert das Dogma der zwingend einheitlichen Beteiligung doch weiterhin.¹⁰² Es ist allerdings auch nicht ersichtlich, dass

¹⁰⁰So schon *E. Klein* (Fn. 37), § 45 Rdnr. 50; *ders.*, *DStR* 1992, 292 (296); ihm folgend etwa *D. Mayer* (Fn. 5), Rdnr. 171; *Weidlich*, *ZEV* 1994, 205 (212 ff.). Zur Zulässigkeit der automatischen Umwandlung vgl. *BGH*, *NJW* 1987, 3184 (3185).

¹⁰¹Vgl. nur *Weidlich*, *ZEV* 1994, 205 (212).

¹⁰²Vgl. *Lorz*, *ZEV* 1996, 113; ausf. *Lüttge*, *NJW* 1994, 5 ff. Der Erbrechtssenat des BGH hat in *NJW* 1989, 3152 (3155) ausdrücklich offen gelassen, ob er der neueren Auffassung zuneigt, während der Gesellschaftsrechtssenat, wenn auch nicht zur Gänze, eine Mehrfachbeteiligung für die hier diskutierten Fälle nunmehr zulassen will, *NJW* 1996, 1284 (1285 f.). Mit Recht für eine „vermögensmäßige“ Trennung der vorhandenen und der ererbten Gesellschaftsbeteiligung etwa *D. Mayer* (Fn. 5), Rdnr. 186.

die bewusste Anordnung einer solche Konstellation besonders häufig wäre: Wenn jemand zuvor bereits „würdig“ war, persönlich Eingang in den Kreis der Gesellschafter zu finden, wird dieser in der Regel auch für den Hinzuerwerb von Todes wegen nicht mehr unter die Kuratel einer Testamentsvollstreckung gestellt werden müssen. Bei Familiengesellschaften und/oder steuerlich motivierten Anteilsverschiebungen mag dies allerdings einmal anders sein.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die rechtlich zulässige Reichweite einer Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Nur im Bereich von Kommanditanteilen herrscht einigermaßen Klarheit, wenngleich auch hier das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Darüber hinaus ist wenig wahrscheinlich und bleibt nur zu hoffen, dass die Judikatur des BGH zu Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter entsprechend konvergiert. In der Praxis sollte jedenfalls davon Abstand genommen werden, im Zuge einer Nachfolgeklausel eine vollhaftende Beteiligung an einer Personengesellschaft unbeschadet einer Verwaltungstestamentsvollstreckung unterstellen zu wollen.¹⁰³

Als „große“ Lösung bietet sich die lebzeitige Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft an, was jedoch kaum als problemadäquat bezeichnet werden kann. Bei einer KG mit nur einem persönlich haftenden Gesellschafter(erblasser) sollte eine Umstellung auf eine GmbH & Co. KG noch zu Lebzeiten des Komplementärs erwogen werden. Im Übrigen lässt sich die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil derzeit am einfachsten darstellen, weshalb auch alle anderen „post-mortalen“ Lösungen bei der Vererbung von Vollhaftbeteili-

gungen hierauf abzielen sollten. Die Gesellschaftsstruktur am wenigsten verändernd ist dabei eine Lösung, die für den Fall letztwilliger Anordnung von Testamentsvollstreckung den Gesellschafter-Erben gesellschaftsvertraglich im Innenverhältnis durch Entzug von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis einem Kommanditisten annähert und zugleich das Wahlrecht aus § 139 HGB verlängert. Am „ehrlichsten“ und deshalb weiterhin vorzugswürdig ist jedoch die Variante, die mit dem Tod des Gesellschafter-Erblassers gesellschaftsvertraglich eine automatische Umwandlung von dessen Vollhaft- in eine Kommanditbeteiligung auf die Dauer der Testamentsvollstreckung vorsieht.

Für alle Fälle ist die ausdrückliche Zustimmung der Mitgesellschafter zu einer etwaigen Testamentsvollstreckung erforderlich, die in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollte. Eine sinnvolle erbrechtliche Beratung eines Personengesellschafters ist deshalb auch hier¹⁰⁴ nur in einer „Gesamtlösung“ unter Einbeziehung der zugrunde liegenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen möglich.

Was bleibt, ist eine Bestätigung der Erkenntnis, dass eine vollständige Bewältigung der Problematik „Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen“ kautelarjuristisch kaum möglich und eine Entschärfung eher de lege als de iurisdictione ferenda wünschenswert ist. Eine gesetzliche Spezialitätsregel würde hier schon viel bewirken und so der bekannten *von Kirchmanns*chen Parömie von den drei berichtigen Worten des Gesetzgebers¹⁰⁵ zu neuen Ehren verhelfen.

¹⁰³So resignierend *Nieder* (Fn. 57), Rdnr. 939.

¹⁰⁴Bekannter ist die Haftungsfalle der letztwilligen Verfügung über eine Beteiligung, obwohl diese überhaupt nicht vererblich gestellt ist oder im Erbfall bestimmten Beschränkungen (Erwerbsrechten o. ä.) unterliegt.

¹⁰⁵Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847/48, neu hrsg. v. Klenner, 1990, S. 23.

KURZE BEITRÄGE

Nachträgliche Grunderwerbsteuerbelastung bei einem Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 18.12.2002, II R 13/01¹ –

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Pappenheim

Ein Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz führt nach heute ganz herrschender Meinung nicht zu einem Rechtsträgerwechsel und löst infolgedessen grundsätzlich auch keine Grunderwerbsteuer aus. Dies gilt sowohl für den homogenen als auch für den heterogenen Formwechsel.² Das Urteil des BFH vom 18.12.2002, II R 13/01, verdeutlicht jedoch, dass gleichwohl auch beim Formwechsel grunderwerbsteuerliche Gefahren drohen können, die es zu erkennen gilt.

Die Gefahren haben sich – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – seit In-Kraft-Treten des § 5 Abs. 3 GrEStG³ und des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG⁴ noch erhöht. Das BFH-Urteil, welches noch zur alten Rechtslage ergangen ist, gibt daher Anlass, auf die grunderwerbsteuerlichen Risiken beim Formwechsel hinzuweisen.⁵

I. Übergang auf eine Gesamthand, § 5 GrEStG

1. Alte und neue Rechtslage im Überblick

§ 5 Abs. 1 GrEStG stellt die Überführung von Bruchteilseigentum und § 5 Abs. 2 GrEStG die Überführung von Alleineigentum in Gesamthandseigentum von der Grunderwerbsteuer frei, soweit der Einbringende nach der Grundstücksübertragung im gleichen Verhältnis am Grundstück berechtigt ist wie zuvor. Grunderwerbsteuer wird also nur insoweit erhoben, als die anderen an der Gesamthand Beteiligten durch den Übertragungsvorgang eine (anteilige) Berechtigung am Grundstück erhalten, welche ihnen zuvor nicht zustand.⁶

Nach § 5 Abs. 3 GrEStG werden jedoch die Begünstigungen des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG ganz oder teilweise ausgeschlossen, wenn sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert.

§ 5 Abs. 3 GrEStG wurde im Zuge des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 in das Gesetz eingeführt, um das bedeutende Befreiungspotential der § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG für Erwerbsvorgänge, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht

werden, weit über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinaus einzuschränken.⁷ Vor In-Kraft-Treten des § 5 Abs. 3 GrEStG⁸ versagte der BFH im Wege der teleologischen Reduktion die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG insbesondere dann, wenn und soweit der Übertragende entsprechend einem vorgefassten Plan in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang (12–15 Monate) mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand seine Gesellschafterstellung auf einen anderen übertrug oder sich seine vermögensmäßige Beteiligung – z. B. durch Neuaufnahme von Gesellschaftern oder durch Kapitalerhöhung, an der der Übertragende nicht teilnahm – verringerte.⁹

Für die nach dem 31.12.1999 verwirklichten Erwerbsvorgänge gilt § 5 Abs. 3 GrEStG (§ 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG).¹⁰ Nach dieser Neuregelung sind die Begünstigungen des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG insoweit nicht anzuwenden, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert.¹¹ Auf einen vorgefassten Plan kommt es *nicht* mehr an. Damit ist für das Grunderwerbsteuerrecht ein bedeutendes Befreiungspotential entfallen, weil nicht nur die bisher ins Auge gefassten Umgehungsfälle, sondern sämtliche Anteilsreduzierungen des Einbringenden erfasst werden. Sofern also keine anderweitige Befreiungsvorschrift eingreift, kann innerhalb der ersten fünf Jahre seit der Grundstücksübertragung keine Veränderung in den Beteiligungen am Vermögen der Gesamthand und keine Umstrukturierungsmaßnahme, welche eine Anteilsreduzierung des Einbringenden zur Folge hat, ohne Grunderwerbsteuerbelastung mehr durchgeführt werden.¹²

⁷ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 1; zur früheren Rechtsprechung vgl. nachfolgende Ziff. 4. a.; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 106.

⁸ Gem. § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG ist § 5 Abs. 3 GrEStG erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden.

⁹ Ferner wurde § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG versagt, wenn der Übertragende durch (gesellschafts-)vertragliche Abreden im Ergebnis wirtschaftlich so gestellt war, als sei er während der Dauer seiner Beteiligung an der Gesamthand und bei deren Beendigung nicht wie ein Eigentümer (anteilig) an den Wertverhältnissen des Grundstücks beteiligt gewesen; vgl. BFH, BStBl II 1991, 394; BStBl II 1997, 87; vgl. hierzu ferner *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 15 m. w. N.; *Hofmann*, § 5 Rdnr. 13 ff.; *Boruttau/Viskorf*, § 5 Rdnr. 51.

¹⁰ FinMin. Baden-Württemberg, Erlass v. 14.2.2002, DStR 2002, 360.

¹¹ Verfahrensrechtlich stellt eine Anteilsreduzierung im Sinn des § 5 Abs. 3 GrEStG, welche den Finanzbehörden anzuzeigen ist (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG), ein rückwirkendes Ereignis im Sinn von § 175 Abs. 2 AO dar, das verfahrensrechtlich zur Aufhebung oder Änderung des Steuerbescheides gemäß § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO führt; *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 25; *Hofmann*, § 5 Rdnr. 34.

¹² *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 21. Somit werden durch die Vorschrift auch Umstrukturierungen erfasst, denen keine Steuerumgehungsabsicht immanent ist. Dies belegt, dass die Vorschrift lediglich auf fiskalischen Erwägungen beruht; ebenso *Hörger/Mentel/Schulz*, DStR 1999, 1305.

¹ MittBayNot 2003, 501 (in diesem Heft).

² Unter homogenem Formwechsel ist der Wechsel einer Kapital- bzw. Personengesellschaft in die Rechtsform einer anderen Kapital- bzw. Personengesellschaft zu verstehen (z. B. von einer GmbH in eine AG), während heterogener Formwechsel den Übergang von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft (z. B. von einer KG in eine GmbH) bzw. den umgekehrten Fall (z. B. von einer GmbH in eine KG) meint.

³ Art. 15 Nr. 3 des Gesetzes vom 24.3.1999; BGBl I, 402.

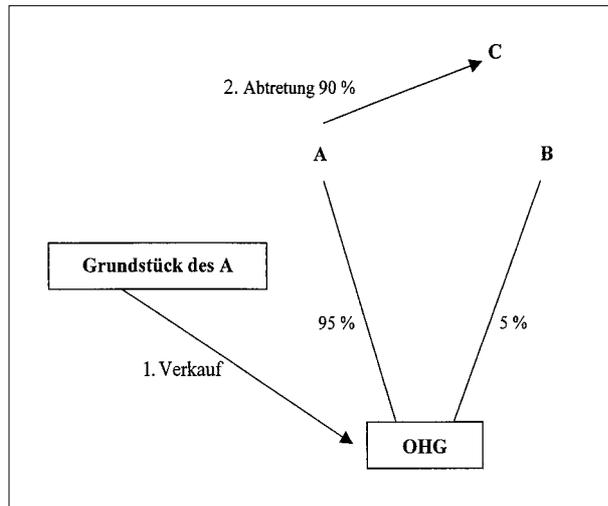
⁴ Art. 13 Nr. 3 StÄndG vom 20.12.2001; BGBl I, 1794.

⁵ Vgl. bereits *Gottwald*, NotBZ 2001, 285 ff.

⁶ Offen ist, ob die Befreiungsvorschrift auch für ausländische Gesamthandsgemeinschaften gilt; dies dürfte allenfalls zu bejahen sein, wenn ihre Struktur einer inländischen Gesamthand vergleichbar ist.

Beispiel:

An der A- und B-OHG sind A zu 95 % und B zu 5 % beteiligt. A veräußert an die OHG sein Grundstück zum Kaufpreis von 400.000 €. Zwei Jahre später überträgt A 90 % der OHG-Anteile auf C.

**Lösung:**

Für diesen Kaufvertrag ist die Grunderwerbsteuer wegen § 5 Abs. 2 GrEStG nur von 20.000 € zu bemessen (= 5 %). Verringert A nunmehr innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 % der Geschäftsanteile an C, so ist die Steuer aus dem anteiligen Kaufpreis von 360.000 € (= 90 %) nach § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu bemessen.¹³

Der Beispielsfall belegt, dass allein die Übertragung von weniger als 95 % der Geschäftsanteile (i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG) den Anfall von Grunderwerbsteuer noch nicht zwingend ausschließt.

Als **Formulierungsvorschlag** für eine etwaige Abtretungsurkunde bzw. als Gedankenstütze im Rahmen einer Checkliste bietet sich daher Folgendes an:

Die Gesellschaft hat innerhalb der letzten 5 Jahre von dem Veräußerer des Anteils keinen Grundbesitz erworben, für welchen die Vergünstigungen des § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 GrEStG in Anspruch genommen wurden.

Änderungen im Gesellschafterbestand einer Gesamthand bei Gewährung der Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG sind seit 1.1.2000 gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG durch den Steuerschuldner anzeigepflichtig.¹⁴

2. Umwandlungsvorgänge im Zusammenhang mit § 5 Abs. 3 GrEStG

Auch Umwandlungsvorgänge, welche innerhalb der Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 3 GrEStG erfolgen, können zur nachträglichen Versagung der Begünstigungen des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG führen.

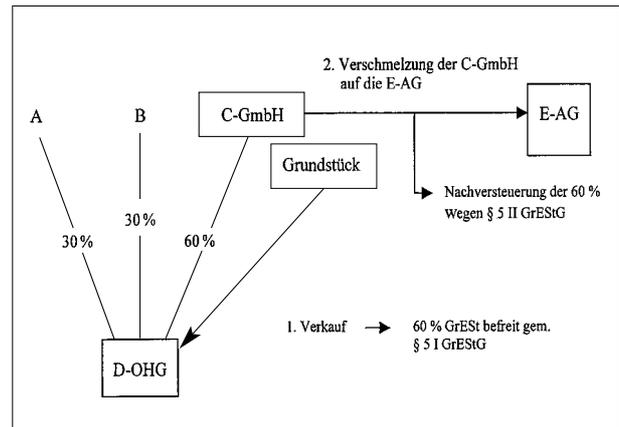
¹³ Sofern A 95 % der Anteile i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG an C abgetreten hätte, müsste die Anrechnungsbestimmung des § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG beachtet werden, wonach eine Doppelbesteuerung verhindert wird; vgl. hierzu den Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 26.2.2003, Tz. 7, abgedruckt in DStR 2003, 980 ff.

¹⁴ Bei einem Verstoß hiergegen droht insbesondere bei einer späteren Rückabwicklung die Sanktion aus § 16 Abs. 5 GrEStG.

a) Übertragende Umwandlungen

Beispiel:

Überträgt etwa eine Kapitalgesellschaft (C-GmbH) ihr Grundstück auf eine Personengesellschaft (D-OHG), an welcher die Kapitalgesellschaft beteiligt ist (begünstigt gemäß § 5 Abs. 2 GrEStG in Höhe der Beteiligungsquote), und geht anschließend die Gesellschafterstellung der Kapitalgesellschaft an dieser Personengesellschaft durch eine Verschmelzung – gleichgültig, ob im Wege der Aufnahme oder Neugründung – auf eine andere Kapitalgesellschaft (E-AG) über, so entfällt die Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG nachträglich. Dies gilt stets, wenn die Verschmelzung (auch ohne vorgefassten Plan) innerhalb der Fünfjahresfrist nach dem Übergang des Grundstücks auf die Personengesellschaft erfolgt.¹⁵



Die Versagung der Begünstigungen aus § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG kann aber bei Verschmelzungen dadurch vermieden werden, dass der grundbesitzhaltende Rechtsträger bzw. der Rechtsträger, der nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand die Begünstigungen des § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG in Anspruch genommen hatte (C-GmbH), als übernehmender Rechtsträger fungiert.¹⁶

b) Formwechsel

Auch formwechselnde Umwandlungen sind gefährlich.¹⁷ Zwar entsteht durch den Formwechsel selbst mangels Rechtsträgerwechsels keine Grunderwerbsteuer. Daher bedarf es auch der Anwendung des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht. Überführt jedoch ein Gesellschafter einer Personengesellschaft auf diese ein Grundstück, so entfällt nach h. M. die hierfür zunächst gewährte Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG nachträglich, wenn die Personengesellschaft im Anschluss an die Grundstücksübertragung innerhalb der Fünfjahresfrist in eine Kapitalgesellschaft formwechselnd umgewandelt wird. Durch die der Grundstücksübertragung nachfolgende formwechselnde Umwandlung wird zwar kein (weiterer) Erwerbsvorgang verwirklicht; die Umwandlung (Formwechsel) bewirkt jedoch, dass die gesamthänderische Beteiligung des übertragenden Gesellschafters entfällt.¹⁸ Der Formwechsel lässt somit gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich die ursprünglich gewährten Begünstigungen des § 5 Abs. 1 bzw. 2 GrEStG entfallen. Dies ist stets bei einem heterogenen Formwechsel von einer Person- in eine Kapitalgesellschaft zu beachten.

¹⁵ Es fällt somit Grunderwerbsteuer an, obwohl die verschmolzene GmbH selbst keinen Grundbesitz mehr hat.

¹⁶ Pahlke/Franz, § 5 Rdnr. 27.

¹⁷ Ausführlich Gottwald, NotBZ 2001, 285.

¹⁸ Hofmann, § 5 Rdnr. 18. Nunnmehr zählt nicht mehr der vorgefasste Plan, sondern ausschließlich die objektive Fünfjahresfrist; vgl. ferner FG Nürnberg, DStRE 17/2001, 933, zur Frage des Wegfalls der Vergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG bei einem Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft.

Eine ähnliche Problematik stellt sich auch, wenn etwa ein Einzelkaufmann seinen betrieblichen Grundbesitz in eine neu zu gründende GmbH einbringen möchte. Hier liegt die Überlegung nahe, dass der Einzelkaufmann den Grundbesitz zunächst Grunderwerbsteuerfrei in eine ihm gehörende GmbH & Co. KG einbringt (§ 5 Abs. 2 GrEStG) und anschließend einen vermeintlich ebenfalls Grunderwerbsteuerfreien Formwechsel in eine GmbH vornimmt. Grunderwerbsteuerfrei ist diese Gestaltung – soweit nicht § 42 AO aufgrund des vorgefassten Planes für einschlägig erachtet wird – nur, wenn zwischen der Einbringung des Grundbesitzes in die Personengesellschaft und dem nachgeschalteten Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft die Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 3 GrEStG beachtet wird.¹⁹ Folglich ist es trügerisch, allein aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Umwandlungsvorgang um einen Formwechsel handelt, von vornherein jegliche Grunderwerbsteuerrechtlichen Bedenken auszublenden.

Beim Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft bietet sich daher folgender **Formulierungsvorschlag** (bzw. Checklistenpunkt) an:

Die Personengesellschaft, die in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft im Wege des Formwechsels überführt werden soll, hat innerhalb der letzten fünf Jahre von keinem Gesellschafter Grundbesitz erworben und hierfür die Begünstigungen aus § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG in Anspruch genommen.

Hervorzuheben ist allerdings, dass die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 GrEStG bei der Tatbestandsverwirklichung des § 5 Abs. 3 GrEStG anwendbar sind. So entfällt die Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG nicht, wenn der Gesellschafter ein Grundstück in eine Personengesellschaft einbringt und danach innerhalb der Fünfjahresfrist seine Gesellschaftsanteile an seine Ehefrau und Kinder überträgt. Soweit die Anteile auf die Angehörigen übergehen, hätten diese ohnehin das Grundstück vom übertragenden Gesellschafter kraft Gesetzes (§ 3 Nr. 4 bzw. Nr. 6 GrEStG) Grunderwerbsteuerfrei erwerben können.²⁰

II. Übergang von einer Gesamthand, § 6 GrEStG

1. Alte und neue Rechtslage im Überblick

Nach § 6 Abs. 1 und 2 GrEStG wird die Überführung eines Grundstücks von einer Gesamthand in das Miteigentum (§ 6 Abs. 1 GrEStG) oder Alleineigentum (§ 6 Abs. 2 GrEStG) ihrer Gesamthänder von der Grunderwerbsteuer ausgenommen, soweit der jeweilige Erwerber vor dem Erwerb bereits am Grundstück beteiligt war. Außerdem stellt § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG den Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand Grunderwerbsteuerfrei, soweit bei beiden Gesamthandsgemeinschaften identische Gesellschafter mit deckungsgleicher Beteiligung vorhanden sind. Im Ergebnis wird die Grunderwerbsteuer also nur erhoben, soweit der Gesamthänder ein „Mehr“ am Grundstück erwirbt, als ihm zuvor wertmäßig zustand.

Mit der Sperrfrist des § 6 Abs. 4 GrEStG sollen Steuerumgehungen verhindert werden, die sich daraus ergeben könnten, dass der Wechsel im Personenbestand und die Änderungen der Beteiligungsverhältnisse einer Gesamthand grundsätzlich nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen.²¹ Der Tatbestand des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG ist erforderlich, da die Übertra-

gung eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand wegen der Grunderwerbsteuerlich selbständigen Rechtsträgerschaft der jeweiligen Gesamthand auch dann einen steuerbaren Tatbestand auslöst, wenn an beiden Gesamthandsgemeinschaften dieselben Personen beteiligt sind. § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG verlangt die Identität der Gesamthänder der übertragenden und erwerbenden Gesamthand, wobei jedoch eine vollständige Identität nicht erforderlich ist. Ausreichend ist es, wenn und soweit nur ein Gesamthänder an den beiden Gesamthandsgemeinschaften beteiligt ist.

Nach der *bisherigen Rechtsprechung* war jedoch erforderlich, dass der Gesamthänder der abgebenden Gesamthand mittels seiner Gesamthandsbeteiligung auch an der erwerbenden Gesamthand und damit weiterhin am Grundstückswert beteiligt blieb.²² Demgemäß lagen die Voraussetzungen für einen nach § 6 Abs. 3 GrEStG begünstigten Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere dann nicht vor, wenn und soweit ein an beiden Gesamthandsgemeinschaften Beteiligter mit dem Abschluss des Grundstücksübertragungsvertrages oder entsprechend einem vorgefassten Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang seine Gesellschafterstellung an der erwerbenden Gesamthand übertrug oder beschränkte.²³ Der Versagungstatbestand des § 5 Abs. 3 GrEStG konnte auf die Begünstigungen des § 6 GrEStG mangels Analogiefähigkeit nicht angewendet werden.²⁴ Die Sperrfrist des § 6 Abs. 4 GrEStG war ebenfalls nicht einschlägig, weil sie nur für Beteiligungen an der übertragenden Gesamthand galt.

Mit In-Kraft-Treten des § 5 Abs. 3 Satz 1 GrEStG (1.1.2000) gab es daher zunächst bei § 5 Abs. 1, 2 GrEStG und bei § 6 Abs. 3 GrEStG unterschiedliche Befreiungstatbestände: Beim Übergang eines Grundstücks von mehreren Miteigentümern auf eine Gesamthand (§ 5 Abs. 1 GrEStG) bzw. beim Übergang von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand (§ 5 Abs. 2 GrEStG) wurde die Steuer lediglich dann nicht erhoben, wenn sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand nicht verminderte (§ 5 Abs. 3 GrEStG). Dagegen war im Fall der Übertragung des Objekts von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand (§ 6 Abs. 3 GrEStG) die Grunderwerbsteuerbefreiung nur zu versagen, wenn gemäß einem vorgefassten Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung die gesamthänderische Beteiligung völlig oder teilweise durch Verminderung der Beteiligung aufgegeben oder durch Hinzutritt weiterer Gesamthänder verringert wurde. Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 3 GrEStG war im Rahmen des § 6 Abs. 3 GrEStG nicht möglich.²⁵

Dieses redaktionelle Versehen, auf welches in der Literatur frühzeitig hingewiesen wurde,²⁶ ist durch das Steueränderungsgesetz 2001 mit Wirkung ab dem 1.1.2002 korrigiert worden.²⁷ Durch § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG n. F. wurde für den Fall, dass sich nach Übertragung eines Grundstücks von einer Gesamthand auf die andere die Beteiligung eines Gesamthänders an der erwerbenden Gesamthand mindert, ebenfalls eine rein objektive fünfjährige Behaltensfrist eingeführt. Gestaltungen zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer sind damit

¹⁹ Pahlke/Franz, § 5 Rdnr. 28.

²⁰ Pahlke/Franz, § 5 Rdnr. 51; Gottwald, NotBZ 2001, 286.

²¹ Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 1; Hofmann, § 6 Rdnr. 15 ff.

²² Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 7; BFH/NV 1997, 146; BFH, MittBayNot 1999, 594.

²³ BFH/NV 1997, 146.

²⁴ Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 8; Gottwald, MittBayNot 1999, 595 f.

²⁵ Eingehend hierzu Gottwald, MittBayNot 1999, 595 m. w. N.

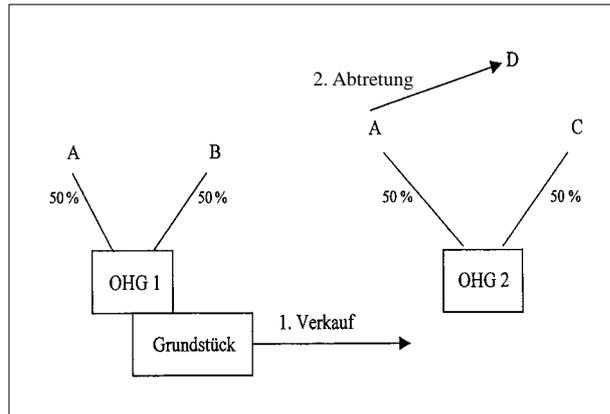
²⁶ Gottwald, MittBayNot 1999, 595 m. w. N.

²⁷ BStBl I 2001, 3806 ff.

seitdem auch im Bereich des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG zu nichte gemacht, soweit es sich um Erwerbsvorgänge handelt, die nach dem 31.12.2001 erfolgen (§ 23 Abs. 7 GrEStG).

Beispiel:

An der OHG 1 sind die Gesellschafter A und B zu je 50 % beteiligt. Die OHG 1 möchte ihr Grundstück auf C und D übertragen. Zu diesem Zweck gründen A und C die OHG 2, an der A und C zu je 50 % beteiligt sind. Jetzt verkauft die OHG 1 das Grundstück an die OHG 2. Anschließend tritt A seine Beteiligung an der OHG 2 an D ab.



Lösung:

Der Verkauf des Grundstücks von der OHG 1 an die OHG 2 (zunächst aus A und C bestehend) ist gemäß § 6 Abs. 3 GrEStG in Höhe von 50 % (Beteiligungsquote des A an der OHG 2) grunderwerbsteuerbefreit. Die anschließende Anteilsübertragung, d. h. die Abtretung der Beteiligung des A an der OHG 2 auf D, löst keine Grunderwerbsteuer aus, da nicht 95 % der Geschäftsanteile im Sinn des § 1 Abs. 2 a GrEStG übertragen werden. Es vereinigen sich auch nicht 95 % der Anteile in der Hand eines Erwerbers (§ 1 Abs. 3 GrEStG). Allerdings entfiel nach der bisherigen Rechtsprechung die 50%ige Begünstigung aus § 6 Abs. 3 GrEStG nachträglich, sofern das Ausscheiden des A entsprechend einem vorgefassten Plan im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag erfolgte. Nach der Neuregelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG n. F., welche für Erwerbsvorgänge nach dem 31.12.2001 gilt, entfällt die Steuerbefreiung dagegen unabhängig von einem vorgefassten Plan, sofern die fünfjährige Behaltensfrist missachtet wird.

2. Umwandlungsvorgänge

Ein Formwechsel ist – wie bereits erwähnt – nicht grunderwerbsteuerpflichtig, da kein Rechtsträgerwechsel erfolgt. Zu beachten ist jedoch auch hier, dass sogenannte „kreuzende“ Formwechsel von Personen- in Kapitalgesellschaften den Verlust der Begünstigungsmöglichkeiten des § 6 GrEStG (ebenso des § 7 GrEStG) zur Folge haben, weil das Vermögen der Kapitalgesellschaft – im Unterschied zur Personengesellschaft – nicht das Vermögen ihrer Gesellschafter ist.

Beispiel:

Wenn ein Grundstück von einer OHG auf eine beteiligungsidentische OHG übertragen wird, ist dieser Vorgang gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG steuerbefreit. Wird jedoch anschließend (binnen fünf Jahren) die erwerbende OHG im Wege eines Formwechsels in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, so entfällt gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG rückwirkend der Befreiungsstatbestand.

Der umgekehrte kreuzende Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft führt demgegenüber zu einem Hineinwachsen in die Anwendbarkeit des § 6 GrEStG (ebenso der §§ 5 und 7 GrEStG). Im Anschluss an einen nicht steuerbaren Formwechsel einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist daher –

vorbehaltlich des § 6 Abs. 4 GrEStG – ein nach § 6 GrEStG begünstigter Erwerb durch einen an der Personengesellschaft beteiligten Gesellschafter möglich.²⁸

§ 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG schließt die Steuervergünstigungen nach § 6 Abs. 1–3 GrEStG insoweit aus, als der erwerbende Gesamthänder innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Diese Einschränkung gilt nach § 6 Abs. 4 Satz 2 GrEStG auch insoweit, als die vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote innerhalb der letzten fünf Jahre vor Auflösung der Gesamthand vereinbart worden ist.²⁹ § 6 Abs. 4 GrEStG soll Steuerumgehungen vorbeugen, welche durch den steuerfreien Übergang von Anteilen an einer Gesamthand bzw. durch die steuerfreie Änderung der Beteiligungsverhältnisse bei einer Gesamthand konstruierbar wären.³⁰ Allerdings entfällt bei Änderungen des Beteiligungsverhältnisses bzw. der Auseinandersetzungsquote die Steuerbegünstigung nicht in vollem Umfang; entscheidend für das Ausmaß der Befreiung ist vielmehr das Beteiligungsverhältnis, das zuletzt mehr als fünf Jahre vor dem Grundstücksübergang bestanden hatte, bzw. die Auseinandersetzungsquote, die zuletzt mehr als fünf Jahre vor der Auflösung getroffen worden war.³¹

Hat die Gesamthand selbst noch keine fünf Jahre bestanden oder sind seit dem Erwerb des Grundstücks durch die Gesamthand noch keine fünf Jahre verstrichen, so scheidet eine Steuerumgehung objektiv aus. Deshalb ist § 6 Abs. 4 GrEStG dahingehend einschränkend auszulegen, dass die Vorschrift nicht gilt, wenn die Beteiligungsverhältnisse an der veräußernden Gesamthand seit ihrer Gründung oder seit Erwerb des abgegebenen Grundstückes unverändert geblieben sind.³²

III. Ausblick

Nach der Rechtsprechung des BFH zu §§ 5 und 6 GrEStG a. F. sind die Steuerbegünstigungen des § 5 bzw. 6 GrEStG dann nicht zu gewähren, wenn in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf eine erwerbende Gesamthand diese – entsprechend einer vorab zwischen den an der Gesamthand Beteiligten getroffenen Absprache – formwechselnd in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird. Nach den Neuregelungen in § 5 Abs. 3 GrEStG (seit 1.1.2000) bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG (seit 1.1.2002) ist jedoch bei Neufällen an die Stelle des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs eine wesentlich längere Fünfjahresfrist getreten. Bei dieser handelt es sich um eine objektive Frist, so dass auch dann die Steuerbegünstigungen versagt werden, wenn zuvor keine entsprechenden Abreden unter den Gesellschaftern bestanden hatten. Wenngleich der BFH in seinem Urteil vom 18.12.2002³³ die Frage ausdrücklich offen gelassen hat, ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung die neuen Vorschriften des § 5 Abs. 3 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG auf Streitfälle, die dem zeitlichen Anwendungsbe-

²⁸ Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 10; vgl. ferner zur Berechnung der Fünfjahresfrist BFH, DStR 2001, 1069 ff.

²⁹ Zur zeitlichen Berechnung der Fünfjahresfrist des § 6 Abs. 4 GrEStG vgl. BFH, DStR 2001, S. 1752 ff.

³⁰ Zu beachten ist jedoch, dass eine subjektive Umgehungsabsicht nicht erforderlich ist.

³¹ Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 23; Hofmann, § 6 Rdnr. 16.

³² Pahlke/Franz, § 6 Rdnr. 26; BFH, BStBl II 1973, 802; Hofmann, § 6 Rdnr. 20. Eine steuergünstige Gestaltungsmöglichkeit unter Ausnutzung der §§ 5 und 6 GrEStG bei langfristiger Planung findet sich bei Gottwald, S. 126 ff.

³³ II R 13/01.

reich der Neuregelungen unterfallen,³⁴ anwenden wird.³⁵ Ohne die Rechtsfrage ausdrücklich zu entscheiden, hat der BFH die künftige Rechtsprechung bereits angedeutet, indem klargestellt wurde, dass die gesamthänderische Berechtigung am Grundstück auch dann verloren geht, wenn die erwerbende Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird. Dadurch entfällt die innere Rechtfertigung für die Begünstigungen aus § 5 Abs. 1 und 2 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG.

Fraglich bleibt allerdings, ob die Rechtsprechung in Neufällen, in denen die objektive Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 3 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG beachtet wird, gleichwohl unter

Anwendung des § 42 AO die ursprünglich gewährten Steuervergünstigungen nachträglich versagt, sofern die gesamte Gestaltung nach einem vorgefassten Plan erfolgt. Gegen die Anwendbarkeit des § 42 AO spricht m. E., dass der Gesetzgeber durch die Einführung eines objektiven Tatbestandes zum Ausdruck gebracht hat, dass längerfristige Planungen gerade nicht mehr beanstandet werden können.

³⁴ Vgl. hierzu § 23 Abs. 6 Satz 2 und Abs. 7 Satz 1 GrEStG.

³⁵ Pahlke/Franz, § 5 Rdnr. 28; Gottwald, S. 112 ff; ders., NotBZ 2001, 285 ff.

Wissensmanagement im Notariat¹

Von Notar Dr. Joachim Schervier, M.C.L./G. Washington Univ., Landshut

1. Begriff und Aufgaben des Wissensmanagements

Der Grundstoff, aus dem alle „Produkte“ eines Notariats bestehen, ist die Information. Im Wesentlichen können Informationen zur Sache (Grundstück, Kaufpreis, gewünschte Firma usw., aber auch persönliche Daten wie Name, Geburtsdatum, Ehevertrag abgeschlossen ja/nein) und Informationen zur Rechtslage (Gesetze, Urteile, juristische Meinungen, Gestaltungsmöglichkeiten) unterschieden werden. Die juristische Arbeit auch des Notars besteht darin, den Sachverhalt umfassend aufzuklären und – gestützt auf sein Wissen, seine Erfahrung und die Erkenntnisse der vertragsgestaltenden Fachwelt – den nächstliegenden Lösungsvorschlag zu machen, der dann in der Interaktion mit den Beteiligten, die in der Beurkundungsverhandlung gipfelt, überprüft wird.

Unter Wissensmanagement wird nachfolgend die Summe der Verfahrensweisen und Einrichtungen verstanden, die eingesetzt werden, um zur Bearbeitung einzelner Beurkundungsaufträge erforderliche fachliche Informationen so schnell und einfach wie möglich zu finden, zu sichten, miteinander zu verbinden und gefundene Informationen für die Zukunft zu sichern, allgemein verfügbar zu machen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.

Wissensmanagement ist Teil eines umfassenderen Informationsmanagements.² Informationsmanagement meint die Einrichtungen und Verfahrensweisen, wie Informationen eingehen, wie eingehende Informationen gesichert und verteilt werden sowie wie Informationen auslaufen und in welcher Form dies geschieht. Als weitere Teilbereiche eines umfassenden Informationsmanagements sind insbesondere die Technik der Sachverhaltsaufklärung, die Regeln der Informationsweitergabe und die Datensicherung zu nennen.

Da Wissen hier als fachliche Informationen, die zur Bearbeitung von Beurkundungsaufträgen erforderlich sind, definiert wurde, geht es also nicht nur um das Management des vorhandenen Wissens, sondern auch um die Art und Weise, wie neues Wissen erworben wird. Der Bestand des Wissens bleibt nicht gleich. Nicht einmal das zu einem bestimmten Zeitpunkt, z. B. im 2. Staatsexamen, angehäuften Wissen bleibt vorhanden. Der Wissensbestand des Einzelnen verändert sich laufend, indem nicht mehr oder selten benötigtes Wissen oder auch Wissen zu Detailproblemen verloren geht und dafür laufend neues Wissen durch die Arbeit am Einzelfall und die Aufnahme von Fachliteratur erweitert wird. Dies gilt für Einzelpersonen genauso wie für Organisationen, also etwa ein ganzes Notariat. Jeder Praktiker kennt diese Situation: Er erhält einen Beurkundungsauftrag, weiß genau, dass er vor ungefähr anderthalb Jahren einen ähnlichen Auftrag hatte, und versucht nun zu zweifeln, sich daran zu erinnern, welcher Fall das gewesen sein könnte. **Erste Aufgabe** des Wissensmanagements muss es daher sein, bereits erworbenes – also eigenes – Wissen zu bewahren und für einen schnellen Zugriff bereit zu halten.

Auch wenn diese Aufgabe für einen juristischen Sachbearbeiter oder von diesem einen juristischen Sachbearbeiter optimal gelöst wird, so bleibt das ebenfalls häufig vorkommende Problem, dass in einer Rechtsberatungsorganisation wie dem Notariat stets mindestens zwei, meistens jedoch noch mehr Personen mit der mehr oder minder selbständigen Vorbereitung von Beurkundungsaufträgen beschäftigt sind. Dabei wird die Ressortenteilung selten so strikt verlaufen, dass nicht mindestens zwei Sachbearbeiter verwandte Fallkonstellationen zu bearbeiten haben. Dem Unternehmen Notariat ist nicht damit gedient, wenn nun lediglich ein Sachbearbeiter sein erworbenes Wissen optimal organisiert hat. Daraus ergibt sich die **zweite Aufgabe** des Wissensmanagements, nämlich sicherzustellen, dass das in der Organisation Notariat vorhandene Wissen stets demjenigen zur Verfügung steht, der es benötigt.

Wissen veraltet – mal schneller, mal langsamer. Daraus folgt die **dritte Aufgabe** des Wissensmanagements: Die Aktualisierung des gesammelten Wissens durch planmäßige Fortbildung. Die Aktualisierung erfolgt in zwei Schritten, die allerdings in der Praxis nicht immer sauberlich geschieden werden können: Zunächst wird neues – bis dahin notwendig fremdes

¹ Der Aufsatz beruht auf den Vorträgen, die der Autor seit mehreren Jahren im Rahmen des von ihm geleiteten Seminars der Landesnotarkammer Bayern für Notarassessoren „Notariat als Unternehmen“ hält.

² Vgl. hierzu auch Haft/Duve, Informations- und Wissensmanagement, in Hartung/Römermann (Hrsg.), Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, München, 1999.

– Wissen erworben, dann wird dieses mit dem vorhandenen verknüpft. Wissensmanagement muss also auch Verfahrensweisen und Einrichtungen entwickeln, um noch nicht durch den Notar oder einen anderen Sachbearbeiter in seinem Notariat strukturiertes Wissen möglichst effektiv zu erwerben und in die Wissensbasis des Notariats einzuarbeiten.

Hinter allen Überlegungen zum Wissensmanagement steht die Erkenntnis, dass kein Notar jede Rechtsfrage sofort beantworten, jede Gestaltungsaufgabe sofort lösen kann, die in seinem breiten Tätigkeitsspektrum an ihn herangetragen werden können. Große, vor allem international tätige Rechtsanwaltskanzleien haben schon seit einiger Zeit spezielle Wissensmanager, Juristen, die sich auf die Analyse von juristischem Material und die Organisation von Datenbanken spezialisiert haben.³ Das hauptberufliche deutsche Notariat hat – angeregt durch junge bayerische Notare und Notarassessoren – schon früh erkannt, dass Notare, die vielfach alleine oder, berufsrechtlich bedingt, in der Regel nur in Zweier-Sozietäten arbeiten, gegenüber solchen großen Rechtsberatungsorganisationen ins Hintertreffen zu geraten drohen. Um die Notare – auch die Anwaltsnotare – in ihrer Arbeit zu unterstützen, wurde 1993 das Deutsche Notarinstitut (DNotI) als Einrichtung der Bundesnotarkammer gegründet. Jeder Notar weiß die außerordentlich schnelle und präzise Arbeit des DNotI zu schätzen. Es ist aber auch klar, dass das DNotI keine Fortbildungseinrichtung ist und keinem Notar die tägliche Arbeit auch nur annähernd abnehmen kann. Insbesondere beurteilt das DNotI nach seinen Anfragegrundsätzen keine Formulierungsvorschläge. Der besonderen Stellung und dem hohen Anspruch insbesondere des hauptberuflichen Notariats entsprechend, können die Mandanten aber erwarten, gerade vom Notar in kürzester Zeit einen angemessenen Lösungsvorschlag zu erhalten. Also muss gerade dem Notar die Verbreiterung und Vertiefung seines Wissens und die Verbesserung des Zugriffs darauf ein besonderes Anliegen sein. Mit einem durchdachten und praktizierten Wissensmanagement wird im Zweifel auch die Fortbildungspflicht des § 14 Abs. 6 BNotO erfüllt.

Informations- und Wissensmanagement ist notwendiger Teil eines umfassenden Qualitätsmanagements. Die vorliegende Ausarbeitung versteht sich daher ausdrücklich als Ergänzung zu entsprechenden Überlegungen u. a. des Verfassers an anderer Stelle.⁴

2. Management des eigenen Wissens – Muster, Textbaustein, Checkliste

Die Grundeinheit aufbereiteten Wissens ist für den notariellen Vertragsgestalter traditionell das Formular oder Muster. Für andere Vertragsgestalter, etwa Anwälte und Unternehmensjuristen, ist es häufig eher die Checkliste. Die Bedeutung des – von Außenstehenden zu Unrecht belächelten – Formulars rührt daher, dass im Notariat aufgrund der relativen Spezialisierung eine begrenzte Zahl von Vorgängen sehr häufig wieder vorkommt. Das Formular ist aber nichts anderes als eine – je nach Typus – zur Beschleunigung der Leistungserbringung schon mehr oder weniger weit ausformulierte Checkliste. Mittlerweile müssen wir aber feststellen, dass teils aufgrund vieler sehr spezieller Regelungen, teils aufgrund der sehr viel komplizierteren Lebenssachverhalte („Lebensabschnittsge-

fährten“ mit Kindern aus mehreren Verbindungen, Verkauf von „Ausbauhäusern“, Unternehmensumwandlungen, zunehmende Beteiligung von Bürgern verschiedener Staaten usw.) klassische Formulare nicht mehr geeignet sind, diese Sachverhalte zuverlässig abzudecken.

An dieser Stelle ist zum Verständnis ein Rückblick auf die notarielle Arbeitstechnik bei der Erstellung von Verträgen erforderlich.

Langmuster-Verfahren

Bis zur Einführung der Speicherschreibmaschine waren überwiegend Kompletformular üblich, die Lücken zum Einfügen der individuellen Daten enthielten. Was im konkreten Fall nicht benötigt wurde, wurde herausgestrichen („lies“ und Buchhalternahe), blieb aber im Vertragstext sichtbar. Alles was individuell hinzugefügt wurde, wurde mit der Schreibmaschine in Zwischenräume gesetzt, an den Rand geschrieben oder am Schluss des Vertragstextes angeschlossen („Berichtigung/Ergänzung siehe Schluss“). Lediglich sehr spezielle Urkunden wurden von A bis Z diktiert. Spezielle Formulierungen für nur selten vorkommende Varianten konnten allenfalls als Kopie vorrätig gehalten werden.

Baustein-Lösungen

Mit Einführung der Speicherschreibmaschine konnte in einen Vertrag ein Textbaustein eingefügt werden. Da auch nach Einführung der ersten Textverarbeitungs-Computer (damals „Word-Processor“ genannt) der Speicherplatz karg und teuer war, musste damit sparsam umgegangen werden. Es war daher attraktiv, nicht mehr ganze Formulare abzuspeichern und damit auch beispielsweise mehrfach die Klausel für die Zwangsvollstreckungsunterwerfung, sondern die Vertragstexte, soweit sie sprachlich und inhaltlich noch sinnvoll, in Bausteine zu zerlegen und erst für den konkreten Vertrag zusammenzusetzen.⁵ Um jedoch zu vermeiden, dass die Bausteine jeweils mühsam aus Listen abgelesen werden mussten, waren erhebliche Programmieranstrengungen erforderlich. Zu besonderer Meisterschaft hatte es hier der Rosenheimer Notar *Jürgen Krause* gebracht, dem es bereits in den 80er Jahren gelungen war, regelrechte Abfrageroutinen zu programmieren. Das System fragte den Bearbeiter etwa: „Welchen Typ Grundstückskaufvertrag wollen Sie anlegen?“, worauf die Möglichkeit bestand, z. B. „Wohnungseigentum“, „Kauf Teilfläche“ usw. einzugeben. Auf der nächsten Stufe fragte das System dann z. B. beim Kauf über Wohnungseigentum: „Nur Wohnung oder nur Teileigentum? Oder Wohnung mit Garage?“ usw. Das Problem dieser Programmierung bestand darin, dass die Programmläufe nicht unterbrochen werden konnten, etwa um einen speziellen Baustein einzufügen, der im Programmlauf nicht vorgesehen war. Wegen dieser Schwierigkeiten behielten viele Notare das Langmuster-Verfahren manchmal trotz Anschaffung von Computern im Wesentlichen bei, allerdings nun ergänzt um Textbausteine, die für Varianten vorrätig gehalten wurden.

Grundmuster-Baustein-Kombination

Mit dem rapiden Verfall der Preise für Festplattenspeicher in den 90er Jahren schwand der Anreiz zur Zerlegung der Verträge in Einzelbausteine. Es setzte sich die heute noch vorherrschende Praxis durch, Verträge als so genannte Grundmuster anzulegen, die bei bestimmten Regelungen, wie z. B. der

³ *Furmanns*, Der Know-how-Jurist, ANWALT 7/2002, S. 28 ff.; *Bader/Groß*, Strukturiertes Know-how, ANWALT 3/2002, S. 32 ff.

⁴ Vgl. *Hantke/Kirchner/Malzer/Pauker/Schervier*, Qualitätsmanagement im Notariat, MittBayNot 2002, 433, 438 ff. Ziff. 2.2.5. Logisch ist der vorliegende Aufsatz als Ziffer 3.4 a bzw. 3.5 der vorhergehenden Veröffentlichung einzuordnen.

⁵ Beispielhaft sind die Werke von *Keim*, z. B. Testamente und Erbverträge, Diktat- und Arbeitsbuch für Rechtsanwälte und Notare, München 1985.

Kaufpreisfälligkeit, planmäßig Lücken aufweisen. Diese Lücken sind sodann am Bildschirm durch Einfügung der entsprechenden Bausteine zu schließen. Das System versucht, die Vorteile des Langmusterverfahrens mit den Vorteilen des Verfahrens der Bausteinverketzung zu verbinden. Durch die Vorgabe eines Rohmusters wird sofort eine Struktur erzeugt, durch die der Sachbearbeiter geführt wird. Allerdings ist der Sachbearbeiter nicht gezwungen, eine sture Abfrageroutine abzuspulen, sondern er kann an jeder Stelle des Formulars sofort Änderungen vornehmen, Bausteine einfügen, Textteile entfernen usw. Das System hat allerdings die Schwäche, dass – ähnlich wie im Langmusterverfahren – Standardklauseln mehrfach im System vorhanden sind, nämlich so oft, wie entsprechende Muster angelegt worden sind. Ist nun eine solche Standardklausel, wie z. B. die Klausel über die Zwangsvollstreckungsunterwerfung, aufgrund gesetzlicher Änderungen anzupassen, entsteht der Zwang, sämtliche entsprechenden Klauseln zu suchen und zu ändern.

Baustein-Auswahlmakros

Der jüngste Trend in der Vertragserstellungstechnik geht daher wieder in die Richtung der Zerlegung der Verträge in Bausteine, allerdings mit der wesentlichen Verbesserung, dass diese nun durch so genannte Makros, also in der Textverarbeitungs-Software grundsätzlich vom Benutzer selbst zu erstellende Miniprogramme, zu Vertragsrohlingen zusammengefügt werden. Es gibt Notariats-Software, die dieses Verfahren sogar dergestalt unterstützt, dass sämtliche Bausteine mit Kurzbeschreibung in so genannten „Bausteinhandbüchern“ hinterlegt werden, in denen Voreinstellungen für bestimmte Vertragstypen angekreuzt werden können. Wird ein bestimmter Vertragstyp gewählt, so setzt das System entsprechend der Voreinstellung den Vertrag aus den vorgewählten Bausteinen zusammen. Genauso kann der Bearbeiter jedoch auch die Voreinstellungen vor dem Laden ändern und dadurch von vornherein eine Variante des Grundmusters erzeugen.⁶ Nach dem Laden bleibt der Text weiteren Änderungen selbstverständlich zugänglich. Andere Systeme ermöglichen es, Baustein Ketten als Textdokumente abzuspeichern. Nach dem Laden des (virtuellen) Musters stehen die Bausteine zunächst als Liste zur Verfügung. Bevor der Sachbearbeiter das Laden der eigentlichen Textbausteine auslöst, kann er die Konfiguration ändern. Auch zwischen dem Laden einzelner Bausteine können Korrekturen vorgenommen werden.⁷ In Verbindung mit Bearbeitungshinweisen und Kommentaren im Text und Hyperlinks zu anderen Dateien kann der ganze Prozess der Dokumentenerstellung – wie sogleich gezeigt werden wird – hochdifferenziert unterstützt werden.

Systematische Bezeichnung von Mustern und Bausteinen

Welches Verfahren in dem jeweiligen Notariat gewählt wird und welches von der gewählten Notariatssoftware auch immer unterstützt wird, es stellt sich zunächst immer die Frage, wie die Bausteine und Muster so organisiert werden, dass Texte auch ohne aufwendige Suchläufe schnell gefunden werden können. Keine noch so ausgefeilte Programmierung kann nämlich dem Sachbearbeiter für jeden Fall den richtigen Baustein zum richtigen Zeitpunkt an der richtigen Stelle des Vorbereitungsablaufs vorschlagen. Der Bearbeiter wird immer wieder einen speziellen Baustein suchen müssen. Je mehr Bausteine im System vorgehalten werden (bei mir zur Zeit etwa 1 000), um so schwieriger die Suche.

Theoretisch kann ein Baustein mit der Suchfunktion des Betriebssystems (z. B. Windows) über die Eingabe eines Stichworts gefunden werden. Diese Art von Suchmaschine ist aber nicht sehr effektiv und benötigt in der Regel zu viel Zeit.⁸ Es empfiehlt sich daher die Entwicklung einer Bezeichnungs- und Ablagelogik, die auch für Dritte, also mit der Vertragsvorbereitung betraute Mitarbeiter, schnell nachvollziehbar sein muss.⁹ Ein Beispiel für eine solche Logik ist im Anhang enthalten.¹⁰ Abbildung 1 zeigt die Bildschirmansicht.

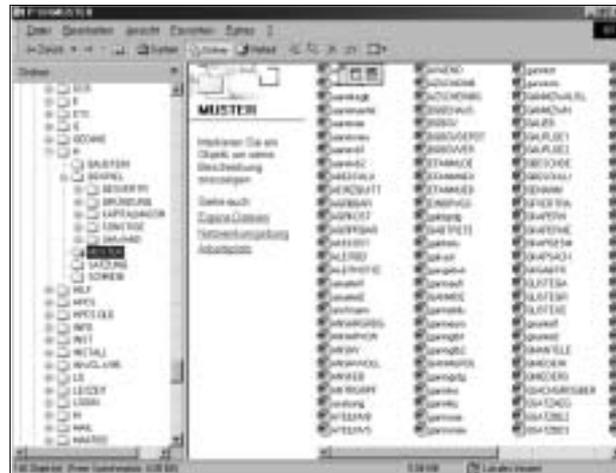


Abbildung 1

Auffinden des passenden Textbausteins

Selbst wenn die nötige Logik existiert, ist damit aber noch nicht sichergestellt, dass die passenden Bausteine bei der Bearbeitung des Vertrages auch gefunden werden. Noch heute ist es in vielen Notariaten üblich, zu diesem Zweck den Sachbearbeitern Bausteinhandbücher zur Verfügung zu stellen. In diesen Handbüchern sind alle vorhandenen Bausteine abgedruckt. Der Sachbearbeiter kann nun entweder selbst am Schirm den Baustein suchen und einfügen oder mittels Diktat den Baustein angeben. Dieses System erfordert ein ständiges Nachführen der Texthandbücher und einen Aktualisierungsaufwand wie eine Loseblattsammlung. Unter Zeitdruck lässt sich damit nur schlecht arbeiten.

Als zweckmäßiger hat es sich daher erwiesen, die Möglichkeit moderner Textverarbeitungssysteme zu nutzen, mittels verborgenem Text und farblicher Hervorhebung Bearbeitungshinweise in die Texte zu integrieren. Der Sachbearbeiter sieht daher am Bildschirm, welche Bausteine ihm an der jeweiligen Stelle zur Verfügung stehen. Unter Umständen ist es auch möglich, dass ihm mehrere Erläuterungen zur Verwendung dieser Bausteine gegeben werden. Das Textverarbeitungsprogramm WORD von Microsoft enthält ab der Version 7.0 die Möglichkeit, Anmerkungen (ab Version 8.0 „Kommentar“ genannt) anzubringen. Der so eingegebene Text erscheint beim Doppelklick auf die Kommentarstelle in WORD 7.0 in einem separaten Fenster. In WORD 8.0 wird der Text in einer Art Sprechblase angezeigt, wenn mit der Maus über die Kommentarstelle gefahren wird. In der neuesten Version XP erscheinen die Kommentare in der Web- und in der Layout-Ansicht am Seitenrand (vgl. Abbildung 2).

⁶ So z. B. ARNOTOP von Schirm Datentechnik.

⁷ So z. B. PACTUM von Gedino.

⁸ Zu so genannten Textretrievalsystemen siehe weiter unten.

⁹ Furmanns (Fn. 3), S. 30.

¹⁰ Vergleiche zu diesem Thema auch Mohrmann, CoR 2000, 223.



Abbildung 2

Aufbau eines Bausteins

Die erste Zeile kann etwa als verborgener Text angelegt, grün unterlegt werden und enthält (wie die Muster) Standort (Ordner/Unterordner), Name und Datum der letzten Bearbeitung. Auch im Text des geladenen Musters ist dadurch noch erkennlich, welcher Baustein gewählt wurde. Dies erleichtert die Überprüfung von Vertragsentwürfen durch den Notar erheblich. Bearbeitungshinweise werden ebenfalls als verborgener Text gelb unterlegt eingebaut. Gegebenenfalls können wieder Sprungmarken zum Einfügen weiterer Bausteine gespeichert werden. Vergleiche hierzu Abbildung 3.



Abbildung 3

In der Textverarbeitung muss allerdings eingestellt werden, dass verborgener Text auf dem Bildschirm angezeigt wird. (Um zu verhindern, dass beim Ausdrucken überflüssige Leerzeilen entstehen, sollten die Absatzformatierungen ebenfalls als verborgener Text eingegeben werden. Man kann aber auch ein Makro anlegen, das auf Kommando alle Zeilen mit verborgenem Text löscht. Dabei ist darauf zu achten, dass etwaige Steuerbefehle für den so genannten automatischen Vollzug¹¹ nicht mitgelöscht werden. Achtung: Jeder Hinweis

¹¹ Mit „automatischer Vollzug“ oder „Autovollzug“ ist die in moderner Notariatssoftware übliche Funktionalität gemeint, dass das Programm nach Eingabe des entsprechenden Befehls mit den Daten der Urkunde die nötigen Vollzugsdokumente wie Veräußerungsanzeige, Löschungsbewilligungen samt Anschreiben, Anfragen wegen Genehmigungen usw. erzeugt, bei entsprechender Programmierung an die Erledigung erinnert und bei deren Eingabe die nächsten notwendigen Anträge erzeugt.

braucht eine eigene Zeile und darf nicht beim Formatieren zerrissen werden! Wenn der Kommentar mit Text in derselben Zeile steht, löscht das Makro u. U. auch Bausteintext.)

Kommentare im engeren Sinne, also die von der Textverarbeitung vorgegebene Möglichkeit, Anmerkungen in separate Fenster oder Sprechblasen zu setzen, können an jeder geeigneten Stelle eingefügt werden. Die Kommentarmarken sind automatisch als verborgener Text angelegt. Manche Notarprogramme stellen eine gesondert zu programmierende Funktion zur Verfügung, mit der an definierten Stellen Listen (Dropdown-Menüs o. ä.) aufgeblendet werden können, in denen die zu dieser Stelle passenden Bausteine mit einer Inhaltsbeschreibung aufgeführt werden.

Unabhängig vom Notarprogramm kann in WORD ab Version 7.0 (WORD 97) mit Hyperlinks gearbeitet werden. So kann der Bearbeitungshinweis auf einen Alternativ-Baustein mit einem Hyperlink auf eben diesen Text versehen werden. Der Sachbearbeiter kann nun mit einem Mausklick den Baustein aufrufen und prüfen, ob er für den vorliegenden Fall passt.¹²

Checklisten und Bearbeitungsbögen

Checklisten werden im Notariat schon immer eingesetzt, um den Vollzug insbesondere von Grundstücksverträgen, in geringerem Maß auch von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, zu überwachen und zu steuern. Auch die Gestaltung dieser „Laufzettel“ oder „Vollzugsbögen“ sollte in jedem Notariat gelegentlich überprüft werden. In der Regel werden diese Listen für eine Vielzahl von Fällen (etwa sämtliche Grundstücksverträge) vorgehalten, manchmal aufgedruckt auf die Aktendeckel. Diese Listen sind dann in der Regel auch „Rohmuster“, die vom Sachbearbeiter noch ausgefüllt werden müssen. Erst danach kann die Liste wirklich zur Vollzugssteuerung, also u. a. als Arbeitsanweisung für eine Vollzugskraft, verwendet werden. Bei komplexen Vorgängen sind diese Listen häufig unzureichend, weil nicht genügend freie Felder an der richtigen Stelle vorhanden sind. Hier hilft es sehr, wenn die Bögen in der EDV vorrätig gehalten werden. Mit heutigen Textverarbeitungsprogrammen lassen sich Tabellen erzeugen, deren Gestaltung lediglich durch die Papierformate begrenzt wird, die von dem vorhandenen Drucker verarbeitet werden können. Solche Listen lassen sich daher sehr gut auf den Einzelfall anpassen.¹³ Ein solcher Vollzugsbogen kann nun wieder mit (für den Ausdruck) verborgenen Bearbeitungshinweisen, Kommentaren und Hyperlinks zu Dokumenten mit Hilfsinformationen ausgestattet werden, welche die Anpassung auf den Einzelfall unterstützen.

Die Checkliste als Hilfsmittel wird heute auch vielerorts für die Sachverhaltsaufnahme eingesetzt. In diesem Fall können die vorstehend geschilderten technischen Möglichkeiten kaum eingesetzt werden. Aufnahmebögen werden in der Regel in telefonischen oder persönlichen Besprechungen eingesetzt. In diesen Situationen werden Sachbearbeiter die Niederlegung auf Papier in der Regel als schneller bevorzugen.

Allerdings kann die Checkliste – wie bei anderen Vertragsgestaltern schon lange üblich – auch im Notariat zur Vorbereitung der zu erstellenden Dokumente eingesetzt werden. Die

¹² Beim Hereinladen ist allerdings u. U. eine andere Funktion zu wählen, weil das Notarprogramm sonst evtl. im Baustein vorhandene Sprungmarken nicht mehr findet.

¹³ Wer „Autovollzug“ einsetzt, kann zumindest theoretisch auf die Erstellung solcher Bögen verzichten, weil die Übersicht vom Programm erzeugt und – bei Eingabe der Erledigung einzelner Schritte – auch aktualisiert wird.

lohnt sich besonders dann, wenn der Auftrag die Erstellung einer Mehrzahl von Dokumenten nach sich zieht, wobei die Beurkundung bzw. Unterzeichnung des einen Voraussetzung für die Unterzeichnung bzw. Beurkundung des anderen Dokuments ist. Diese Konstellation ergibt sich häufig im Gesellschafts- und besonders im Umwandlungsrecht, wo häufig vor Beurkundung bereits Erklärungen Dritter zu besorgen sind, etwa die Bestätigung des Betriebsrats über die rechtzeitige Unterrichtung von dem Umwandlungsvorhaben. Checklisten, wie sie in der Literatur angeboten werden, sind meistens überladen, gelegentlich unzuverlässig und nie wirklich übersichtlich, ohne dass sie abgeschrieben und passend formatiert worden sind. Es lohnt sich daher, solche Übersichten in der EDV vorrätig zu halten. Solche Übersichten können nun wieder mit Bearbeitungshinweisen, Kommentaren und Hyperlinks versehen werden. Auf diese Weise kann auch typusbezogen die Vorbereitung und die Abarbeitung eines Vorgangs in einer Übersicht erfasst werden.

Sichern von Einzelfalllösungen

Nicht alles neu erarbeitete Wissen lässt sich sofort in einem neuen Baustein oder gar in einem neuen Muster oder einer neuen Checkliste verarbeiten. Entweder ist die gefundene Lösung ohnehin zu sehr auf den Einzelfall bezogen oder das Typische, das erst die Anlegung eines Textbausteins, eines Musters oder einer Checkliste rechtfertigen würde, konnte aufgrund des einen Falls noch nicht erkannt werden. Schließlich fehlt es häufig ganz einfach an der Zeit, das Produkt eines konkreten Falles derart zu verallgemeinern. Es stellt sich daher die Frage, wie solche Arbeitsergebnisse für die Zukunft gesichert werden können. Die Urkundensammlung ist hierfür nicht geeignet. Zwar wird sich der Notar höchstwahrscheinlich daran erinnern, dass er vor geraumer Zeit eine besonders ungewöhnliche Ehevertragsklausel entworfen und beurkundet hat, doch nur in seltenen Fällen wird ihm einfallen, wie die Beteiligten heißen, und ganz bestimmt fällt ihm nicht mehr die Urkundenrollennummer ein. Das Suchen über die Urkundenrolle bzw. die Namenskartei wird daher erfolglos bleiben.

Die traditionelle Lösung für diese Problematik besteht darin, interessante Urkunden oder einzelne Formulierungen heraus, eventuell auch am Einzelfall entwickelte Checklisten usw. vor Auflösung der Akte zu kopieren und abzuheften. Um die Arbeitsprodukte wieder zu finden, war auch schon bisher eine übersichtliche Ablagestruktur erforderlich. Hierauf wird später noch eingegangen werden.

Wird eine Urkunde nur in Papierform als Vorlage wiedergewonnen, so erweist es sich als äußerst lästig, wenn der Text neu abgeschrieben werden muss. Hier kann zwar ein Scanner helfen, doch fragt man sich natürlich, warum man diese Urkunde einscannen lassen muss, wenn sie ursprünglich auf der eigenen EDV geschrieben wurde. Im Zeitalter der EDV und billiger Festplattenspeicher kann man natürlich sämtliche Urkundentexte gespeichert halten. Als Alternative zum Kopieren und Abheften kommt daher in Betracht, die gesuchte Urkunde nach Stichwörtern und mittels logischer Operatoren durch das EDV-System suchen zu lassen. Die in Windows enthaltene Suchfunktion ist dafür jedoch nicht ausreichend. Obwohl ich immer wieder alte Aktenverzeichnisse löschen lasse, enthält mein EDV-System mittlerweile weit über 100 000 Dateien in über 10 000 Vorgangsordnern. Selbst wenn ein Suchlauf auf die Akten der letzten Jahre beschränkt wird, dauert die Abarbeitung quälend lange, und der Erfolg ist ungewiss. Nur wenn ein so genanntes Text-Retrievalsystem eingesetzt wird, kann diese Suche in einigermaßen vertretbarer Zeit abgewickelt werden. Hierzu ist es aber erforderlich, dass das Dokument

zuvor indiziert wird, damit es in der für das Retrieval-Programm erforderlichen Datenbank abgelegt werden kann. Möglicherweise kann mittels solcher Hilfen künftig eine Suche über das gesamte System in der nötigen Kürze der Zeit durchgeführt werden. Es spricht daher viel dafür, in die Verzeichnisstruktur der eigenen EDV, z. B. im Wege von Untereordnern zu entsprechenden Sachgebietsordnern, Verzeichnisse für Beispiele aufzunehmen. In diese Verzeichnisse werden sodann unter Vergabe einer aussagekräftigen Kennzeichnung besonders interessant erscheinende Urkunden und sonstige Materialien vor Auflösung der Akte kopiert (vgl. bereits die vorherigen Abbildungen).

Zugang zu organisationsinternem Wissen

Eingangs ist als zweite Aufgabe des Wissensmanagements beschrieben worden, dass erforderliche Informationen allen Personen in einer Organisation, also in unserem Fall in einem Notariat, die diese Informationen benötigen, auch zugänglich sind. Sachbearbeiter benötigen daher Zugang zu allen im Notariat vorhandenen Archiven. Dazu müssen sie in die dem Archiv zugrunde liegende Struktur eingewiesen werden. Der Zugang zu vorhandenen Texten kann durch ein EDV-Netzwerk, das von jedem Arbeitsplatz aus den Zugriff auf den zentralen Datenspeicher ermöglicht, erheblich erleichtert werden. Ist eine Information „ins Netz gestellt“, kann sie jeder Interessierte abrufen. Mit Hyperlinks können aus Checklisten, Mustern und Bausteinen heraus beliebige Dokumente aufgerufen werden, die ihrerseits mittels derselben Technologie wieder auf weitere Dokumente verweisen können. Dabei ist das Format des Zieldokuments unerheblich, solange auf dem Arbeitsplatz dessen, der das Dokument aufruft, das zum Lesen des Zieldokuments nötige Programm installiert ist, also z. B. der „Adobe (früher: Acrobat) Reader“, um PDF¹⁴-Dokumente lesen zu können. Mit Hyperlinks können auch – Anbindung des Netzwerks an das Internet vorausgesetzt – Verknüpfungen zu Internetadressen hergestellt werden.

Trotzdem empfiehlt es sich, Dateien im eigenen Netzwerk, auf die per Hyperlink verwiesen werden soll, an einem speziellen Standort zu speichern bzw. dort zu duplizieren. Vorgangsakten werden doch einmal aus Gründen der „Datenhygiene“ gelöscht oder verschoben. Ein Hyperlink auf eine dort gespeicherte Datei geht dann verloren. Auch ist es erforderlich, Dokumente, auf die verwiesen wird, gelegentlich ebenso auf ihre Aktualität hin zu prüfen wie Muster, Bausteine und Checklisten. All dies wird vermieden bzw. erleichtert, wenn solche Dokumente beispielsweise in einem „Hilfe“-Verzeichnis mit zweckentsprechenden Unterteilungen abgelegt werden. Solche Hilfe-Verzeichnisse können Rechtsinformationen wie beispielsweise die aktuelle Düsseldorf Tabelle¹⁵, Checklisten, Gutachten oder sogar kleine Hilfsprogramme wie den vom Bundesjustizministerium bereitgestellten Umrechner für GmbH-Geschäftsanteile von DM nach EUR enthalten.

Um wirklich sicherzustellen, dass das im Büro vorhandene Wissen auch allen zur Verfügung steht, ist es erforderlich, das Speichern von bürobezogenen Daten auf Arbeitsplatzrechnern zu untersagen. Da es nicht immer möglich ist, einen Text einer bestimmten Akte zuzuordnen, ist jedem Mitarbeiter ein

¹⁴ Endung „.pdf“ = „Portable Document Format“. Wird vielfach verwendet für Dokumente, die im Internet zum Herunterladen bereitgestellt werden.

¹⁵ Die Düsseldorf Tabelle ist mit den Leitlinien der jeweiligen OLGes allerdings inzwischen im elektronischen Schönfelder enthalten.

persönlicher Datenordner zuzuweisen. Diese Ordner werden zweckmäßigerweise zu einem Sammelordner vereinigt (vergleiche hierzu auch die Dienststanweisung „Organisation und Sicherung von EDV-Dateien“ im Anhang). Darüber hinaus muss Fachinformation aber auch aktiv verbreitet werden. Dafür eignen sich Rundläufe (auf Papier oder als E-Mail), mehr noch Mitarbeiterbesprechungen und -seminare.¹⁶

3. Management des fremden Wissens – Informationsbeschaffung und -verarbeitung

Fortbildung als Pflicht und Daueraufgabe

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass der Notar sich fortbildet, vgl. auch § 14 Abs. 6 BNotO. Fortbildung ist nichts anderes als der Erwerb neuer Fachinformationen (fremden Wissens) und die Umwandlung in eigenes Wissen, in der Regel durch Verknüpfung mit dem vorhandenen Wissen. Die – dritte – Aufgabe des Wissensmanagements besteht darin, diesen Fortbildungs- oder Aktualisierungsprozess planmäßig zu optimieren. Die Begriffe „Fortbildung“ und „Aktualisierung“ werden im Folgenden synonym verwendet, insbesondere wird „Fortbildung“ nicht mit „Teilnahme an Seminaren“ gleichgesetzt.

Zunächst ist erforderlich, dass Fortbildung als Daueraufgabe begriffen wird. Dazu bedarf es zunächst der Bildung der inneren Einstellung, die sodann dem gesamten Büro vermittelt und vorgelebt werden sollte („lernende Organisation“). Als Nächstes sollen die Techniken der Beschaffung und Verarbeitung neuer Fachinformationen näher untersucht werden.

Techniken der Informationsbeschaffung und des Wissenserwerbs

Traditionell erfolgt Wissenserwerb in Lehrveranstaltungen (Vorträge, Seminare), Lern- bzw. Diskussionsgruppen oder durch die Lektüre von Büchern und Zeitschriften (Medien). Da der einzelne Berufsträger die Gestaltung von Lehrveranstaltungen selten beeinflussen kann, wird nachfolgend vor allem der Wissenserwerb durch Medien betrachtet.¹⁷

Die Zahl der Medien war früher überschaubar, hat sich in den letzten Jahren aber explosionsartig vermehrt. Zur Zellteilung der Neuen Juristischen Wochenschrift in immer neue Spezialzeitschriften hat sich der Ehrgeiz anderer juristischer Fachverlage gesellt, ebenfalls neue Periodika herauszugeben. Auch das Schreiben von Kommentaren scheint zum juristischen Volkssport geworden zu sein – selbst für die Grundbuchordnung gibt es mittlerweile mindestens vier Kommentare. Auf die Spitze getrieben wird diese Entwicklung durch die Entdeckung der CD-ROM/DVD für die juristische Informationsvermittlung und natürlich das Internet. Es ist also auch in der Juristerei nicht mehr schwierig, Informationen zu erhalten, sondern in der Informationsflut noch das Wichtige vom Unwichtigen unterscheiden zu können. Wissensmanagement bedeutet daher auch, den Zufluss von Informationen zu steuern, zu filtern und – wie noch zu zeigen sein wird – wenigstens roh aufzubereiten.

¹⁶ Hantke/Kirchner/Malzer/Pauker/Schervier, MittBayNot 2002, 449 ff. Ziffern 3.4.2.3, 3.5.4, 3.7.

¹⁷ Auf den Wert von Diskussionsgruppen sei jedoch hingewiesen. Wenn im Rahmen der Bezirksgruppen des Bayerischen Notarvereins fachliche Fragen erörtert werden, ist dies vor allem für jüngere oder jüngst zugezogene Kolleginnen und Kollegen eine gute Gelegenheit, sich z. B. über lokale Besonderheiten zu orientieren.

Bei fremden Fachinformationen konnten bisher, vereinfacht gesagt, zwei Qualitäten unterschieden werden: Entweder war die Fremdinformation in den eigenen Räumen verfügbar (Handbibliothek) oder sie musste auswärtig (z. B. in der Gerichtsbibliothek) mühsam recherchiert bzw. bestellt werden (Buchhandel). Im Zeitalter des Internet sind Informationen eher danach zu unterscheiden, ob sie vorstrukturiert oder nicht vorstrukturiert sind. Mittlerweile ist es zunehmend einfacher, über das Internet vorstrukturierte Information abzurufen, als in der eigenen Bibliothek vor Ort unstrukturierte Fremdinformation zu suchen.

Informationsbeschaffung im „Schub“- oder im „Zug“-Modus?

Nicht nur Objektdaten, persönliche Daten und sonstige vorgezogene Informationen, sondern auch fachliche Informationen kommen zu einem großen Teil nicht nur auf Anforderung, sondern von selbst auf das Notariat zu. Jeder Notar hat aufgrund § 32 BNotO das Bundesgesetzblatt, das Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes, das Justizministerialblatt des Landes und die Deutsche Notarzeitung zu beziehen.¹⁸ Aufgrund der Mitgliedschaft in der Notarkammer erhält er auch Rundschreiben der Kammer, den DNotI-Report und meist auch die Zeitschrift des Notarvereins, dem er angehört. Dazu kommen in jüngster Zeit noch „BNotK-Intern“ als Beilage zum DNotI-Report und „notar“ vom Deutschen Notarverein, beide mit berufspolitischem Schwerpunkt. In der Regel wird der Notar auch noch die eine oder andere weitere Fachzeitschrift und auch Ergänzungslieferungen zu Loseblattsammlungen beziehen.

Wenn dieser Zwangszufluss an Informationen nicht gefiltert und ausgewertet wird, hat er keinen praktischen Nutzen. Doch diese Filterung und Auswertung kostet Zeit und Kraft. („Informationsüberlastung“, so hört man, heißt ein neues Krankheitsbild, das vor allem Manager und andere Entscheider befallt.) Andererseits, selbst wenn der Zwangszufluss von Informationen gestoppt werden könnte, gilt: Wer stets nur im Einzelfall, wenn er eine bestimmte Information benötigt, auf die Suche nach dieser geht, wird große Schwierigkeiten haben, die Information in angemessener Zeit zu finden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Fremdinformation nicht technisch oder durch eigene Leistung vorstrukturiert ist.

Es geht also um die richtige Mischung von Informationsbeschaffung im „Schub“- oder „Push“-Modus und im „Zug“- oder „Pull“-Modus, wie die Informationsbeschaffungsverfahren in der Kommunikationstheorie anschaulich genannt werden. Diese Mischung wird immer wesentlich von den Anforderungen der konkreten Notariatspraxis abhängen. Wer jede Woche mehrere aktienrechtliche Beurkundungen vornimmt, muss andere Informationen regelmäßig beziehen als der, dessen Tätigkeitsschwerpunkt eindeutig im Immobilienrecht liegt. Die Mischung wird darüber hinaus aber ganz wesentlich vom Angebot an Informationsmedien bestimmt. Je mehr Fachinformation vorstrukturiert und mittels Suchfunktion leicht erschließbar zu vertretbaren Preisen im Internet abrufbar ist, umso weniger wird es sich lohnen, sich Informationen zuschicken zu lassen.

Da aber ohnehin Informationen von selbst hereinkommen, heißt der erste Grundsatz des (Fremd-)Wissensmanagements: Weitere Informationsmedien im Schub-Modus nur beziehen,

¹⁸ Zur Möglichkeit des Bezugs der Pflichtmedien in elektronischer Form siehe das Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 27/2003 vom 25.5.2003, abrufbar auf www.bnotk.de.

wenn sie nicht im Internet abrufbar sind und – zusätzlich zu ihrer abstrakten Brauchbarkeit – mindestens eines der folgenden Kriterien erfüllen:

- Die Informationen, die das Medium enthält, können technisch leicht erschlossen werden.
- Die Informationen, die das Medium enthält, sind inhaltlich sehr stark vorstrukturiert.
- Das Medium enthält im Durchschnitt so viel wichtige Informationen, dass die eigene Auswertung und Strukturierung lohnt und auch tatsächlich geleistet werden kann.

Technisch leicht erschließbar sind CD-ROMs bzw. DVDs. Hier stellt die Abfragesoftware in der Regel ausreichend funktionierende Operatoren zur Verfügung, die es ermöglichen, innerhalb kurzer Zeit die verfügbaren Informationen zu einem Spezialproblem zu finden. Gerade beim Bezug von CD-ROMs wird aber auch die Kosten-Nutzen-Relation eine Rolle spielen.

Inhaltlich sehr stark vorstrukturiert ist etwa eine Spezialzeitschrift zu einem Rechtsgebiet, das in der Praxis des konkreten Notariats eine große Rolle spielt. Beispiele hierfür sind die FamRZ oder die GmbH-Rundschau, ein Praktiker-Handbuch wie *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, oder auch ein Kommentar. Im Durchschnitt sehr viele Informationen, deren Auswertung lohnt, enthalten natürlich die Notarzeitschriften, da sie eine Vorauswahl mit Blick auf die notarielle Praxis treffen. Es liegt auf der Hand, dass der Bezug eines Informationsmediums umso effektiver ist, je mehr der vorgenannten Kriterien es erfüllt. Dies gilt umso mehr, als mit den Diensten des DNotI eine Hilfestellung geboten wird, die ein Durchsuchen vieler Zeitschriftenjahrgänge entbehrlich macht.

Im Folgenden wird für die typischen Informationen ihre Verfügbarkeit im Zug- und im Schubmodus untersucht.

Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften

Mit Gesetzblättern kann man nicht arbeiten, also benutzt der Jurist seit beinahe unvordenklicher Zeit konsolidierte Texte. Vor allem wegen der häufigen Änderungen werden in der Regel Loseblattsammlungen benutzt. Das Einsortieren der Nachlieferungen ist zeitaufwendig und wird, wenn delegiert, selten fehlerfrei durchgeführt. Persönliche Anmerkungen gehen ebenfalls verloren.

Nun gibt es bereits seit einigen Jahren Gesetzessammlungen auf CD-ROM. Insbesondere die bekanntesten Sammlungen „Schönfelder“ und „Sartorius“ werden – mit größerem Umfang als die Papierausgaben – in dieser Form geliefert. Großer Vorteil: Statt einer lästigen Loseblatt-Nachlieferung kommt drei- bis viermal im Jahr eine neue CD mit den kompletten neuen Texten. Anmerkungen werden beim Installieren (auf demselben Rechner) übernommen. Verweise in Vorschriften sind – auch produktübergreifend – verlinkt, was ein weiterer großer Vorteil gegenüber der Papierausgabe ist. Anfangs war allerdings zu bemängeln, dass das berühmte „5 rauf, 5 runter“-Lesen nicht möglich war. Der Verlag hat aber mit einer Inhaltsübersicht Abhilfe geschaffen, die, am linken Bildrand angeordnet, angeklickt werden kann und stets den Verzeichnisbaum des aktuellen Gesetzes sowie die Paragrafenüberschriften des aktuellen Abschnitts erkennen lässt. Die Kosten sind mit 35 € für das Grundwerk und je 25 € für die Aktualisierungen moderat. Lediglich die Beck'sche Steuer-CD ist etwas teuer mit 125 € für das Grundwerk und 55 € pro Aktualisierung.

Gerade bei Gesetzen könnte man allerdings erwarten, dass der Gesetzgeber selbst die Texte in konsolidierter Form im Internet bereitstellt. Dies ist aber nur in sehr eingeschränktem Maß

der Fall. Die Bundesgesetzgebung wird mittlerweile vom BMJ und der juris GmbH unter www.staat-modern.de angeboten, doch leider in wenig komfortabler Form. Der Freistaat Bayern stellt lediglich die Inhaltsverzeichnisse der einzelnen Gesetzblätter ins Internet. Allerdings stellt auch hier wieder der Beck-Verlag über sein – kostenpflichtiges – Portal www.beck-online.de auch die Textsammlungen zur Verfügung.

Interessant ist auch das Angebot des MBO-Verlages, der unter dem Namen „LEXSOFT“ CDs in Verbindung mit der Möglichkeit des Internetzugriffs auf Änderungen herausgibt, welche den größten Teil des Bundesrechts (auch sehr abgelegene Vorschriften!) und der Landesrechte abdecken. Auch Gerichtsurteile und ein Fachlexikon sind enthalten. Die Bundesrecht-CD kostet 156 € einmalig und 74 € für jede der 3–4 Aktualisierungen pro Jahr. Für ein Landesrecht beträgt der Preis 98 € bzw. 34,80 €.

Längerfristig spricht einiges dafür, dass der Jurist Vorschriften künftig gleich im Internet nachschlägt und sich den Versand und das Aufspielen der – u. U. bei mehreren Arbeitsplätzen vielen – CDs spart. Für den, der nicht ständig online sein will, ist die CD im Abo eine hervorragende Lösung.

Urteile

Die obersten Gerichtshöfe des Bundes veröffentlichen die allermeisten ihrer Entscheidungen inzwischen kostenlos auf ihren Seiten im Internet. Die Sammlungen beginnen zwar frühestens 1998, doch kann man mit der Suchfunktion jeweils über diesen ganzen Bestand suchen. Die wichtigsten Quellen sind im Anhang unter „Juristische Internetportale“ aufgelistet. Wer Entscheidungen anderer Gerichte allgemein, also kostenfrei, im Internet sucht, kann im Einzelfall Glück haben. Verlassen kann er sich auf die Ergebnisse in der Regel nicht. Das BayObLG veröffentlicht bisher leider nur Leitsätze, die nicht über eine Suchfunktion erschlossen sind. Viele Entscheidungen finden sich auf der Website des DNotI. Weitere Internetportale (siehe Anhang) bieten Urteilsdatenbanken gegen Entgelt an.

Daneben werden vor allem die Entscheidungssammlungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes schon seit längerer Zeit auf CD angeboten. Die Kosten hierfür dürften sich für den Notar in der Regel nicht lohnen, da die wichtigen Urteile – auch soweit sie nicht im Internet abrufbar sind – in der Regel in Zeitschriften veröffentlicht sind, von denen jeder Notar zu mindest einige ohnehin bezieht.

Wer gezielt nach einem älteren Urteil sucht und sich darüber ärgert, dass er die Zeitschrift, in der eine zitierte Entscheidung abgedruckt sein soll, nicht bezieht, findet sie, sofern sie zwischen 1980 und 1995 veröffentlicht wurde, mit Hilfe des folgenden Werks vielleicht in einer Zeitschrift, die er bezieht: *Schütz/Möllers*, Fundstellenverzeichnis veröffentlichter Entscheidungen deutscher Gerichte 1980–1995 (2 Bde.), Köln 1996 (RWS-Verlag).

Aufsätze/Zeitschriften

Im Internet lassen sich viele Aufsätze zu juristischen Themen finden, doch ist die Suche selbst über spezialisierte Suchmaschinen mühsam, weil in der Regel viel zu viele Treffer angezeigt werden. Unter Haftungsgesichtspunkten ist eine Internetrecherche sicher ein Hasardspiel, weiß man doch nie, ob wirklich alles Einschlägige gefunden wurde. Für Aufsätze noch mehr als für Urteile wird man daher auf absehbare Zeit weiter auf Zeitschriften zurückgreifen müssen. Es stellt sich daher nach den vorstehenden Kriterien die Frage, welche Zeitschriften im Schub-Modus bezogen werden sollten.

Notarzeitschriften sind mit Ausnahme der DNotZ in der Regel nicht ausreichend strukturiert. Die DNotZ fasst Material pro Heft nach Sachgebieten zusammen, wurde dafür aber auch einmal boshaft als „Deutschlands auflagenstärkste Zeitschrift für Rechtsgeschichte“ titulierte. Hier hat aber die DNot-CD Abhilfe geschaffen, zumal hierauf nicht nur die DNotZ, sondern auch der DNotI-Report, die MittBayNot, die RNotZ (nebst ihrer Vorgängerin, der MittRhNotK) und die BWNNotZ unter einer einheitlichen Oberfläche versammelt sind. Für das durchschnittliche Notariat sind daher alle wesentlichen Informationen schnell verfügbar. Dieses Medium ist daher ein absolutes Muss für jedes Notariat.

Spezialzeitschriften wie die GmbHR, die ZEV, die FamRZ strukturieren den Stoff naturgemäß wesentlich stärker. Trotzdem ist mehr als fraglich, ob ein Bezug nur auf Papier arbeitsökonomisch noch Sinn macht. Immerhin müssen im Bedarfsfall Papierregister durchsucht werden, und nicht immer stehen überhaupt Mehrjahresregister zur Verfügung. Auch eine solche Zeitschrift sollte eigentlich nur bezogen werden, wenn ein elektronischer Zugriff in Verbindung mit einer Suchfunktion über den wesentlichen Bestand zur Verfügung steht. Neben der CD wird dieser Zugriff zunehmend auch online angeboten. Eine Übersicht über die wesentlichen notarrelevanten Zeitschriften, ihre elektronische Verfügbarkeit und die Bezugskonditionen ist im Anhang enthalten.

Allenfalls der Bezug der NJW ausschließlich auf Papier lässt sich nach alledem noch mit drei Argumenten rechtfertigen. Zum Ersten sollte man gelegentlich noch aus dem Augenwinkel mitbekommen, was außerhalb der notarrelevanten Rechtsgebiete vor sich geht. Zum Zweiten hat das, was in der NJW veröffentlicht wird, aufgrund des Verbreitungsgrades dieser Zeitschrift auch ein besonderes Wirkungspotential. Die Anschaffung der NJW-CD rechnet sich aber zum Dritten (auch unter Berücksichtigung der mitgelieferten NJW-RR) im Hinblick auf den großen Preisaufschlag eigentlich genauso wenig wie der Onlinezugang.

Fraglich ist, ob der Bezug bzw. der Zugriff in rein elektronischer Form sinnvoll ist. Eine CD kann man nicht ohne PC, Installation und Aufruf zur Kenntnis nehmen, geschweige denn nur die Überschriften der neuesten Dokumente. Beim Onlinezugriff kann das je nach Oberfläche anders sein, doch muss der Interessent auch hier die Seite erst aufrufen und sich in der Regel mit Passwort und Kennung einloggen. Das ist nicht nur etwas umständlich, sondern wird auch mit Sicherheit häufig vergessen. Bei genauer Betrachtung ist es nämlich überaus hilfreich, mit der Tagespost rasch die Inhaltsangabe der neuen Ausgabe der Zeitschrift zu überfliegen. In der Regel bleiben die interessantesten Überschriften „hängen“, so dass man sich bei Bedarf daran erinnert, zu dem nun akuten Problem etwas gesehen (wenn auch noch nicht gelesen) zu haben. Vorzugswürdig ist also der Bezug der Zeitschrift auf Papier in Verbindung mit dem elektronischen Zugriff. Eine andere, ästhetische und betriebswirtschaftliche Frage ist, ob man die Jahrgänge noch für ca. 30–35 € pro Band (mit Einbanddecke, aber ohne MWSt.) binden lässt.

Kommentare und Handbücher

Auch Kommentare und Handbücher werden zunehmend in elektronischer Form publiziert und zwar teilweise nur auf CD, teilweise (vor allem Produkte aus dem Hause C. H. Beck) auch im Onlinezugriff. Besonders bei großen Werken, die bisher nur als Loseblattsammlungen verfügbar waren, ist die Verbesserung der Funktionalität m. E. so groß, dass die Papierversion ihre Existenzberechtigung verliert (so etwa *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht). Im Einzelfall kann aber

der notwendig zu zahlende „Paketpreis“ (Module des Beck-Verlages) abschrecken.

Ich wage die Vorhersage, dass die Tage des klassischen (Papier-)Kommentars noch mehr gezählt sind als diejenigen der Papierzeitschriften. Für die Nutzung des Kommentars brauche ich den vorherigen Blick auf das aktuelle Inhaltsverzeichnis nicht. Dank der Hyperlinktechnik können Texte nach meiner Überzeugung wesentlich anschaulicher gegliedert werden als mit dem schönsten Inhaltsverzeichnis. Die Gliederung mittels Hypertext ist nämlich im übertragenen Sinne dreidimensional und verfügt damit – unabhängig von der möglichen Einbindung von Graphiken und sogar Filmen – über eine Dimension mehr als der Papier-Kommentar.

Juristische Portale/Internetdatenbanken

Unter juristischen Portalen versteht man Internetauftritte, die den Zugang zu verschiedenen juristischen Informationen vermitteln, ohne dass der Inhaber der Seite diese unbedingt selbst bereitstellt. Letztlich handelt es sich immer um Datenbanken, deren Nützlichkeit von der Qualität der Inhalte und der Suchfunktion sowie vom Preis bestimmt wird. Mittlerweile werden sowohl Gesetze und Verwaltungsvorschriften wie auch Urteile, Aufsätze und ganze Kommentare im Internet bereitgestellt. Die wichtigste Internetdatenbank für Notare ist sicher diejenige des DNotI. Weitere interessante Datenbanken sind im Anhang zusammengestellt.

Benachrichtigung als Aufforderung zur Informationsbeschaffung

Der Bezug insbesondere von Zeitschriften in Papierform könnte entbehrlich werden, wenn der Verlag dem Abonnenten auf Papier oder (wenn ein Onlinezugriff besteht) am besten gleich per E-Mail die Inhaltsübersicht übermitteln würde, im letzteren Fall gleich mit Links auf die Volltextdokumente ausgestattet. Ähnliches leistet das DNotI mit dem DNotI-Report in Papierform und als E-Mail-Newsletter. Einen Service, der Zeitschriften auswertet, darüber berichtet und auf Anforderung das Volltextdokument liefert, bietet die Firma Jurion GmbH (www.jurion.de, Kurzbesprechung in ANWALT 4/2003, S. 28).

DNotI-Website als Anfangsseite einstellen

Wer wenigstens einmal die Woche selbst ins Internet geht, sollte „www.dnoti.de“ in seinem Browser als Anfangsseite einstellen. So kann er stets einen Blick auf die neuesten notarrelevanten Urteile und Gesetzgebungsakte bzw. -vorhaben werfen. Bei Bedarf bzw. Interesse ist das Dokument sofort auf dem Bildschirm und kann auch schnell ausgedruckt werden.

Auswertung von schwach strukturierten Informations„schüben“ auf Papier

Nach dem vorstehend Gesagten ist der Bezug von Periodika auf Papier, wenn auch selten alleine in dieser Form, noch sinnvoll. Wird nun im Inhaltsverzeichnis ein interessantes Dokument entdeckt, so fehlt doch häufig die Zeit, dieses sofort zu lesen. So landen Zeitschriften oder Kopien daraus häufig auf Stapeln, die immer weiter wachsen, ohne dass der Inhalt wirklich zeitnah zur Kenntnis genommen wird.

Selbst wenn die Dokumente zeitnah gelesen werden, bleibt normalerweise nicht allzu viel haften, wenn man an einem Abend eine Entscheidung im Erbrecht, einen Aufsatz zum GmbH-Recht und einen Erlass zum Grunderwerbsteuerrecht liest. Auswerten und Strukturieren heißt aber auch nicht unbedingt lesen, jedenfalls nicht sofort. Auswertung und Struk-

turierung bedeutet zunächst, zu entscheiden, ob ein Aufsatz oder eine Entscheidung u. U. interessant sein könnte. Auf der nächsten Stufe ist eine Ablage erforderlich, die eine leichte Rückholung der Informationsquelle zur vertieften Beschäftigung mit ihr gewährleistet. Als solches System bietet sich die Anlage eines gegliederten Archivs an, idealerweise elektronisch. Doch ist dies nicht erforderlich. Es genügt eine Reihe von Leitz-Ordnern mit Unterteilungsdeckeln.

Die hereinkommenden Zeitschriften werden auf potentiell interessante Entscheidungen oder Aufsätze durchgesehen. Auf einem Kopier- und Sortierauftrag (siehe Anhang) wird angekreuzt, welche Seiten zu kopieren sind und wo diese einzuordnen sind. Die Kopier- und Sortierarbeit kann delegiert werden. Auf diese Weise können ganze Entscheidungen und Aufsätze oder auch nur die ersten Seiten von Aufsätzen als Referenz sehr schnell zu Sachgebieten zusammengefasst und damit beschleunigt zugänglich gemacht werden.

Verknüpfung des neuen Wissens mit dem gesicherten eigenen Wissen

Das Potential neuen Wissens wird nur unzureichend ausgeschöpft, wenn neue Informationen erworben und sogar im Kopf verarbeitet werden, aber in der täglichen Büropraxis nicht systematisch verwertet werden. Systematische Verwertung heißt, dass die Information in die tägliche Vertragsgestaltung bzw. -abwicklung eingeht. Dazu ist eine möglichst technische Verknüpfung mit den vorhandenen Texten erforderlich.

Zweckmäßig ist es, neue Informationen sofort in Muster bzw. Bausteine einzuarbeiten, weswegen es von Vorteil ist, wenn von möglichst wenig Texten Doubletten existieren. Häufig ist dies aber aus Zeitgründen oder deshalb, weil noch vertiefende Überlegungen angestellt werden müssen, nicht möglich. Um in diesem Fall vorzubeugen, dass neue Erkenntnisse nicht verloren gehen, sind zwei Wege denkbar. Zum einen besteht die konventionelle Möglichkeit, eine neue Information zu kopieren und eine körperliche oder elektronische Notiz des entsprechenden Inhalts zu machen und diese zu archivieren. Damit diese Verfahrensweise aber nicht nur als Alibi taugt und Informationen in Wirklichkeit versenkt werden, muss zunächst ein Archivsystem bestehen, s. o. Jeder Archivordner muss aber sodann auch eine Wiedervorlage erhalten. Schließlich muss Zeit eingeteilt werden, um sich mit dem Inhalt des Archivordners und den diesbezüglichen Formularen und Texten zu beschäftigen. Eine weitere Möglichkeit bieten die bereits beschriebenen Kommentarfunktionen in der modernen Textverarbeitungssoftware. Wenn in Microsoft WORD ab Version 7.0 im Menü „Extras | Dokument schützen | Zulas-

sen“ „Anmerkungen“ eingestellt ist, aber kein Schreibschutz, können in einem Muster, einem Baustein, einer Hilfe jederzeit Anmerkungen angebracht werden.

Letztere Möglichkeit hat im Netzwerk übrigens jeder Benutzer. Dieser hat die Möglichkeit, seine Beobachtungen und Kommentare an dem Dokument anzubringen, ohne den ursprünglichen Text zu verändern. Falls gewünscht, kann die Aufhebung des Änderungsschutzes sogar mit einem Kennwort versehen werden, so dass nur die autorisierte Person, also im Normalfall der Notar, zur Änderung des Musters oder des Bausteins in der Lage ist. Im Gegensatz zum konventionellen Schreibschutz gehen aber interessante Ideen von anderen Nutzern nicht verloren.

Aktualisierung von Serienverträgen

Ein besonderes Problem stellt die Aktualisierung von Serienverträgen dar. Obschon der Anpassungsbedarf in der Mehrzahl der Fälle aus Veränderungen des Sachverhalts herrührt (z. B. die Aufteilung in Wohnungseigentum wurde inzwischen im Grundbuch vollzogen), erfordert auch die Änderung der Rechtslage die Anpassung der Musterverträge. Die am 1.1.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform ist ein gutes Beispiel. Die Bausteinverkettung mittels Makro kann hier nur mit Mühe verwendet werden, weil jeder Mustervertrag objektbezogene Besonderheiten enthält, die nicht in Bausteine, die für eine Vielzahl von Fällen konzipiert sind, Eingang finden können. Es müssten für jeden Objektvertrag Sonderbausteine erzeugt und mit den Standardbausteinen individuell verkettet werden, was einen immensen Programmieraufwand erfordert. Im Zweifel müssen also alle Musterverträge herausgesucht und überarbeitet werden.

Es hilft, wenn in der Kopfzeile des Mustervertrages (setzt dessen Erstellung voraus!) das Datum der letzten Überarbeitung offen (kein verborgener Text!) angegeben wird. Vor dem Versand des Entwurfs, spätestens zu Beginn des Vorlesens kann der Notar durch einen Blick auf die Kopfzeile feststellen, wie alt das zugrunde liegende Muster ist, und wird dadurch gegebenenfalls veranlasst, Rücksprache beim Sachbearbeiter zu nehmen, ob das Muster bereits angepasst wurde. Diese Sicherung erweist sich auch als hilfreich, wenn der Notar vor Beurkundung eines Verbrauchervertrages feststellen will, ob der Unternehmer dem Verbraucher auch die Version des Vertrages (rechtzeitig 14 Tage vor dem Beurkundungstermin) ausgehändigt hat, die er zu verlesen beabsichtigt.¹⁹

¹⁹ Vgl. Hantke/Kirchner/Malzer/Pauker/Schervier, MittBayNot 2002, 454, Ziff. 4.2.1.2.

Anhang**I. Organisation und Sicherung von EDV-Dateien***Vorbemerkung:*

Ziel der nachfolgenden Dienstanweisung für die Arbeit mit dem Computersystem ist

1. die Auffindbarkeit von Dateien;
2. die Sicherung von erstellten Dateien;
3. der Schutz des Systems gegen Infektion mit Computerviren und andere Störungen von außen;
4. die Verfügbarkeit von Wissen für das ganze Büro;
5. die Einsparung von Speicherplatz.

Systemadministrator:

Aufgabe des Systemadministrators ist es,

- die Einhaltung dieser Anweisung zu überwachen und sicherzustellen. Hierzu ist der Systemadministrator bzw. sein Stellvertreter gegenüber allen Mitarbeitern weisungsbefugt;
- die Pflege der EDV, d. h. der Hard- und Software, durchzuführen bzw. durch die Systempartner durchführen zu lassen. Hierzu gehört auch die Fehlerbehebung;
- Vorschläge für die Verbesserung des EDV-Einsatzes zu machen.

Systemadministrator ist: 1. Stellvertreterin, 2. Stellvertreterin:

1. Organisation der Dateien

Das Speichern von Dateien auf den Festplatten der Arbeitsplatzrechner ist unzulässig, soweit hierin nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder zugelassen. Dateien sind ausschließlich auf dem Netzwerkservers und – soweit dies technisch irgendwie möglich ist – lediglich in Ordnern abzulegen. Das unmittelbare Speichern von Einzeldateien, insbesondere Vorlagen oder Dokumenten unter WORD, auf dem Server ist zu unterlassen. Dort versehentlich gespeicherte Dokumente werden vom Systemadministrator nach Rücksprache mit dem Ersteller entweder umgespeichert oder gelöscht.

Die Anlage eines neuen Ordners – auch eines Unterordners – ist nur mit Einverständnis des Systemadministrators zulässig. Ausgenommen ist die automatische Neuanlage eines Ordners durch PACTUM im Rahmen der Anlage einer Vorgangsakte. Diese Beschränkung gilt grundsätzlich auch für die Firmen, welche unsere EDV betreiben.

Für jeden Mitarbeiter ist ein persönlicher Ordner als Unterordner zum Hauptordner „Pers“ angelegt, in dem dieser Mitarbeiter Dokumente ablegt, die sich keiner Akte zuordnen lassen.

2. Sicherung der Dateien vor Verlust, Zerstörung oder Beschädigung**2.1 Sicherung vor Verlust:****2.1.1 Tägliche Sicherung ...****2.1.2 Quartalsweise Sicherung der Muster und Bausteine:**

An jedem ersten Montag im Quartal kopiert jeder Mitarbeiter alle Muster, Bausteine, Schreiben und Hilfen vom Server in entsprechend bezeichnete Ordner auf der Festplatte seines Arbeitsplatzrechners. Die Ordner auf dem Arbeitsplatz tragen die Bezeichnung NOTE, NOTG, NOTH, NOTS, NOTSV, NOTV und NOTHILF. Vor dem Kopieren ist der Inhalt der NOT-Ordner zu löschen.

2.1.3 Schutz der Muster und Bausteine vor versehentlichen Veränderungen:

Formulare, Bausteine, Hilfen und Vollzugsschreiben sind entweder mit Schreibschutz zu versehen (im Explorer auf das Dokument klicken, rechte Maustaste bedienen, im Menü „Eigenschaften“ auswählen und „Schreibschutz“ anklicken) oder es dürfen nur Anmerkungen zugelassen sein („Extras | Dokument schützen | Zulassen: Anmerkungen“, „OK“).

2.1.4 Schutz der Dateien auf dem Grundbuch-PC: ...

2.2 Sicherung vor Zerstörung bzw. Beschädigung, insbesondere durch Computerviren ...

3. Kategorisierung der Vorgangsakten ...

4. Organisation und Bezeichnung von Formularen und Bausteinen

4.1 Formulare und Bausteine werden zunächst nach Sachgebiet in folgende Ordner (Textpfade) organisiert:

\E\ Ehe- und Familienrecht; Erbrecht

\G\ Grundstücksrecht

\H\ Handels- und Gesellschaftsrecht, Vereinsrecht, Umwandlungsrecht usw.

\V\ Vollmachten und Genehmigungen

\S\ Sonstiges

4.2 Innerhalb der Ordner werden jeweils folgende Unterordner eingerichtet:

\Muster\ für Muster von Verträgen und Erklärungen (ohne Vollzugserklärungen)

\Baustein\ für Textbausteine zu den Mustern des jeweiligen Sachgebiets

\Beispiel\ für konkrete Urkunden, die für späteren Zugriff bewahrt werden sollen

\Schreiben\ Muster für Vollzugserklärungen und Anschreiben.

4.3 Innerhalb der Unterordner werden Formulare mit einer systematischen gegenstandsbezogenen Kurzbezeichnung versehen. Die Kurzbezeichnung kann seit dem Aufspielen der neuen Netzwerksoftware auch aus mehr als acht Buchstaben bestehen. Doch Vorsicht: Lange Dateinamen erleichtern das Auffinden von Dateien nicht immer. Einmal leidet sehr schnell die Systematik. Namen thematisch zusammenhängender Bausteine oder Muster müssen immer noch mit dem gleichen Buchstaben beginnen. Beispiel: KAUFGRST oder KAUFGRUNDSTÜCK, nicht GRUNDSTÜCKSKAUF, oder UEBWEG oder UEBEIGENTUMSWHG, nicht WOHNUNGSÜBERLASSUNG. Zum anderen führen zu lange Dateinamen dazu, dass die Auswahlfenster nur noch eine ganz geringe Zahl von Bausteinen gleichzeitig darstellen können. Die Kürzel dürfen deswegen regelmäßig nur auf ca. 15 Zeichen verlängert werden.

4.4 Einzelne Textbausteine, die in einer Vielzahl von verschiedenen Vertragsarten innerhalb eines bestimmten Sachgebietes oder über das Sachgebiet hinaus verwendet werden, beginnen immer mit „99“.

4.5 Grundstücksvertragsformulare sind so aufgebaut, dass Standardklauseln in allen Verträgen die gleiche §-Nummer tragen. Beispiel: Die Vollzugsvollmacht befindet sich stets in § 9. § 13 enthält im Grundstückskaufvertrag stets die Regelungen zum Vorkaufsrecht, im Kaufvertrag betreffend Eigentumswohnungen stets die Regelungen über den Eintritt in die Mit-eigentümergeinschaft. Dementsprechend haben Bausteine zu Grundstückskaufverträgen zunächst einen Kennbuchstaben für den Vertragstyp (K für Bausteine zu Kaufverträgen; B für Bausteine zu Bauträgerkaufverträgen; T für Bausteine zu Tauschverträgen usw.). Danach folgt eine zweistellige Ziffer, die den Paragraphen bezeichnet, zu dem der Baustein eine Ergänzung oder Alternative darstellt (Beispiel: Fälligkeitsvoraussetzungen sind stets in § 4 geregelt, dementsprechend beginnen alle Kaufvertragsbausteine zu Fälligkeitsvoraussetzungen mit „K04“).

Die weiteren Stellen des Kürzels bestehen dann vorzugsweise aus Buchstaben, welche den Inhalt des Bausteins sinnvoll abkürzen (Beispiel: Baustein für die Fälligkeitsvoraussetzung, Vorliegen aller zur Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen: „K04LA“).

4.6 Stellt sich an einer bestimmten Stelle in einem Formular eine klare Alternative (etwa: Es wird gewünscht, dass der Notar die Urkunde zum Vollzug erst vorlegt, wenn die Kaufpreiszahlung bestätigt ist – Ja oder Nein), so hat der Baustein, der die Regelung enthält, wonach dies nicht gewünscht wird, immer die Endziffer 0, der Baustein, wonach dies gewünscht wird, immer die Endziffer 1 (entsprechend der binären Computersprache 0 = kein Strom = Nein, 1 = Strom = Ja).

Männliche und weibliche Varianten von Bausteinen sind durch ein zusätzlich angehängtes „M“ bzw. „W“ gekennzeichnet. Die Alternative verheiratet oder verlobt ist durch ein angehängtes „VH“ bzw. „VL“ gekennzeichnet. Einzahl- und Mehrzahl-Varianten sind gekennzeichnet durch ein angehängtes „S“ für Singular/Einzahl und „P“ für Plural/Mehrzahl. Vielfach werden Plural/Singular-Alternativen jedoch auch dadurch gekennzeichnet, dass die Einzahl-Alternative eine „1“ als Endziffer hat und die Mehrzahl-Alternative eine „2“ (Beispiel: Übernahme von Mietverhältnissen im Kaufvertrag: Einzahl = K0511; Mehrzahl = K0512).

II. Kopier- und Sortierauftrag

Bitte kopieren Sie aus

<input type="checkbox"/> Bay. Justizministerialblatt	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> BayVBl	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> Bundesgesetzblatt	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> DNotI-Report	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> DNotZ	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> GmbH-Rundschau	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> MittBayNot	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> NJW	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> NZG	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> ZEV	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> ZfIR	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> ZNotP	S. _____ bis S. _____
<input type="checkbox"/> _____	S. _____ bis S. _____

für

<input type="checkbox"/> S	<input type="checkbox"/> A
<input type="checkbox"/> G	<input type="checkbox"/> B
<input type="checkbox"/> P	<input type="checkbox"/> Y
<input type="checkbox"/> .	

und geben die Kopie mit diesem Auftrag der betr. Person

- zur Kenntnisnahme
- z. K. und Bspr. in der nächsten Teambesprechung
- z. K. und Bspr. in der nächsten Bürobesprechung

und sortieren die Kopie mit diesem Auftrag ein

- in die umseitig bezeichnete Themenmappe
- in die Akte

Zeichen des/der Ausführenden: _____

III. Beispiel einer Ablagelogik

Ausland	– Ausländisches Recht (ohne Gesellschaftsrecht)
Ausland	– Gesellschaftsrecht
Ausland	– IPR
E+E	– Ehe-/Familien-/Nichtehelichen-Recht
E+E	– Erbrecht/Nachlassrecht
Grundstücksrecht (GR)	– Allgemeines
Grundstücksrecht (GR)	– Bauträgerkauf
Grundstücksrecht (GR)	– Dienstbarkeiten und andere Rechte in Abt. II
Grundstücksrecht (GR)	– Erbbaurecht
Grundstücksrecht (GR)	– Grundpfandrechte, Kredit- u. KreditsicherungsR
Grundstücksrecht (GR)	– Kauf und Tausch von Immobilien und Erbteilen (ohne Bauträgerkauf)
Grundstücksrecht (GR)	– Miet- und Pachtrecht
Grundstücksrecht (GR)	– Überlassung von Immobilien (auch Gesellschafts- und Erbanteilen)
Grundstücksrecht (GR)	– WEG
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Allgemeines (übergreifende Fragen)
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Aktienrecht/KGaA/GenR/VereinsR
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– GmbH-Recht
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Personengesellschaftsrecht
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Kauf von Unternehmen und Beteiligungen
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Konzernrecht/Betriebsaufspaltung/Unternehmenspacht
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Stiftungsrecht
Handels- und Gesellschaftsrecht (HGR)	– Umwandlungsrecht
Kostenrecht	
Notariatsführung	– im Schrank bei S
Öffentliches Recht (ÖR)	– Baurecht
Öffentliches Recht (ÖR)	– Ortsrecht Landshut
Öffentliches Recht (ÖR)	– Sozialrecht
Steuerrecht	
Verschiedenes	
Verschiedenes	– Mediation, Schlichtung
Verschiedenes	– Verfahrensrecht (AnfG/BeurkG/FGG/GBO/InsO/ZPO/ZVG)
Verschiedenes	– Wiedervereinigungsrecht
Vertragsgestaltung für Referendare	– im Schrank bei S
Vollmachten, Vertretungsrecht	

IV. Ausgewählte juristische Internetangebote

Adresse www.	Testberichte, Beschreibung	Kosten	Anbieter
beck-online.de	ANWALT 5/2003, S. 28 Onlinezugang zu Gesetzes- sammlungen (Schönfelder, Sartorius, Ziegler), Zeitschriften (z. B. NJW, ZEV, NZG) und Kommentaren (z. B. Münch- Komm) des Verlags	Abonnements einzelner Fach- module und/oder Publikationen; Preisvorteile bei Abo mehrerer Module und/oder Druckausgaben; Einzelbezug von Dokumenten („beck-online.treffer“) möglich, aber teuer	C. H. Beck
bundesfinanzhof.de	Entscheidungen ab 2000 im Volltext, Suchfunktion	kostenlos	Gericht
bundesgerichtshof.de	Entscheidungen ab 2000 im Volltext, Suchfunktion	kostenlos	Gericht
bundesverfassungsgericht.de	Entscheidungen ab 1998 im Volltext, Suchfunktion	kostenlos	Gericht
bundesverwaltungsgericht.de	ausgewählte Entscheidungen ab 2002 im Volltext, Suchfunktion	kostenlos	Gericht
jurisweb.de	ANWALT 4/2003, S. 24 Ermöglicht den Zugriff auf Urteile und Normen, die unter- einander verlinkt sind	Grundpreis 25 €/Monat Normen: 1 € pro § Kurztext: 2,50 €/Stück Langtext: 4,50 €/Stück	juris GmbH, Saarbrücken
marktplatz-recht.de bzw. alexis.de	Sammelportal für das Angebot einzelner Anbieter, z. B. ZAP-Ver- lag, Bundesanzeiger, LexisNexis, aber auch Creditreform und juris, die mit einer Zugangskennung und einem Passwort aufgerufen werden können und auch einheit- lich abgerechnet werden	kostenpflichtig; je nach Anbieter müssen Abos genommen werden	Soldan-Stiftung
staat-modern.de	Nachweis der Bundesgesetze im Volltext, aber mit einer wenig komfortablen Suchfunktion und ohne Verlinkung untereinander	kostenlos	Bundesjustiz- ministerium und juris GmbH
westlaw.de	ANWALT 6/2003, S. 51 Volltextrecherche z. B. in Stau- dingers Kommentar zum BGB, Betriebs-Berater	100 €/Monat für Staudinger, im Übrigen 2–13 € pro Dokument	Deutscher Able- ger der amerika- nischen Westlaw- Verlagsgruppe

V. Übersicht: Notarrelevante Zeitschriften

DNotZ	Entscheidungen, Auf- sätze, Mitteilungen	€ 82/Jahr zzgl. Versandkosten	online verfügbar ab 1986 € 125/Hj., € 95 für Bezieher der Papiaerausgabe in DNot-CD ²⁰ enthalten	C. H. Beck
MittBayNot	Entscheidungen, Auf- sätze, Mitteilungen	für Mitglieder des Bayerischen Notar- vereins im Beitrag enthalten	online im PDF-Format (keine Suchfunktion) in DNot-CD enthalten	Landesnotarkammer Bayern
RNotZ (vormals MittRhNotK)	Entscheidungen, Auf- sätze, Mitteilungen		in DNot-CD ab 1986 ent- halten	Rheinische Notar- kammer

²⁰ Preis € 498 einmalig (Vorzugspreis für Abonnenten der DNotZ) und € 198/Hj.

BWNotZ	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen		in DNot-CD ab 1986 enthalten	Württembergischer Notarverein
DNotI-Report	Gutachten im Volltext und als Hinweis auf Faxabruf, Rechtsprechung in Zusammenfassungen mit Hinweis auf Faxabruf	im Kammerbeitrag enthalten	online verfügbar (keine Suchfunktion); per E-Mail als PDF-Datei mit den Faxabrufdokumenten in WORD; in DNot-CD enthalten (ohne die Dokumente im Faxabruf)	Bundesnotarkammer
ZNotP	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen, Formulierungshilfen, Wissenstests	€ 111/Jahr zzgl. Versandkosten	online nur Inhaltsübersichten, keine CD	ZAP-Verlag
NotBZ	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen	€ 109/Jahr zzgl. Versandkosten	nein	Otto Schmidt Verlag
NJW	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen	€ 98/Halbjahr zzgl. Versandkosten (tatsächlich € 73,50 + € 19,30)	online verfügbar ab 1981 € 220/Hj.; € 180 für Bezieher der Papierausgabe im Online-Modul „Zivilrecht“ enthalten CD/DVD-Grundwerk € 998 (€ 748 für Bezieher der NJW); Abo € 248/Hj. zzgl. Versand	C. H. Beck
GmbH-Rundschau	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen, Gutachten; Zivil- und Steuerrecht der GmbH, aber auch der GmbH & Co KG, Umwandlungsrecht	€ 209/Jahr inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten	CD ab 1991 Grundwerk € 156 CD-Abo in der Papierausgabe enthalten, sonst € 78,80/Hj. zzgl. Versand online nur Inhaltsübersichten ab 1.7.98	Centrale für GmbH Otto Schmidt Verlag
NZG	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen zum Gesellschaftsrecht allgemein	€ 124/Halbjahr (€ 110 für Bezieher der NJW) (tatsächlich € 82,50 + € 8,90)	online verfügbar ab 1998, aber nur im Rahmen des Moduls Handels- und Gesellschaftsrecht, keine CD	C. H. Beck
FamRZ	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen zum Familienrecht	€ 172/Jahr inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten	CD ab 1986 (Lit. ab 1976) Grundwerk € 249, Abo € 99/Jahr	Giesecking
ZEV	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen zum Erbrecht	€ 118/Halbjahr, tatsächlich € 88,50 + € 5	online verfügbar ab 2000 € 105/Hj., € 40 für Bezieher der Papierausgabe, keine CD	C. H. Beck
ZfIR	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen zum Immobilienrecht	€ 270/Jahr inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten	online fast nur Inhaltsübersichten, keine CD	RWS-Verlag
DStR	Entscheidungen, Aufsätze, Mitteilungen zum Steuerrecht	€ 112/Halbjahr	online verfügbar ab 1991 € 105/Hj., € 50 für Bezieher der Papierausgabe CD/DVD Grundwerk € 298 (€ 198 für Bezieher der Papierausgabe) einmalig, Abo € 79/Hj.	C. H. Beck

Zeitmanagement – Grundzüge und Anwendung im Notariat

Von Oberregierungsrätin *Simone Naumann*¹, Mainz, und Notar *Martin Naumann*, Kusel

I. Grundlagen des Zeitmanagements

1. Warum Zeitmanagement

„Unsere Zeit wird uns teils geraubt, teils abgeluchst, und was übrig bleibt, verliert sich unbemerkt.“ Diese Beobachtung von *Seneca* über Zeitschwund trifft oft auch heute noch auf den Alltag und Büroalltag zu: Zunächst gibt es die echten Zeitdiebe: den Stau auf der Fahrt zur Arbeit, unangemeldete Besucher, Leute, die sich nicht kurz fassen können und immer wieder vom Thema abschweifen. Dann die tückischen (unbemerkten) Zeitfallen: Telefonate zwischen und während der Termine, Mitarbeiter, die wiederholt mit Kleinigkeiten ankommen, Lärmbelästigungen usw. Aber zu guter Letzt tragen wir selber einen großen Teil dazu bei, dass unsere Zeit verloren geht: wenn wir konzentrierte Arbeiten für ein Telefonat oder eine spontane Idee unterbrechen oder sich Termine z. B. aufgrund schlechter Vorbereitung in die Länge ziehen. Gutes Zeitmanagement kann hier Abhilfe schaffen.

Grundgedanke des Zeitmanagements ist es, die zur Verfügung stehende Zeit optimal zu nutzen, sein Leben bewusster zu steuern (Selbstbestimmung) und weniger Spielball der Arbeits- und Lebensverhältnisse anderer (Fremdbestimmung) zu sein.² Für den beruflichen Bereich bedeutet dies, effizient und effektiv zu arbeiten. Das Zeitmanagement basiert auf Arbeitstechniken, die helfen, die eigenen Lebensbereiche so zu organisieren (= zu managen), dass die zur Verfügung stehende Zeit sinnvoll und optimal genutzt wird.³

Die durch die konsequente Anwendung dieser Techniken erzielten Einsparungen mögen zunächst unbedeutend erscheinen. Was wir gewinnen möchten, wäre ein ganzer Tag oder zumindest eine Stunde ohne Unterbrechung. Fünf Minuten sind demgegenüber eine kurze Zeit, deren praktischer Wert zunächst gering erscheint. Werden diese fünf Minuten jedoch durch die Steigerung der Produktivität bei einer kleinen Aufgabe eingespart, die regelmäßig jeden Tag ausgeführt werden muss, dann summieren sie sich in einem Jahr zu mehr als 18 Stunden! Dies sollte jedem eine Überlegung wert sein.

2. Selbstanalyse und Zielsetzung

Die Voraussetzung dafür, dass man an seinem persönlichen Arbeitsstil etwas ändert, ist zunächst die Kenntnis darüber, wohin die knappe Zeit geht, was man im Einzelnen tut und wie man es tut.⁴ Denn darüber bestehen allzu oft völlig falsche Vorstellungen. Üblicherweise überschätzen wir die Zeit, die wir mit wichtigen und interessanten Dingen zugebracht haben, und andererseits unterschätzen wir, wie viel Zeit beim Warten, Trödeln und mit Nebensächlichkeiten vergangen ist.⁵ Eine Situationsanalyse – auch Zeitinventur genannt – bringt die tatsächlichen persönlichen Arbeitsgewohnheiten ans Licht sowie die Störfaktoren und „Zeitdiebe“.

Wer eine genaue Analyse erhalten möchte, sollte eine Woche lang alles (!) notieren, was er/sie⁶ im Laufe eines Tages tut.⁷ Die lästige Pflicht, die Dinge zu notieren, beansprucht nur wenige Sekunden, verhilft aber zu einem aussagekräftigen Ergebnis. Für die Zeitinventur bietet sich folgendes Formular an:

Tätigkeit	von – bis	Dauer	Priorität	Störung von – bis	Dauer	Ursache

Beim Ausfüllen der Störungen sollte man auch daran denken, nicht nur Einflüsse von außen zu notieren, sondern auch, wenn man sich selbst in seinem Arbeitsablauf stört, z. B. während einer wichtigen Tätigkeit spontan zum Telefonhörer greift usw.

Analysieren Sie nach Ablauf einer Woche

- die Stärken ihrer Arbeitstechniken,
- die persönlichen Schwachstellen
- die Störungen
- und Gegenmaßnahmen.

Die Zeitinventur ermöglicht es auch, die einzelnen Tätigkeiten tages- oder wochenweise aufzuaddieren, um Durchschnittswerte für den täglichen oder wöchentlichen Zeitanfall (z. B. für das Telefonieren, Mitarbeiterbesprechungen, Mandantenbesprechungen, Vorbereiten von Entwürfen usw.) zu erhalten, die so genannte Zeitbedarfsanalyse.⁸

Nachdem die Situationsanalyse den bisherigen Arbeitsstil und die genauen Faktoren aufgezeigt hat, kann man mit einem höheren Problembewusstsein an die Zielsetzung und Realisierung des Zeitmanagements gehen.

Geben Sie ihren persönlichen und beruflichen Zielen zeitliche Vorgaben – einen „roten Faden“, der auch in hektischen Zeiten die Schwerpunkte markiert.

3. Planung

Die allgemeine Erfahrung in der betrieblichen Praxis zeigt, dass man mit mehr Aufwand an Planungszeit weniger Zeit für die Durchführung benötigt und in der Summe Zeit einspart.⁹ Meistens reichen zehn Minuten Planungszeit pro Tag bereits aus.

a) Grundregel 60:40

Ein wichtiges Grundprinzip der Zeitplanung lautet: Pufferzeiten einplanen. Jeder, der dienstleistungsorientiert arbeitet, weiß, dass Kunden oder Mandanten anrufen, eilige Fragen stellen oder kurzfristige Termine haben möchten. Ebenso können immer wieder unvorhergesehene Probleme auftauchen oder sich Beurkundungen durch neue Mandantenwünsche in die Länge ziehen.

¹ Bis zur Elternzeit Personalreferentin im Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau.

² *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 14.

³ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 14.

⁴ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 25.

⁵ *Schneider/Schneider*, Effektives Zeitmanagement, S. 17.

⁶ Wenn nachfolgend von „der Notar“ gesprochen wird, ist selbstverständlich auch immer „die Notarin“ gemeint.

⁷ *Schneider/Schneider*, Effektives Zeitmanagement, S. 19.

⁸ *Schneider/Schneider*, Effektives Zeitmanagement, S. 19.

⁹ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 87.

Verplanen Sie daher nur einen bestimmten Teil Ihrer Arbeitszeit, erfahrungsgemäß 60 %.

Ca. 20 % sollten für unerwartete Aktivitäten verbleiben (Reserve für Pufferzeiten und nicht planbare Aktivitäten).

Weitere 20 % sollten für spontane Aktivitäten reserviert bleiben (Führungstätigkeiten, kreative Zeiten).¹⁰

Ihre Zeitinventur und Tätigkeitsanalyse helfen Ihnen dabei, die oben genannten Werte auf Ihre persönliche Arbeitssituation anzupassen.

b) ALPEN-Methode

Pläne, die man nur „im Kopf“ hat, lassen den Überblick verlieren und werden leichter umgeworfen. Schriftlich fixierte Pläne motivieren, bedeuten Arbeitsentlastung des Gedächtnisses und lassen Kontrolle zu. Daher ist für die Tagesplanung Schriftlichkeit unerlässlich.¹¹

Eine relativ einfache Methode zur Tagesplanung stellt die ALPEN-Methode dar. Ihre Anfangsbuchstaben symbolisieren jeweils einen Begriff der Planung:

- Aufgaben zusammenstellen
- Länge der Tätigkeiten schätzen und aufschreiben
- Pufferzeiten für Unvorhergesehenes reservieren (60:40-Regel)
- Entscheidungen über Prioritäten, Kürzungen und Delegation
- Nachkontrolle – Unerledigtes übertragen¹².

Wer am Vorabend den Plan für den nächsten Tag bearbeitet, geht nicht nur mit gutem Überblick und ruhigem Gewissen nach Hause, sondern „startet am nächsten Morgen durch“ und kann die effektiven frühen Stunden optimal nutzen.

4. Prioritäten setzen

Entscheidung im Sinne des Zeitmanagements bedeutet, eine Auswahl über Art und Umfang der vorrangig durchzuführenden Aufgaben zu treffen, Prioritäten zu setzen. Ein Hauptproblem von Führungskräften liegt darin, oft zu viele Arbeiten auf einmal erledigen zu wollen. Am Ende eines harten Arbeitstages steht oft die Erkenntnis, dass man zwar viel gearbeitet hat, aber die wichtigen Dinge oft liegen geblieben oder nicht fertig gestellt worden sind. Setzen Sie Prioritäten und erledigen Sie die anstehenden Aufgaben konsequent in der gewählten Reihenfolge.

a) Pareto-Prinzip (80:20-Regel)

Einen wichtigen Erfahrungswert bei der Prioritätensetzung stellt das Pareto-Prinzip (oder auch 80:20-Regel genannt) dar. Das auf den italienischen Volkswirtschaftler *Vilfredo Pareto* zurückgehende Prinzip geht davon aus, dass innerhalb einer gegebenen Gruppe oder Menge einige wenige Teile einen weit größeren Wert aufweisen, als dies ihrem relativen, größenmäßigen Anteil an der gesamten Menge dieser Gruppe entspricht. Dieser Erfahrungssatz findet sich in weiten Bereichen des Wirtschaftslebens wieder. Etwa: 20 % der Kunden bringen 80 % des Umsatzes, in dem ersten Fünftel einer Sitzung werden bereits vier Fünftel der Entscheidungen getroffen, usw.¹³ Auf den Prozess der Leistungserbringung in einem Büro oder einer Kanzlei übertragen bedeutet dies, dass man

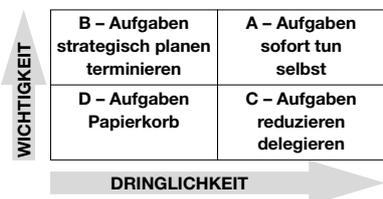
mit den ersten 20 % der aufgewendeten Zeit bereits 80 % des erreichbaren Ergebnisses erzielt.¹⁴ Dagegen erbringen die restlichen 80 % der aufgewendeten Zeit dann nur noch 20 % der erreichbaren Gesamtleistung. Für die tägliche Arbeit bedeutet dies, sich nicht zuerst den interessantesten oder den Arbeiten mit dem geringsten Zeitaufwand zuzuwenden, sondern den bedeutendsten und wichtigsten.

b) ABC-Analyse

Bei der Prioritätensetzung kann auch nach der ABC-Analyse vorgegangen werden. Diese Technik basiert auf der Erfahrung, dass der prozentuale Anteil der wichtigen und weniger wichtigen Aufgaben im Verhältnis zur Menge aller Aufgaben im Allgemeinen (100 %) konstant ist.¹⁵ Die wichtigsten Aufgaben, A-Aufgaben, machen etwa 15 % aller Tätigkeiten aus. Der Beitrag zur Zielerreichung, also der eigentliche Wert dieser Aufgaben, beläuft sich jedoch auf 65 %. Die durchschnittlich wichtigen Aufgaben, B-Aufgaben, betragen etwa 20 % aller Aufgaben und auch 20 % des Wertes aller Aufgaben. Die weniger wichtigen oder unwichtigen Aufgaben, C-Aufgaben, machen hingegen 65 % der Arbeitsbelastung aus, tragen jedoch nur mit ca. 15 % zum Ergebnis bei.¹⁶ Mithin sollte die Führungskraft versuchen, sich in erster Linie den A-Aufgaben und erst nach deren Erledigung den B-Aufgaben zu widmen. Die C-Aufgaben sollten soweit möglich delegiert werden. Orientieren Sie Ihre planbare Zeit an der Bedeutung der Aufgabe und nicht an ihrem prozentualen Anteil an der Menge aller Aufgaben.

c) Eisenhower-Prinzip

Die auf den US-General *Dwight Eisenhower* zurückgehende Entscheidungsregel ist ein einfaches, praktisches Hilfsmittel, insbesondere, wenn schnell entschieden werden muss, welchen Aufgaben der Vorrang einzuräumen ist. Prioritäten werden nach den Kriterien Dringlichkeit und Wichtigkeit gesetzt.¹⁷



Wichtigkeit bedeutet dabei Ziele, Ergebnisse, Werte oder auch Erfolg. Dringlichkeit steht für Zeit, Termindruck, Sofort erledigung. Dringende Dinge haben immer mit Prioritäten und Terminen anderer zu tun.¹⁸ Infolge dieses Drucks von außen wird ihnen oft der Vorrang eingeräumt. Das Eisenhower-Prinzip geht jedoch von folgenden Maßstäben aus:

Dringliche und zugleich wichtige Aufgaben (A) müssen sofort angegangen und von Ihnen selbst erledigt werden. Bei dringlichen und weniger wichtigen Aufgaben (C) besteht die Gefahr, sich von der „Tyrannei des Dringenden“ verschlingen zu lassen und sich diesen Aufgaben selbst zu widmen. Wenn die Aufgabe aber gleichzeitig weniger wichtig ist, sollte sie auf jeden Fall delegiert werden. Wichtige, aber nicht dringliche Aufgaben (B) können zunächst warten. Sie dürfen bei der Planung aber nicht vergessen werden und sollten mit einem internen Termin versehen werden. Zu schnell passiert es, dass diese Aufgaben in der Hektik des Tagesgeschäfts vergessen werden und schließlich nach Ablauf einer längeren Zeitspanne doch eilig werden.

¹⁰ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 92.

¹¹ *Seiwert*, Wenn Du es eilig hast, gehe langsam, S. 182.

¹² *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 109.

¹³ *Bossong*, Effektives Zeitmanagement, S. 22 ff.

¹⁴ *Depré* in Die moderne Anwaltskanzlei, S. 266.

¹⁵ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 133.

¹⁶ *Depré* in Die moderne Anwaltskanzlei, S. 261.

¹⁷ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 138.

¹⁸ *Seiwert*, Wenn Du es eilig hast, gehe langsam, S. 169.

d) Delegation

Delegation ist nicht nur eine der wichtigsten Methoden des Zeitmanagements, sondern eine Schlüsselfunktion jeder Führungskraft.¹⁹ Die Vorteile der Delegation liegen auf der Hand:

- Sie verschafft der Führungskraft Zeitgewinn im eigenen Aufgabenbereich.
- Erfahrung und Potential der Mitarbeiter werden genutzt.
- Die Kompetenz der Mitarbeiter wird gefördert.
- Mitarbeiter werden motiviert.²⁰

Delegation ist demnach für Führungskraft und Mitarbeiter gleichermaßen von Vorteil. Dennoch wird die Delegation nach wie vor viel zu wenig eingesetzt. Viele Führungskräfte wollen nicht delegieren. Zum Teil besteht die Angst, der Mitarbeiter könne Fehler machen – oder im Gegenteil, er könne sogar besser sein, als man selbst. Oft heißt es aber: „Das geht schneller, wenn ich es selber mache.“ Letzteres mag bei manchen Dingen durchaus zutreffen. Handelt es sich jedoch um Aufgaben, die häufig anfallen, lohnt es sich, in die Einweisung des Mitarbeiters Zeit zu investieren, um am Ende bei jedem neuen Arbeitsanfall Zeit zu sparen.

Neben dem delegieren *wollen* steht aber auch das delegieren *können*. Der oft gebrauchte Satz „Machen Sie das mal!“ hat mit wirklicher Delegation nichts zu tun. Wer delegiert, muss sich sowohl über die genaue Aufgabe als auch das Potential des Mitarbeiters im Klaren sein. Hier hilft die IMPUT-Regel, die erforderlichen Angaben im Auge zu behalten:

- | | |
|--------------------|---|
| – Inhalt | Was soll getan werden? |
| – Motivation, Ziel | Warum soll es getan werden? |
| – Person | Wer soll es tun? |
| – Umfang, Details | Wie soll es getan werden? |
| – Termin | Wann soll es erledigt sein? ²¹ |

4. Organisation des Arbeitstages

„Wer alles nimmt, wie es kommt, der arbeitet nicht, der wird gearbeitet.“²² Unser Bestreben sollte daher sein, über unsere Arbeit zu verfügen und sie zu organisieren, und nicht umgekehrt. Das Zeitmanagement bietet auch für die Gestaltung des Tages und der Arbeitsabläufe bewährte Regeln und Prinzipien an:

a) Schwerpunktaufgaben des Tages an den Anfang legen

Nachdem Pareto-Prinzip, ABC-Analyse und Eisenhower-Prinzip geholfen haben, Prioritäten zu setzen und die wichtigsten Aufgaben herauszufinden, sollte mit diesen gleich am Morgen begonnen werden. Daher lesen erfolgreiche Manager ihre Post nicht als erstes, sondern dann, wenn sie eine Reihe von wichtigen Dingen (A-Aufgaben) erledigt haben – selten nämlich enthält die eingehende Tagespost Dinge, die von höchster Priorität sind und sofort erledigt werden müssen.²³ Man sollte daher immer mit den wichtigsten Tagesaufgaben anfangen.

b) Serienproduktion von kleineren, ähnlichen Aufgaben

Durch die Soforterledigung bzw. Einzelfertigung von kurzen Telefonaten, Kurzmitteilungen, Briefen und Besprechungen

geht eine Menge Zeit verloren. Routinetätigkeiten können besser in Serienfertigung erledigt werden, indem gleichartige Aufgaben zu Arbeitsblöcken zusammengelegt werden.²⁴ Es bietet sich z. B. auch an, allen Lesestoff, den man nur kurz überfliegen muss, für einen Arbeitsblock anzusammeln.

c) Angefangene Arbeiten sinnvoll abschließen, impulsive Aktivitäten vermeiden

Es kostet viel Zeit, sich in einen Vorgang einzuarbeiten und alle Gedankenschritte bis zum aktuellen Stand durchzugehen. Nach einer Unterbrechung, und sei sie noch so kurz, muss man „diesen Faden erst wieder aufnehmen“. „Arbeitspringerei“ sollte daher vermieden werden. Versuchen Sie, angefangene Dinge immer zu Ende zu bringen oder zumindest an sinnvoller Stelle zu unterbrechen.²⁵ Überlegen Sie auch, ob die Unterbrechung Ihrer derzeitigen Aufgabe notwendig und sinnvoll ist – in der Regel ist das impulsive Abweichen vom festgelegten Plan leistungsmindernd. Schreiben Sie besser eine kurze Notiz, um den Gedanken später zu bearbeiten.²⁶

d) Beachten der Leistungskurve

Die Leistungsfähigkeit des Menschen unterliegt einem natürlichen Rhythmus, der durch den Arbeitszyklus der verschiedenen Organe bedingt wird. Trotz aller individuellen Unterschiede liegt der Leistungshöhepunkt eindeutig am Vormittag. Nach dem Mittagessen schließt sich das bekannte Nachmittagstief an und am frühen Abend kommt es noch einmal zu einem – allerdings gegenüber morgens stark abgedämpften – Hoch.²⁷ Wer den Tag mit der Schwerpunktaufgabe beginnt, nutzt neben der Prioritätensetzung auch seine Hochform für die wichtigen Dinge. Das Leistungstief nach dem Mittagessen kann besser zum Entspannen, für Routinetätigkeiten (C-Aufgaben) oder soziale Kontakte genutzt werden.²⁸

II. Zeitmanagement im Notariat

1. Anwendung von Zeitmanagementtechniken im Rahmen einer typischen Mandatsabwicklung

Nachdem die Grundzüge und Regeln des Zeitmanagements allgemein dargestellt wurden, wird nachfolgend anhand typischer Verfahrensabläufe bei Vorbereitung, Beurkundung und Abwicklung eines notariellen Standardgeschäfts dargestellt, wie man durch Einhaltung einfacher Prinzipien effektiv Zeit sparen kann, um die gewonnene Zeit dann in bessere Aufgabenerledigung, höheres Geschäftsaufkommen oder einfach in Freizeit investieren zu können. Grundlage jeder Verbesserung ist jedoch, wie oben erwähnt, die Zeitinventur im Büro. Denn nur wer weiß, wofür und wann er unnötig Zeit (ver-)braucht, kann gezielt Verbesserungen angehen. Hinzu kommt die Kenntnis, welche Tätigkeiten wie viel Zeit in Anspruch nehmen, also die Zeitbedarfsanalyse. Erst das Wissen, wie lange eine bestimmte Tätigkeit dauert, macht realistische Planung möglich. Hierbei muss darauf geachtet werden, dass die Mitarbeiter von denselben zeitlichen Rahmenbedingungen ausgehen, denn zum einen planen sie den Tagesablauf des Notars mit, und zum anderen greift ihre Arbeit (Vorbereitung der Termine) unmittelbar in die Tätigkeit des Notars über.

¹⁹ Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 141.

²⁰ Schneider/Schneider, Effektives Zeitmanagement, S. 56.

²¹ Schneider/Schneider, Effektives Zeitmanagement, S. 61.

²² Polymedia, zitiert nach Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 85.

²³ Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 164.

²⁴ Schneider/Schneider, Effektives Zeitmanagement, S. 88.

²⁵ Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 170.

²⁶ Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 166.

²⁷ Schneider/Schneider, Effektives Zeitmanagement, S. 66.

²⁸ Seiwert, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 166.

a) Mandatsanbahnung

Neue Beurkundungsaufträge kommen naturgemäß auf die unterschiedlichsten Arten im Notariat an: durch Anruf oder Vorsprache der Rechtsuchenden, am Rande eines anderen Beurkundungsgeschäfts, schriftlich, per Fax oder per E-Mail. Je nach eingeschlagenem Weg ist die Kontaktaufnahme durch die künftigen Mandanten mehr oder weniger geeignet, den Notar und seine Mitarbeiter bei der Bearbeitung ihrer momentanen Aufgaben zu unterbrechen (und damit zu stören). Schriftliche, per Fax oder per E-Mail eingehende Beurkundungsaufträge sind unproblematisch: Sie können dann abgearbeitet werden, wenn ihre Erledigung in den Tagesablauf passt. Persönliche Vorsprachen (ob mit oder ohne Termin) oder Anrufe dagegen sind potentiell stärker geeignet zu stören. Da neue Beurkundungsaufträge andererseits aus betriebswirtschaftlicher Sicht stets willkommen sind, entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Störung und Akquisition, das zu Drucksituationen, Unruhe, schlimmstenfalls Hektik führen kann und das es daher aufzulösen gilt. Hierzu kommen beispielsweise folgende Techniken in Betracht:

Bei Kontaktaufnahme per Telefon und/oder persönlicher Vorsprache:

- Abschirmung: Schulung der Telefonzentrale mit dem Ziel, keine Anrufe an den Notar (oder den Sachbearbeiter) durchzustellen, auch wenn dieser gerade frei sein sollte, sondern Vereinbarung eines – dann aber auch verlässlich zu erledigenden (!) – Rückrufs. Auf diese Weise wird der Notar nicht bei Erledigung seiner derzeitigen Aufgabe gestört, sondern kann den Rückruf dann erledigen, wenn es ihm besser passt und er sich – soweit möglich – mit dem betroffenen Vorgang bereits näher auseinandergesetzt hat. Erwünschter Nebeneffekt ist der Wegfall der andernfalls nötigen Aktensuche bzw. des Aktenstudiums während des Telefongesprächs;
- tage- oder wochenweise wechselnde Zuständigkeit verschiedener Sachbearbeiter für die Annahme neuer Mandate;
- Vergabe von Terminen selbst für kleinste Besprechungen.

Bei Kontaktaufnahme unter Termindruck, beispielsweise am Rande eines anderen Beurkundungsgeschäfts oder „zwischen Tür und Angel“:

- offene und ausdrückliche Bitte um Verständnis dafür, dass man derzeit andere Termine/Mandanten hat und sich der neuen Angelegenheit daher im Moment nicht mit der gebotenen Aufmerksamkeit annehmen kann, gleichzeitig Vereinbarung eines konkreten Besprechungstermins, zu dem man sich dann ausschließlich Zeit für das neue Anliegen nehmen wird. Bei offener Ansprache des eigenen Zeitproblems wird der neue Mandant spätestens dann Verständnis haben, wenn man sich im vereinbarten Termin dann ausschließlich Zeit für sein Anliegen nimmt;
- Hinweis auf die eigene Situation (Zeitdruck, andere Termine/Mandanten) und offen angesprochene Delegation des neuen Mandanten an einen Sachbearbeiter.

b) Besprechung

Bereits bei der Vereinbarung eines Besprechungstermins sollte die Person, die den Termin mit dem Mandanten vereinbart, sei es der Sachbearbeiter oder die Sekretärin, nach dem Gegenstand des Gesprächs fragen und aufgrund der durch die vorherige Zeitbedarfsanalyse gewonnenen Erfahrungen in der Lage sein, die ungefähre Dauer des Besprechungstermins einzuschätzen. So sollte vermieden werden, dass der Notar oder

der Sachbearbeiter sich alleine aufgrund zu optimistischer Terminvergabe selbst unter Druck setzt (beispielsweise Besprechung einer Scheidungsfolgenvereinbarung in einer halben Stunde usw.). Es schadet in diesem Zusammenhang auch nichts, dem Mandanten entweder bereits bei der Terminvereinbarung oder aber zu Gesprächsbeginn mitzuteilen, für wie lange sich der jeweilige Gesprächspartner Zeit für das Gespräch genommen hat. Auf diese Weise wird bereits vor oder spätestens zu Beginn des Gesprächs die Sensibilität des Mandanten geweckt, dass er die Zeit des Anderen nicht unbegrenzt in Anspruch nehmen sollte. Es kann auch hilfreich sein, im Besprechungs-/Beurkundungsraum an – für den Mandanten – gut sichtbarer Stelle eine Uhr anzubringen.

c) Anberaumung eines Beurkundungstermins

Ein weiteres Spannungsverhältnis besteht zwischen der sorgfältigen Vorbereitung des Urkundsgeschäfts, also der erforderlichen Aufklärung des Sachverhalts,²⁹ der Fertigung und Übersendung des Urkundenentwurfs einerseits und der von der modernen Dienstleistungsgesellschaft geforderten Schnelligkeit in der Aufgabenerledigung, also der notwendigen Dynamik andererseits. Auch dieses Spannungsverhältnis gilt es aufzulösen. Hilfreiches Instrument hierbei ist getreu dem Grundsatz „Gute Arbeit braucht ihre Zeit“ zunächst einmal die offene Kommunikation zwischen Notariat und Mandant über die zeitlichen Notwendigkeiten. Wenn man weiß, dass die Vorbereitung und Übersendung eines Vertragsentwurfs im eigenen Büro – aus welchen Gründen auch immer – sieben Tage benötigt, ist eine gut gemeinte und „dienstleistungsorientierte“ Aussage, „Übermorgen bekommen Sie den Entwurf“, nicht zu halten. Unzufriedenheit bei Mandant und schlechtes Gewissen beim Notar sind die Folge. Unnötige (zeitraubende und störende) Nachfragen der Mandanten nach dem Verbleib des Entwurfs könnten bei bewusster (Zeit-)Planung vermieden werden. Andererseits wird der vernünftige Mandant für die benötigte Zeit Verständnis haben, wenn er erfährt, warum etwas so lange dauert, wie es dauert. Positiver Nebeneffekt der geschaffenen Transparenz der bis zur oder auch nach der Beurkundung erforderlichen Tätigkeiten ist darüber hinaus die Schaffung eines Bewusstseins des Mandanten dafür, dass die Tätigkeit des Notariats sich eben nicht im bloßen Vorlesen erschöpft, sondern dass noch mehr dahinter steckt.

Ist also das Bewusstsein für notwendige Zeitabläufe (benötigte Zeit für Grundbucheinsicht, Kontakt mit Banken, Diktat des Entwurfs, Aktenlauf im Büro usw.) aufgrund einer sorgfältigen Zeitbedarfsanalyse erst einmal geschaffen, ergibt sich hieraus ohne weiteres der nötige zeitliche Vorlauf bis zu einem Beurkundungstermin. Zur Verkürzung des Vorlaufs kann je nach Bedarf der Einsatz moderner Kommunikationstechniken (Entwurfsübersendung per Fax, per E-Mail usw.) in Betracht kommen, um die Kommunikationswege zu beschleunigen. Die eigentliche Arbeit der Entwurfsverfassung aber kann hierdurch nicht beschleunigt werden.

Ein Beurkundungstermin sollte auch nicht aus falsch verstandenem Dienstleistungstreben „ins Blaue hinein“ nach dem Motto „ohne Angaben“ oder „Unterlagen kommen noch“ vergeben werden. Denn nicht selten werfen gerade solche – unvorbereiteten – Termine aufgrund eintretender Komplikationen oder sich herausstellendem Beratungsbedarf den Zeitplan eines Tages durcheinander, was letztlich im Bewusstsein der Mandanten nicht der fehlenden – weil nicht ordentlich möglichen – Vorbereitung, sondern dem Notar zugeschrieben wird:

²⁹ § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

„Bei dem muss man eh eine Stunde warten, bis man drankommt.“ Schlimmer noch als die eigene ver(sch)wendete Zeit aber ist die den nachfolgenden Mandanten gestohlene Zeit, die genauso wertvoll behandelt gehört wie unsere eigene. Die Vergabe von Terminen „ins Blaue hinein“ verbietet sich daher auch aufgrund bewussten Zeitmanagements.³⁰

d) Entwurfsübersendung – Hinweis auf voraussichtliche Dauer der Beurkundung

Bereits im Rahmen der Entwurfsübersendung könnte folgende Szene aus dem Beurkundungstermin vermieden werden: Begrüßung, Einführung in den Gegenstand der Beurkundung durch den Notar, Identifizierung der Beteiligten. Der Notar beginnt mit der Verlesung der Verhandlungsniederschrift. Bei den „Vorbemerkungen“ schaut der erste Mandant zum ersten Mal auf die Uhr. Nach Verlesung des Kaufpreises: zweiter Blick auf die Uhr – schon ungeduldiger. Während der Belastungsvollmacht: Nachfrage: „Wie lange dauert es noch? Meine Parkuhr läuft ab“ oder „Mein Kind muss abgeholt werden“ usw. Um solchen Situationen von vornherein vorzubeugen, bietet es sich an, die Mandanten bereits mit der (Ein-)Ladung zum Beurkundungstermin und/oder der Entwurfsübersendung darauf hinzuweisen, dass der gesamte übersendete Vertrag vom Notar vorgelesen und durchgesprochen und Gelegenheit zu Fragen gegeben wird, weshalb sich der Notar beispielsweise eine Stunde Zeit für das Anliegen der Mandanten nehmen wird. So wissen die Mandanten bereits zu Beginn, was sie erwartet, und sind andererseits auch frühzeitig darauf hingewiesen, dass der Notar nicht unendlich viel Zeit hat, sondern sich eben auch nur diese eine Stunde Zeit genommen hat. In Anwendung der oben dargestellten Techniken des Zeitmanagements ist bei der Bemessung dieser – an die Mandanten gerichteten – Zeitangabe selbstverständlich wieder die 60:40-Regel zu berücksichtigen, wonach zur Vermeidung von Wartezeiten der Mandanten und unnötigen (Zeit-)Drucksituationen lediglich 60 % der täglich verfügbaren Zeit für konkrete Aufgaben (also etwa Beurkundungen) verplant werden sollte, während 40 % der täglich verfügbaren Zeit für Unvorhergesehenes oder Pufferzeiten unverplant bleiben sollte. Dauert also ein Routinetermin üblicherweise 40 Minuten, so wäre sowohl im eigenen Kalender als auch im Kalender der Mandanten eine Stunde zu reservieren, um die Zeitplanung (und damit sich selbst) verlässlich zu machen.

e) Die Beurkundung

Wie ein Beurkundungstermin nicht aussehen sollte:

Der Tag der Beurkundung ist gekommen. Beurkundungstermin ist angesetzt auf 9 Uhr. Gegen 9.15 Uhr erscheint der Notar völlig abgehetzt im Büro. Jeder will etwas von ihm. Die Empfangssekretärin berichtet von Rückrufwünschen und zeigt eingegangene Faxe, der Sachbearbeiter hatte sich fest vorgenommen, den Chef „morgens als erstes“ um Urlaub zu fragen, und steht infolgedessen mit seinem Anliegen in der Tür, ein wichtiger Mandant ruft an und hat „mal eine kurze Frage“ ... Der Beurkundungstermin beginnt infolge dieser „Störungen“ erst um 9.45 Uhr. Die wartenden Mandanten haben selbstredend kein Verständnis für den ihnen gegenüber geübten Umgang. Die Laune der Mandanten sinkt, mit ihr die Freundlichkeit. Sie „ertragen“ die Beurkundung nur noch und warten bereits zu Beginn auf das Ende der Verhandlung. Die Konzentration der Mandanten auf das Urkundsgeschäft ist bereits deshalb gemindert, weil sie mit den Gedanken schnell vom Thema abschweifen, etwa „Ich verspäte mich bei meinem Folgetermin“, „Was wird mein Chef sagen, wenn ich so lange weg bin?“ oder bloß „So eine Frechheit, uns so lange warten zu lassen ...“. Die Beurkundung beginnt, der Notar muss sich erst den Überblick über den zu veraktenden Sachverhalt verschaffen, weil er es am letzten Abend „nicht mehr geschafft“ hat, sich auf den Vorgang

vorzubereiten. Die Mandanten spüren, dass der Notar den Vorgang zum ersten Mal sieht und nicht auf sie vorbereitet ist. Der Notar beginnt, die Urkunde zu verlesen und rattert die Urkunde schnell runter, „um effektiv mit der Zeit umzugehen“. Diese Form des „Zeitmanagements“ setzt jedoch am falschen Ende an.

Mitten in der Beurkundung klingelt das Telefon. Ein „wichtiges“ Telefonat duldet keinen Aufschub. Bestenfalls verlässt der Notar mit seinem schnurlosen Telefon den Raum und führt das Telefonat draußen. Schlimmstenfalls jedoch wird das Telefongespräch in Gegenwart der Urkundsbeteiligten geführt, Daten und Details ausgetauscht, Notizen gemacht und Verabredungen getroffen. Die Mandanten werden also gegen ihren Willen Zeugen einer anderen Beratung. Von der Frage der Verletzung der notariellen Verschwiegenheitsverpflichtung³¹ einmal abgesehen, wird die Konzentration von Mandantschaft und Notar vom eigentlich zu beurkundenden Geschäft abgelenkt. Nach Ende des Telefonats muss der „rote Faden“ mühsam wieder aufgenommen werden. Der Notar liest zwei Seiten weiter und wird dann von einem Mitarbeiter unterbrochen, der ihn „zu einer Unterschrift“ herausruft: erneute Pause! Zurück in der Beurkundung gelingt es dem Notar nun, die Beurkundung zügig zu Ende zu führen. Die Mandanten werden schließlich um 10.30 Uhr entlassen, obwohl sie eigentlich erwartet hatten, bereits um 9.30 Uhr wieder ihren Weg nachgehen zu können. Sie werden zur Erkenntnis kommen, dass der Notar der „Zeitdieb“ ihres Tages war und ihre Schlüsse daraus ziehen ...

Szenenwechsel:³²

Mandantschaft und Notar zollen einander die gebotene Achtung des Gebeters und sind pünktlich (*vorausschauende Zeitplanung, Zeitbedarfsanalyse*). Der vorhergegangene Termin ist entweder bereits beendet oder befindet sich in den letzten Minuten (*Einplanung von Pufferzeiten gemäß der 60:40-Regel*). Die Mandanten werden vom Sachbearbeiter zur Vermeidung mehrerer „Umzüge“ bereits in einem Warte- oder Besprechungszimmer begrüßt, noch fehlende Daten und Angaben werden abgefragt (*Delegation*). Die Ausweise der Beteiligten werden eingesammelt und zur Akte gegeben, so dass sie nicht erst während der Beurkundung noch umständlich hervorgekramt werden müssen, damit der Notar sie prüfen kann (*Delegation*). Die Urkunde wird um die noch fehlenden Daten ergänzt; die Mandanten wissen aufgrund der entsprechenden Information durch den Sachbearbeiter, dass dies – je nach Einzelfall – einige Minuten dauern wird (*Delegation, offene Kommunikation*). Ohne zusätzliche Wartezeit kommt es zur Beurkundung (*Selbstmanagement, Einhaltung des Zeitplans*). Der Notar begrüßt die Beteiligten und führt thematisch in das bevorstehende Rechtsgeschäft ein (*vorangegangene Vorbereitung der Beurkundung*). Er erläutert das Beurkundungsverfahren und weist darauf hin, dass die Urkunde insgesamt von ihm vorgelesen wird, so dass die Beteiligten wissen, was auf sie zukommt (*offene Kommunikation, Ermöglichung der Zeitplanung auch für die Mandanten*). Die Beurkundung erfolgt konzentriert und ohne Unterbrechung durch Dritte (*Störungsabwehr durch das Vorzimmer, Bildung von Telefonblöcken, für die feste Rückruftermine durch das Personal zugesagt werden können*). Der Notar ist von Anfang bis Ende der Beurkundung „bei der Sache“ der Mandanten und widmet sich deren Anliegen (*Kommunikation*). Er hat Zeit, auf Fragen und Wünsche der Beteiligten einzugehen und diesen zuzuhören. Neben der Erfüllung der Verpflichtung des Notars, den Sachverhalt aufzuklären,³³ führt alleine der Umstand, dass der Notar dem Mandanten zugehört hat, bei diesem zu einem positiven Gefühl und damit zur Zufriedenheit, mit seinem Anliegen ernst genommen worden zu sein. Ohne Unterbrechung wird die Beurkundung zügig durchgeführt (*Störungsmanagement, -abwehr*). Die Mandanten fühlen sich gut aufgehoben und – mangels Hektik und Zeitdruck – auch umfassend beraten (*Kommunikation*).

Wie man an diesen – freilich überspitzt dargestellten – Gegensätzen sehen kann, hat die konsequente Anwendung von Zeit- und Selbstmanagement nicht nur Vorteile für den Notar, sondern auch unmittelbare Auswirkung auf unsere Mandanten, unsere Auftraggeber.

³¹ § 18 BNotO.

³² In den folgenden Klammerzusätzen werden die Managementtechniken angesprochen, die zur Einhaltung des dargestellten Tagesablaufs führen können.

³³ § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

³⁰ Und nicht nur wegen § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.

f) Die Nachbereitung der Beurkundung

Sind die Mandanten über den weiteren Ablauf des Vollzuges der Urkunde gut informiert, so können unnötige Rückfragen nach dem Fortgang der Angelegenheit vermieden werden. Die Information der Beteiligten kann entweder durch einen Ausblick des Notars nach Abschluss der Beurkundung in mündlicher Weise erfolgen oder durch Übergabe eines Merkblattes. In Betracht kommt aber auch ein Begleitbrief, den man etwa der später übersandten Abschrift oder der Rechnung beifügen kann. Von allzu kühnen zeitlichen Zusagen ist allerdings abzuraten. Eine weitere – in der anwaltlichen Praxis übliche – Möglichkeit ist es, den Mandanten von jedem Vollzugsschritt schriftlich zu informieren, was den Mandanten vom jeweiligen Sachstand informiert hält und in Zeiten moderner EDV-Technik auch keinen großen Aufwand darstellen würde. Um unnötige Verständnisfragen zu vermeiden, käme es hierbei jedoch ganz besonders auf eine verständliche Sprache und klare Hinweise an, dass ein solches Schreiben nur der Information dient und kein eigenes Tätigwerden durch die Mandanten erforderlich ist. Auch hier wäre wieder positiver Nebeneffekt einer solchen permanenten Unterrichtung der Mandantschaft über die notwendigen Vollzugsschritte die Schaffung eines Bewusstseins der Mandanten, dass sich die Tätigkeit des Notars nicht in der Beurkundung erschöpft, sondern das Notariat den Vorgang u. U. noch eine erhebliche Zeit weiter betreuen muss.

g) Vollzug – Vorteil effizienter Büroorganisation – Einsatz von Automatisierungstechnik

In vielen Büros werden die Vollzugsschreiben immer noch, zwar unter Zuhilfenahme eines Textverarbeitungsprogramms, aber dennoch weitestgehend von Hand erstellt, obwohl das im Büro meist vorhandene EDV-Programmsystem bei umfassender Nutzung hier wesentliche Erleichterungen und Zeitgewinn bringen könnte. So verfügen die meisten der gängigen EDV-Programmsysteme für Notare über ein Modul für den sog. „automatisierten Vollzug“; nur die wenigsten Büros nutzen dieses Modul aber. Ein Hinderungsgrund verstärkten Einsatzes solcher Module könnte die Angst vieler davor sein, „dem Computer den Vollzug zu überlassen“ und damit das Heft des Handelns aus der Hand zu geben. Solche Bedenken sind jedoch unberechtigt, bietet der sog. „automatisierte Vollzug“ doch zunächst einmal mindestens die Möglichkeit, unter Verwendung der Datenbank bei Eintritt der jeweiligen Voraussetzungen bestimmte Vollzugsschreiben automatisch zu generieren und auszudrucken. Da ein Computer aber nur das tut, was ihm gesagt wird, und demnach nur dann ein Vollzugsschreiben erstellt, wenn ihm durch den Sachbearbeiter zuvor eingegeben wurde, dass eine bestimmte Voraussetzung vorliegt, und der Computer aufgrund eines zuvor konkret für diesen Vorgang ausgewählten Planes weiß, dass diese Voraussetzung den nächsten Vollzugsschritt auslöst, verbleibt die Handlungsverantwortung selbstverständlich immer bei dem Sachbearbeiter. Die Verantwortung des Notars, der den nächsten Vollzugsschritt dann noch unterschreibt, wird durch den Einsatz eines „automatisierten Vollzugs“ überhaupt nicht tangiert. Das Einsparpotential liegt demnach nicht bei der Übertragung der Verantwortung auf den Computer (*Verantwortungsdelegation*), sondern beim Wegfall der Schreibarbeit in Routinevorgängen, dem Akzenttransport zwischen Sachbearbeiter und Sekretariat, Instruktion des Schreibdienstes durch den Sachbearbeiter usw. (*also lediglich Ausführungs- oder Handlungsdelegation auf den Computer, nicht Verantwortungsdelegation*).

2. Anwendung von Zeitmanagementtechniken auf einen typischen Tagesablauf

Nachfolgend sei ein typischer Tagesablauf im Notariat kritisch beleuchtet:

a) Vorbereitung des Arbeitstages am Abend zuvor

Bereits zehn Minuten Vorbereitung, also *Planung* des kommenden Arbeitstages am Vorabend führen dazu, entweder im sicheren Wissen nach Hause zu gehen, dass der nächste Tag einen nicht unvorbereitet „auf dem falschen Fuß“ erwischen wird, also³⁴ keine unerwarteten Überraschungen bereit hält. Oder es stellt sich heraus, dass eine Aufgabe ansteht, die noch der intensiveren Vorbereitung bedarf, etwa eine komplizierte Beurkundung, zu deren korrekter Durchführung der Notar zuvor noch des Studiums eines juristischen oder faktischen Problems bedarf. Für die Vorbereitung solcher Fälle stünde dann immer noch der ganze Abend zur Verfügung. Jedenfalls aber ist man durch die Vorbereitung des nächsten Arbeitstages vor (planbaren) Überraschungen sicher, die Probleme des Büros bleiben im Büro und verfolgen einen nicht nach Hause.

b) Die Fahrt zum Büro

Schon die Fahrt zum Büro kann – je nach Länge der Anreise – zum ersten Störfaktor des Tages werden, wenn auf der Wegstrecke Unvorhergesehenes passiert, etwa ein Unfall oder ein Stau. Berücksichtigt man auch hier etwa die *60:40-Regel* und plant *Pufferzeiten* ein, so ist man gegen Unvorhergesehenes gewappnet und gerät nicht in Bedrängnis oder Zeitdruck. Bestenfalls ist man früher als erforderlich im Büro und kann die in der besten Zeit des Tages (*Leistungskurve*) gewonnene Zeit durch die Erledigung wichtiger Aufgaben sinnvoll nutzen. Unabhängig von der Länge der Fahrt zum Büro aber kann man die im Auto verbrachte (*Routine-)*Zeit nebenbei noch *sinnvoll* dadurch *nutzen*, spontane Einfälle und Gedanken festzuhalten, indem man sie auf ein extra hierfür bereitgehaltenes Diktiergerät aufzeichnet.

c) Der erste Termin

Berücksichtigt man bei der Planung und Terminvergabe – bzw. bei der Vorgabe der bei Terminplanung zu beachtenden Grundsätze an die Mitarbeiter – die persönliche Leistungskurve, können für diesen Zeitraum kompliziertere Beurkundungen oder Aufgaben terminiert werden, die die beste Konzentration erfordern. In schwächeren Zeiten dagegen, also etwa in den Stunden nach dem Mittagessen, können dann Routineaufgaben wie die Erledigung der Post, Beurkundung von einfacheren Sachverhalten usw. erledigt werden. Am späteren Nachmittag, wenn die Konzentrationsfähigkeit regelmäßig nochmals vorübergehend ansteigt, können dann wieder komplexere Aufgaben angegangen werden.

d) Terminsabfolge – Unvorhergesehenes – Terminierungspraxis

In Anwendung der *60:40-Regel* sollte zwischen jedem Termin ein Puffer eingeplant werden, um Unvorhergesehenes oder Eiliges erledigen zu können. Es hilft nichts, wenn die Termine die ersten 60 % der Tageszeit belegen und die letzten 40 % dann als Puffer verbleiben. Denn die unvorhergesehenen Aufgaben kommen eben gerade unvorhergesehen und sind dann oft „zwischendurch“ zu erledigen. Wenn dann keine entsprechende Pufferzeit vorhanden ist, kann das Termingefüge des

³⁴ Mit Ausnahme plötzlich herangetragenener, wirklich eiliger Aufgaben, sog. „A-Aufgaben“ nach *Eisenhower*.

ganzen Tages ins Rutschen geraten. Erfahrungswerte müssen immer wieder in die Terminplanung einfließen und künftig berücksichtigt werden. Hat also beispielsweise die *Zeitbedarfsanalyse* ergeben, dass die Beratung in Ehe- und Erbanlagenheiten des Jungunternehmers, jungen Akademikers oder Lehrers immer eine längere Zeit in Anspruch nimmt, weil viele Spezialgestaltungen mit den Mandanten erörtert und durchgespielt werden müssen, sollten solche Termine sinnvollerweise am Ende der verplanbaren Zeit eines Tages anberaumt werden.

e) Mittagspause

Die Mittagspause sollte, jedenfalls wenn es um die Mittagspause der Mitarbeiter geht, nicht regelmäßig, sondern allenfalls in besonderen Ausnahmesituationen als Pufferzeit herangezogen werden. Eher eine Frage der Kommunikation mit den Mitarbeitern und des persönlichen Führungsstils ist es daher, ob und wie ggf. Termine mit besonderen Mandanten „zwischen durch“ in der Mittagspause angesetzt werden. Mittelbar ist dies aber auch eine Frage der Zeitplanung, denn wenn immer die Mittagspause als Puffer erhalten muss, ist meist vorher in der *Zeit- oder Aufgabenplanung* etwas schief gelaufen.

f) Postbesprechung

Die routinemäßige Aufgabe der gemeinsamen Postbesprechung sollte zur besseren Planbarkeit anderer Termine täglich zu einem festen Zeitpunkt stattfinden. Zur Vermeidung mehrfacher Störungen sowohl des Notars als auch der jeweiligen Sachbearbeiter sollten hierzu verschiedene Posteingänge (Morgen- und Mittagspost, Behördenpost, Botenpost) gesammelt und zusammen im Team besprochen werden. So sind immer alle Sachbearbeiter über die derzeitigen Vorgänge im Büro informiert, und die notwendige Zeit für die Weitergabe der Post wird so weit wie möglich reduziert. Unter Berücksichtigung der Leistungskurve sollte überlegt werden, diese Routinetätigkeit zu einem Zeitpunkt geringerer Leistungsfähigkeit zu erledigen, etwa nach der Mittagspause.

g) Lektüre

Die bewusste Auswahl der zu erledigenden Lektüre erfordert zunächst die selbstkritische Analyse der bisherigen persönlichen Übung. Stellt sich hierbei heraus, dass eine bestimmte Zeitschrift sofort nach deren Eingang auf dem „Noch zu lesen“-Stapel landet, von dem sie dann nach einer mehr oder weniger langen Frist unangetastet zum „Abzulegen/archivieren“-Stapel wandert, sollte angestrebt werden, diese Zeitschrift entweder abzubestellen oder als das anzunehmen, was sie bereits seit längerem ist: ein Nachschlagewerk.

i) Bildung von Arbeitsblöcken (Telefon, Diktat, Unterschriften)

Mehrere gleichartige Tätigkeiten können, wenn sie blockweise zusammengefasst und zusammen abgearbeitet werden, effektiver und konzentrierter erledigt werden. Es ist sinnvoll, sich bei der Erledigung wichtiger Aufgabenblöcke, also etwa bei komplizierten Ausarbeitungen oder Beurkundungen, egal welchen Inhalts, konsequent von externen Störungen, wie etwa hereinkommenden Telefonaten, abschirmen zu lassen. Unabdingbare Folge muss dann aber sein, dass der nicht durchgestellte Anrufer sicher sein kann, dass er den zugesag-

ten Rückruf dann auch erhält, am besten zum genau mitgeteilten Zeitpunkt. Dies kann dadurch ermöglicht werden, wenn sich der Notar routinemäßig einen bestimmten Zeitraum am Tag für die Erledigung von Rück- oder eigenen Anrufen freihält. Auch dieser Zeitraum kann in eher leistungsschwächeren Zeiten liegen, da der Notar bei Rück- oder eigenen Anrufen regelmäßig schon über das Anliegen des Gesprächspartners informiert ist und sich so auf den Anruf konzentriert vorbereiten konnte. Hat sich erst einmal eine gewisse Übung eingebürgert, wird es für die Mitarbeiter in der Telefonzentrale kein Problem mehr sein, Rückrufe für diesen Zeitraum zu terminieren und dem Notar eine schriftliche Rückrufliste mit Anrufzeitpunkt, Gesprächspartner, Art des Anliegens und beigefügter Akte vorzulegen. Will man sich dagegen nicht auf die Zusage einer bestimmten Rückrufzeit festlegen, sollte man wenigstens antizyklisch telefonieren, also außerhalb der Hochbetriebszeiten (folglich von 8.00–9.30 Uhr, 13.30–14.00 Uhr und ab 16.30), denn dann erreicht man seinen Gesprächspartner in der Regel schneller und zuverlässiger.³⁵ Zu den übrigen Zeiten muss man damit rechnen, dass sich die Erledigungszeiten fast verdoppeln und die Gesprächspartner nur in etwa 50 % der Fälle sofort erreichbar sind. Die zu erledigenden Telefonate jedenfalls werden in ihrer Summe weniger Zeit in Anspruch nehmen als die Summe der über den Tag verteilten Einzelgespräche. Die für die einzelnen Gespräche notwendige Zeit selbst lässt sich durch Vorbereitung des Gesprächs, Gesprächstaktik und aktive Gesprächsführung ebenfalls minimieren.

j) Nachbereitung des Arbeitstages

Am Ende jeden Tages sollte Rückschau gehalten und der vergangene Tag analysiert werden. Denn nur durch permanente Kontrolle und Überprüfung können Zeitfresser festgestellt und Verbesserungsbedarf erkannt werden. Unerledigte Aufgaben sind auf den nächsten Tag zu übertragen. Die alten und neuen Aufgaben sind nach Prioritäten zu ordnen. Stellt sich heraus, dass eine unerledigte Aufgabe nicht am nächsten Tag erledigt werden kann oder muss, weil sich ihre Priorität geändert hat, ist sie entsprechend längerfristig zu terminieren.

k) Einbeziehung der Familie/Freizeit/Sport als feste private Termine

Privatleben ist notwendiger Ausgleich zum beruflichen Leben, sei es die Pflege des Familienlebens oder die Ausübung eines Hobbys. Umso wichtiger ist es, dass das Privatleben im Tagesablauf angemessene Berücksichtigung findet.³⁶ Eine gute Möglichkeit ist die Einplanung familiärer Belange oder Hobbys als private Termine in der Zeitplanung. Alleine das Bewusstsein, nicht nur den beruflichen, sondern auch den privaten Zielen jeden Tag ein Stückchen näher zu kommen, kann Wunder wirken. Jedenfalls aber ist bei Einbeziehung privater Termine in die Zeitplanung der Gefahr vorgebeugt, dass Privatleben nur dann erfolgt, wenn zuvor alle beruflichen Aufgaben erledigt sind. Mit der Ausgewogenheit des beruflichen und privaten Lebens beschäftigt sich das sog. Life-Management, auch Life-Leadership oder Zeitmanagement der vierten Dimension genannt.³⁷

³⁵ *Seiwert*, Mehr Zeit für das Wesentliche, S. 272.

³⁶ *Schneider/Schneider*, Effektives Zeitmanagement, S. 92.

³⁷ Näheres dazu u. a. bei *Seiwert*, Wenn Du es eilig hast, gehe langsam, und *Covey*, Der Weg zum Wesentlichen.

SONDERREIHE „AUSLANDSIMMOBILIEN IN DER NOTARIELLEN PRAXIS“

Immobilien in Griechenland – Erwerb und Vererbung, insbesondere durch deutsche Staatsangehörige –

Von Rechtsanwalt *Georgios Papacharalampous*, Athen, und
Notar Dr. *Gerd Lintz*, Landsberg a. Lech

Inhaltsübersicht**Vorbemerkung****1. Abschnitt: Erwerb von Eigentum an Grundstücken**

- 1.1 Voraussetzungen für den Eigentumsübergang
 - 1.1.1 Der Veräußerer muss Eigentümer sein
 - 1.1.2 Rechtsgrund (schuldrechtlicher Vertrag)
 - 1.1.3 Übereinstimmung darüber, dass das Eigentum übertragen wird (dinglicher Vertrag)
 - 1.1.4 Eintragung im Grundbuch
- 1.2 Formvorschriften
 - 1.2.1 Schuldrechtlicher und dinglicher Vertrag
 - 1.2.2 Sonstige Formvorschriften
 - 1.2.3 Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung von Formvorschriften
- 1.3 Eintragung im Grundbuch
 - 1.3.1 Eintragungsfähigkeit und Eintragungsantrag
 - 1.3.2 Eigentum des Veräußerers als Voraussetzung für den Eigentumsübergang
 - 1.3.3 Wirkungen der Eintragung
- 1.4 Allgemeine Bestimmungen
 - 1.4.1 Geschäftsfähigkeit
 - 1.4.2 Güterstand
 - 1.4.3 Internationales Privatrecht

2. Abschnitt: Beschränkungen des Grunderwerbs

- 2.1 Beschränkungen für Griechen und Ausländer in Grenzgebieten
 - 2.1.1 Festgelegte Grenzgebiete
 - 2.1.2 Regelungen bis 1990
 - 2.1.3 Gesetz Nr. 1892 aus dem Jahr 1990 (G. 1892/1990)
 - 2.1.4 Generelle Ausnahmen
 - 2.1.5 Rechtsfolgen bei Verletzung des Veräußerungsverbotes
 - 2.1.6 Genehmigungsverfahren für Griechen und EU-Angehörige
 - 2.1.7 Weitergehende Beschränkungen für Angehörige von „Dritt-ländern“
 - 2.1.8 Anmerkungen zur Verwaltungspraxis in Griechenland
 - 2.1.9 Umgehungsmöglichkeiten; Heilung früherer Umgehungsverträge
- 2.2 Allgemeine Beschränkungen
 - 2.2.1 Privatinseln und -eilande
 - 2.2.2 Mindestgrößen von unbebauten Vertragsgrundstücken nach Vertragsrecht und Baurecht
 - 2.2.3 Staatliche Vorkaufsrechte und Genehmigungen

3. Abschnitt: Abwicklung des Vertrags

- 3.1 Absicherung von Verkäufer und Käufer
 - 3.1.1 Kaufpreiszahlung
 - 3.1.2 Absicherung des Käufers
- 3.2 Beurkundung durch den Notar
- 3.3 Zeitpunkt und Rangfolge der Grundbucheintragungen
 - 3.3.1 Antrag auf Grundbucheintragung
 - 3.3.2 Rangfolge der Grundbucheintragungen
- 3.4 Gebühren und Steuern
 - 3.4.1 Notar- und Grundbuchgebühren
 - 3.4.2 Grunderwerbsteuer; Gemeindegebühr
- 3.5 Weitere Hinweise für die praktische Abwicklung
 - 3.5.1 Vorzulegende Unterlagen
 - 3.5.2 Beteiligung eines Rechtsanwalts; Honorar
 - 3.5.3 Makler
 - 3.5.4 Beurkundung durch Konsul; Vollmachtserteilung
 - 3.5.5 Beiziehung eines Dolmetschers
 - 3.5.6 Sonstige Rechtsinstitutionen des ZGB
- 3.6 Das neue Grundstücksregister

4. Abschnitt: Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige

- 4.1 Materielles Erbrecht (Erbstatut)
- 4.2 Formelles Erbrecht (Formstatut): Form der Verfügung von Todes wegen
- 4.3 Gemeinschaftliches Testament; Erbvertrag

5. Abschnitt: Abwicklung der letztwilligen Verfügung eines deutschen Staatsangehörigen in Griechenland

- 5.1 Anerkennung von Testament und Erbschein in Griechenland
- 5.2 Vollzug der Erbfolge in Griechenland
- 5.3 Vermächtniserfüllung in Griechenland
- 5.4 Testamentsvollstreckung
- 5.5 Erbschaftsteuer

Schlussbemerkung

Vorbemerkung

Bereits in MittBayNot 1986, 151 ff. haben die Autoren den Grunderwerb in Griechenland durch Ausländer im Hinblick auf die touristische Entwicklung und den Beitritt Griechenlands zur damaligen EG ausführlich dargelegt. Die damals noch sehr eingeschränkten Möglichkeiten eines Immobilienerwerbs durch Ausländer wurden im Hinblick auf diesbezügliche Richtlinien und ebenso sehr auf Druck der tatsächlichen Entwicklung deutlich gelockert. Viele Deutsche sind inzwischen Eigentümer eines Hauses oder einer Wohnung in Griechenland. Während der nunmehr über 20 Jahre dauernden Mitgliedschaft Griechenlands in der EU haben auch viele deutsche Unternehmen in Griechenland eine Niederlassung oder eine Tochtergesellschaft gegründet, sich an griechischen Firmen beteiligt oder solche Firmen übernommen, so dass sie auch mit der Problematik des Grunderwerbs in Griechenland konfrontiert sind. In Ausfluss des Art. 28 der griechischen Verfassung und im Hinblick auf die europarechtliche und rein tatsächliche Entwicklung lockerte im Juli 1990 die griechische Regierung ihre strengen Erwerbsbeschränkungen für Ausländer in Grenzgebieten. Das formelle und materielle Recht hat sich jedoch im Wesentlichen nicht geändert. Unter Bezugnahme auf die oben genannte Veröffentlichung von 1986 hätte also vielleicht eine Ergänzung der damaligen Ausführungen gereicht, um diese dem jetzigen Stand anzupassen. Um aber dem Leser und eventuell interessierten Käufer ein Hin-und-Her-Lesen zu ersparen und ihm einen kompakten Überblick über die Möglichkeiten, Voraussetzungen, Anforderungen und die tatsächliche Abwicklung eines Grunderwerbs in Griechenland zu ermöglichen, wird nachfolgend eine in sich abgeschlossene Abhandlung über den Immobilienerwerb in Griechenland allgemein und durch (deutsche) Ausländer dargestellt. Dabei soll dem praktischen Bedürfnis des Kaufinteressenten Rechnung getragen werden, indem noch ausführlicher als 1986 die Abwicklung von Deutschland aus und in Griechenland dargestellt wird, z. B. die Einbeziehung eines Notars oder eines griechischen Konsulats in Deutschland, die Einschaltung eines Rechtsanwaltes in Griechenland vor der Beurkundung durch den griechischen Notar und der Vollzug im Grundbuch. Da die Autoren nach der Veröffentlichung von 1986 oft wegen der praktischen Durchführung eines Immobilienerwerbs in Griechenland durch Ausländer um Rat gefragt wurden und insbesondere über die Anwaltskanzlei in Athen helfen konnten, fließen auch praktische Erfahrungen in die nachfolgenden Ausführungen ein.

In einem neuen vierten und fünften Abschnitt soll die Vererbung von in Griechenland belegenem Grundbesitz durch deutsche Staatsangehörige sowie die Abwicklung einer letztwilligen Verfügung in Griechenland angesprochen werden. Da hier über das deutsche EGBGB und das griechische Internationale Privatrecht als Erbstatut grundsätzlich deutsches Recht anwendbar ist, befassen sich diese Ausführungen hauptsächlich mit der Form und der möglichen Art der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen sowie mit praktischen Hinweisen zum Vollzug von Verfügungen von Todes wegen in Griechenland.

Zur Art der Darstellung noch eine Anmerkung: Auf den Nachweis von Fundstellen in Fußnoten wurde verzichtet. Denn die Abhandlung stützt sich im Wesentlichen nur auf den Text der einschlägigen Gesetze, die im laufenden Text genannt sind. Die Abhandlung will sich nicht mit juristischen Streitfragen beschäftigen; sie soll vielmehr ein praktischer Leitfaden für den rechtsgeschäftlichen Erwerb und die Vererbung von in Griechenland belegenem Grundbesitz insbesondere durch deutsche Staatsangehörige sein.

1. Abschnitt: Erwerb von Eigentum an Grundstücken

1.1 Voraussetzungen für den Eigentumsübergang

Für den Immobilienerwerb in Griechenland müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Veräußerer muss Eigentümer sein,
- es muss ein wirksamer Rechtsgrund (schuldrechtlicher Vertrag) vorliegen,
- es muss Übereinstimmung zwischen Eigentümer und Erwerber darüber bestehen, dass das Eigentum übertragen wird (dinglicher Vertrag), und
- der Erwerber muss im Grundbuch eingetragen werden.

1.1.1 Der Veräußerer muss Eigentümer sein

Diese Voraussetzung, die dem deutschen Rechtsdenken etwas unsystematisch erscheint, muss nach griechischem Recht unbedingt erfüllt sein. Sie gewinnt deshalb besondere Bedeutung, da ein gutgläubiger Erwerb von Immobilien in Griechenland nicht möglich ist. Da das Vorliegen dieser Voraussetzung erst aus dem Grundbuchsystem heraus verstanden werden kann, sollen die Erläuterungen hierzu nachstehend unter 1.3.2 erfolgen.

1.1.2 Rechtsgrund (schuldrechtlicher Vertrag)

Von allen Rechtsgeschäften, die als rechtlicher Grund Voraussetzung für die rechtmäßige Übertragung des Grundeigentums sein können, hat der Kauf, vor allem für den ausländischen Erwerber, die größte praktische Bedeutung. In der Praxis wird der Kaufvertrag zusammen mit dem dinglichen Vertrag über die Eigentumsübertragung in die gleiche Urkunde aufgenommen. Das griechische Zivilgesetzbuch (nachfolgend ZGB) definiert in Art. 513 ähnlich wie das deutsche BGB den Kaufvertrag als einen Vertrag, bei dem der Verkäufer sich verpflichtet, das Eigentum an einer Sache, die Gegenstand des Kaufvertrages ist, zu übertragen und zu übergeben, während der Käufer sich verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen.

Wie sich im Folgenden immer wieder zeigen wird, ist das griechische ZGB in weiten Teilen dem deutschen BGB angepasst, verwendet aber im Kaufvertragsrecht noch die Begriffe und Rechtsfolgen des BGB vor der Schuldrechtsreform. Nachfolgend sollen deshalb aus dem Vertragsrecht nur solche Punkte angesprochen werden, die von besonderer Bedeutung sind oder vom deutschen Schuldrecht erheblich abweichen.

Der Kaufpreis muss bestimmt oder bestimmbar sein. In der Praxis des griechischen Kaufvertrages ist der Preis bestimmt und steht im Kopf der notariellen Urkunde (z. B. „Kaufvertrag einer Immobilie für 20.000 Euro“). Nach griechischem Währungsrecht muss der Kaufpreis seit dem 1.1.2002 in Euro vereinbart sein.

Aus steuerlichen Gründen (die Grunderwerbsteuer ist nicht unerheblich; siehe unten 3.4.2) und weil alle Gebühren, Notar- und Anwaltskosten usw. nach dem Kaufpreis berechnet werden, ist es üblich, einen niedrigeren Kaufpreis in die Verträge aufzunehmen als tatsächlich vereinbart. Der Kaufvertrag ist trotzdem wirksam, weil nach ständiger Rechtsprechung in Griechenland der im Kaufvertrag angegebene Kaufpreis fiktiv, also als tatsächlich vereinbart, gilt. Es ist aber fraglich, ob die Angabe eines niedrigeren Kaufpreises nicht mehr Nachteile als Vorteile nach sich zieht: Denn einerseits begehrt man dadurch (auch in Griechenland) eine Steuerhinterziehung, andererseits wird im Falle einer Minderung, z. B. wegen Sach- und Rechtsmängeln oder im Fall einer Wandelung, wahrscheinlich nur von dem im Kaufvertrag angegebenen Kaufpreis ausgegangen, so dass im Fall der Wandelung nur dieser zurückerstattet wird bzw. bei der Minderung von diesem Kaufpreis ausgehend die Höhe der Minderung berechnet wird. Denn nur der im Kaufvertrag angegebene Kaufpreis ist bindend und gilt als wahr; ein Gegenbeweis gegen den Inhalt einer notariellen Urkunde ist in Griechenland besonders schwierig und außerdem mit dem Geständnis einer Steuerhinterziehung verbunden.

Das griechische Schuldrecht kennt ähnlich wie das deutsche Recht eine weitgehende Auskunftspflicht des Veräußerers über die rechtlichen Verhältnisse der verkauften Immobilie, hat ähnliche Regelungen über Sach- und Rechtsmängel, kennt z. B. bei Nichtvorliegen einer zugesicherten Eigenschaft die gleichen Rechtsfolgen wie bisher das deutsche Recht, nämlich Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und auch die Regelungen über den Besitzübergang sind mit denen des deutschen Rechts fast identisch.

1.1.3 Übereinstimmung darüber, dass das Eigentum übertragen wird (dinglicher Vertrag)

Das ZGB (Art. 1033) verlangt für die Eigentumsübertragung von Immobilien die Übereinstimmung des Eigentümers und des Erwerbers darüber, dass das Eigentum übertragen wird – „dinglicher Vertrag“. Seine Gültigkeit hängt einerseits von der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen für den Abschluss von Verträgen, insbesondere von der Einhaltung bestimmter Formerfordernisse, ab, andererseits von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Vertrages, der der rechtliche Grund des dinglichen Vertrages ist. Anders als im deutschen Recht kennt das griechische Recht bei Ungültigkeit des schuldrechtlichen Vertrages und bei einem an sich wirksam abgeschlossenen dinglichen Vertrag keinen Bereicherungsanspruch; vielmehr setzt die Wirksamkeit der dinglichen Einigung ein rechtswirksam abgeschlossenes Kausalgeschäft voraus.

1.1.4 Eintragung im Grundbuch

Diese vierte Voraussetzung für den Erwerb von Eigentum an Immobilien soll im größeren Zusammenhang nachfolgend unter 1.3 behandelt werden.

1.2 Formvorschriften

1.2.1 Schuldrechtlicher und dinglicher Vertrag

Sowohl der schuldrechtliche (Kauf-)Vertrag als auch der dingliche Vertrag bedürfen in Griechenland der notariellen Beurkundung (Art. 369, 1033 ZGB). Beide Verträge werden in einer Urkunde gleichzeitig beurkundet. Da nach Art. 217 § 2 ZGB (das ist die griechische Zitierweise für Art. 217 Abs. 2; im Folgenden wird aber die deutsche Zitierweise eingehalten) die Vollmacht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft erforderlich ist, muss die Vollmacht zu Rechtsgeschäften, bei denen dingliche Rechte an Immobilien entstehen, übertragen, verändert oder abgeschafft werden, notariell beurkundet werden.

1.2.2 Sonstige Formvorschriften

Vorverträge, durch die sich die Parteien verpflichten, künftig einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschließen, bedürfen der gleichen Form wie der Hauptvertrag (Art. 166 ZGB). Die ständige Rechtsprechung hat diesen Formzwang auch auf den Optionsvertrag und den Wiederkaufvertrag ausgedehnt. Das griechische Recht kennt ebenso die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme. Schließlich bedürfen vertragliche Änderungen eines abgeschlossenen Vertrages über Immobilien ebenfalls der notariellen Beurkundung (Art. 164 ZGB).

1.2.3 Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung von Formvorschriften

Die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften über Immobilien ist nach griechischem Recht „konstitutiv“ mit der Folge, dass Verträge, die ohne die vorgeschriebene Form abgeschlossen sind, unheilbar nichtig sind. Ein unter Verletzung der Formvorschriften vereinbarter schuldrechtlicher Vertrag ist also rechtsunwirksam. Darüber hinaus lässt er, wie bereits unter 1.1.3 besprochen, das dingliche Rechtsgeschäft nicht wirksam zustande kommen. Da damit außerdem zwei der vier genannten Voraussetzungen für den Eigentumsübergang, nämlich rechtswirksame schuldrechtliche und dingliche Verträge, nicht vorliegen, kann selbst bei Eintragung im Grundbuch der Erwerber nicht Eigentümer werden.

1.3 Eintragung im Grundbuch

Art. 1033 Satz 2 ZGB schreibt vor, dass Verträge über die Eigentumsübertragung einer Immobilie im Grundbuch eingetragen werden. Erst mit dieser Eintragung in das Grundbuch

ist, das Vorliegen der ersten drei Voraussetzungen vorausgesetzt, die Eigentumsübertragung vollzogen. Gemäß Art. 1192 Ziff.1 ZGB müssen alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, deren Inhalt die Entstehung, die Übertragung oder die Abschaffung von dinglichen Rechten an Immobilien ist, im Grundbuch eingetragen werden. Das wichtigste „dingliche Recht an einem Grundstück“ ist nach griechischem Rechtsverständnis das Eigentum an ihm. Ohne Eintragung erfolgt also weder der Eigentumsübergang noch die Entstehung, die Übertragung oder die Abschaffung von dinglichen Rechten an Immobilien (Art. 1198 ZGB).

In Griechenland gibt es noch kein einheitliches Grundstücksregister, das mit dem deutschen Grundbuch vergleichbar wäre. Nur auf den Inseln Kos und Rhodos entspricht das Grundbuchsystem dem deutschen. 1995 wurde im Rahmen eines der größten „Rechtsprojekte“ seit Gründung des griechischen Staates die Schaffung eines Grundstücksregisters in Angriff genommen. Das Projekt ist jedoch bei weitem noch nicht abgeschlossen und hat im derzeitigen Stand für die Entstehung, die Übertragung und die Abschaffung von dinglichen Rechten keine besondere Bedeutung. Einige Grundinformationen über das dabei geschaffene neue Katastersystem in Griechenland sind nachfolgend unter 3.6 zu finden. In Griechenland gilt zwar ähnlich wie in Deutschland bezüglich des Grundbuchs ein Publizitätsgrundsatz; jedoch fehlt die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs, so dass ein gutgläubiger Erwerb aufgrund Voreintragung des Veräußerers nicht möglich ist, wenn dieser nicht tatsächlich Eigentümer ist. Dennoch besteht durchaus die Möglichkeit, sich Gewissheit über die Rechtslage an Grundstücken in Griechenland aus dem Grundbuch zu verschaffen.

Das Grundbuch in Griechenland ist ein reines Personenregister. Es besteht u. a. aus den folgenden drei Büchern, nämlich

- dem allgemeinen alphabetischen Verzeichnis,
- dem Register der Grundbuchblätter und
- dem eigentlichen Überschreibungsbuch („Transskriptionsbuch“).

Jedermann ist ohne Angabe von Gründen Einsicht in die verschiedenen Bücher zu gewähren. Einzige Bedingung ist die Sorgfalt für die Erhaltung des guten Zustandes der Überschreibungsbücher. Allerdings ist durch verschiedene Ministerialanordnungen vorgeschrieben, dass Interessenten nur in Begleitung eines Anwaltes Einsicht nehmen dürfen. Da in Griechenland das Gesetz die Mitwirkung von zwei Rechtsanwälten (einen für jede Partei) bei der Eigentumsübertragung in den meisten Fällen vorschreibt, gehört die Einsicht in die verschiedenen Bücher des Grundbuchamtes zu den wichtigsten Aufgaben des Anwaltes des Käufers (siehe auch unter 3.5.2). In der Reihenfolge, in der oben die Grundbücher aufgeführt sind, werden diese auch eingesehen. Um Informationen über die Rechtsverhältnisse an einem Grundstück aus dem Grundbuch erhalten zu können, ist es also erforderlich, zunächst den Namen des jetzigen oder eines früheren Eigentümers des Grundstücks zu kennen. Der Name ist im allgemeinen Verzeichnis enthalten; dieses verweist auf die Seite des Registers der Grundbuchblätter. In diesem Register befindet sich eine Zusammenfassung sämtlicher Rechtsgeschäfte; von hier wird auf das eigentliche Überschreibungsbuch verwiesen. In diesem Buch sind alle Rechtsgeschäfte bis 1961 zusammenfassend aufgeführt. Ab 1961 wurde das Überschreibungsbuch zu einem Urkundenbuch, in dem alle Urkunden dem jeweiligen Grundstückblatt beigeheftet sind. Die Bezeichnung „Transskriptionsbuch“ wurde jedoch beibehalten. Die Eintragung erfolgt dabei in der Form, dass die notariell beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages in dem laufenden Band unter einer

Registernummer eingeordnet wird. Jeder Interessierte kann Abschriften, Bestätigungen und Zusammenfassungen beim Grundbuchamt beantragen (Art. 1201 ZGB). Eine Zusammenfassung beinhaltet die wichtigsten Kriterien einer Eintragung im Grundbuch. Jedoch sind alle Grundbuchbestätigungen und -zusammenfassungen nur Tatsachenbescheinigungen über die Eintragungen im Grundbuch; durch sie werden keine Rechtsverhältnisse festgestellt.

Nur der Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, dass beim Grundbuchamt noch folgende Bücher geführt werden:

- das Hypothekenbuch,
- das Pfändungs- und Beschlagnahmehbuch,
- das Herausgabebuch. In diesem, u. U. sehr wichtigen Buch sind eventuell geltend gemachte Ansprüche auf Herausgabe des Eigentums verzeichnet. Dieses Buch gibt aber keine Gewähr, dass nicht darüber hinaus weitere Ansprüche auf Herausgabe bestehen. Durch Einsicht in das Herausgabebuch kann nur festgestellt werden, ob bereits Herausgabeansprüche geltend gemacht worden sind, ob also das Eigentumsrecht des eingetragenen Eigentümers streitig gemacht worden ist.

Auch auf diese Bücher wird im allgemeinen alphabetischen Verzeichnis verwiesen.

1.3.1 Eintragungsfähigkeit und Eintragungsantrag

Eintragungsfähig sind insbesondere alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und „Schenkungen von Todes wegen“, die die Entstehung, Übertragung oder Abschaffung von dinglichen Rechten an Immobilien, also insbesondere die Eigentumsübertragung, zum Inhalt haben, sowie die Übertragung von Eigentum oder dinglichen Rechten durch Verwaltungsakt oder Gerichtsentscheidung, gerichtliche Teilungsanordnungen, rechtskräftige Gerichtsurteile, die eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in einem dinglichen Rechtsgeschäft zum Inhalt haben, Erbschaftsannahme sowie Annahme eines Vermächtnisses, Mietverträge, die für die Dauer von mehr als neun Jahren abgeschlossen wurden, sowie rechtskräftige Urteile, durch die die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes festgestellt wird (Art. 1192 ZGB).

Die Eintragung muss bei dem Grundbuchamt vorgenommen werden, in dessen Bezirk die Immobilie liegt. Liegt ein Grundstück im Zuständigkeitsbereich mehrerer Grundbuchämter, muss für jeden Teil des Grundstücks eine eigene Eintragung in jedem der zuständigen Grundbuchämter erfolgen.

Die Eintragung kann jeder beantragen, der ein rechtliches Interesse daran hat (Art. 1194 Abs. 2 ZGB), also z. B. der Käufer, der Verkäufer, der Erbe des Käufers oder des Verkäufers oder sogar der Gläubiger des Käufers. Jedoch muss der Beantragende sein rechtliches Interesse durch Urkunden belegen können. Die Eintragung einer Eigentumsübertragung an einem Grundstück muss der Grundbuchführer jedoch ablehnen, wenn ihm nicht gleichzeitig eine beglaubigte Abschrift der Quittung des Finanzamtes vorgelegt wird, dass die Grunderwerbsteuer bereits bezahlt ist. Diese muss bereits vor der Beurkundung dem Notar vorgelegt und der Urkunde als Anlage beigelegt werden. Darüber hinaus wird in den meisten notariellen Urkunden unter Angabe der Quittungsnummer erwähnt, dass die Grunderwerbsteuer schon bezahlt ist; dies deshalb, damit aus den Abschriften, denen die Quittung nicht beigelegt ist, die Tatsache der Bezahlung und die Quittungsnummer erkennbar ist. Anders als im deutschen Recht ist die Voreintragung des Betroffenen nicht Eintragungsvoraussetzung; deshalb kann die Eigentumsumschreibung aufgrund eines Kaufvertrages auch dann vom Erwerber verlangt werden, wenn der Veräußerer nicht im Grundbuch als Eigentümer voreingetragen ist.

Wegen des Zeitpunktes und der Rangfolge der Eintragungen erfolgen unter 3.3 nähere Ausführungen.

1.3.2 Eigentum des Veräußerers als Voraussetzung für den Eigentumsübergang

Das Eigentum kann nur übertragen, wer selber Eigentümer ist. Eigentumserwerb vom Nichteigentümer, wie es bei beweglichen Sachen auch nach griechischem Recht unter Umständen möglich ist, ist an Immobilien nicht möglich. Der Gutgläubige, der aufgrund einer unrichtigen Eintragung im Grundbuch meint, er schließe einen Vertrag mit dem wahren Eigentümer, wird nicht Eigentümer. Sollte nach Abschluss des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages der berechnigte Veräußerer versterben, kann die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch jedoch ohne weitere vertragliche Vereinbarung auch später beantragt werden, da die Eintragung des Vertrages im Grundbuch keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Verträge, sondern eine „conditio iuris“ für die Wirkung der Verträge ist (gesetzliche Voraussetzung z. B. für den Eigentumsübergang); das bedeutet, dass die Grundbucheintragung weitere und letzte Voraussetzung für die Entfaltung des im Vertrag vereinbarten Eigentumsüberganges ist.

Die Eintragung im Grundbuch kann allerdings ein Beweis für das Bestehen des (Eigentums-)Rechts sein, wenn das Recht in ununterbrochener Folge 20 Jahre lang für denselben Rechtsinhaber eingetragen war und die Voraussetzungen für eine Ersitzung vorliegen. Zum Eigentumserwerb eines Erwerbers genügt es nämlich, wenn der Veräußerer das Eigentum am verkauften Grundstück erlassen hat. Nach griechischem Recht gibt es die Ersitzung an beweglichen und an unbeweglichen Sachen, wobei jeweils zwei Arten von Ersitzung zu unterscheiden sind: die Ersitzung durch den Gutgläubigen (Art. 1041 ZGB) und durch den Bösgläubigen (Art. 1045 ZGB). Die Ersitzung kann auch ohne Eintragung im Grundbuch oder sogar gegenüber dem im Grundbuch eingetragenen „Eigentümer“ erfolgen. Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass auch die Besitzzeit von Vorbesitzern der Besitzzeit des durch Ersitzung Erwerbenden hinzugerechnet werden kann (Art. 1051 ZGB). Beispiel: Hat der Veräußerer eines Grundstücks und dessen Vorgänger das Grundstück 10 bzw. 20 Jahre in Besitz, so hat der Veräußerer Eigentum am Grundstück erworben und zwar unabhängig davon, ob er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Die Zehnjahresfrist genügt nur dann, wenn sowohl der Veräußerer als Besitzer als auch dessen Vorbesitzer bei Erlangung ihres Besitzes gutgläubig waren; nach 20-jähriger Besitzzeit wird Eigentum auch bei Bösgläubigkeit erworben. Gutgläubigkeit setzt u. a. voraus, dass der Besitzende seinen Besitz aus einem im Grundbuch eingetragenen Rechtsgrund ableitet. Diese weitgehenden Möglichkeiten einer Ersitzung haben umgekehrt für den Eigentumserwerb eines Erwerbers die wichtige Folge, dass der Veräußerer tatsächlich unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer sein muss, weil sonst das erworbene Grundstück außerhalb des Grundbuches durch Ersitzung nach den vorstehenden Regelungen in das Eigentum eines Dritten übergegangen sein könnte. Als Ergebnis ist festzuhalten: Der Veräußerer ist mit einiger Sicherheit Eigentümer, wenn er und seine Rechtsvorgänger 20 Jahre im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sind bzw. waren und der Veräußerer im Zeitpunkt des Verkaufes auch Besitzer ist. Lässt sich zusätzlich der Nachweis führen, dass der Veräußerer und seine Rechtsvorgänger 20 Jahre lang ununterbrochen Besitzer waren, ist der im Grundbuch eingetragene Veräußerer auf jeden Fall auch tatsächlich Eigentümer. Dabei hilft die Vermutung des Art. 1044 Satz 1 ZGB, dass jemand, der zu Beginn eines Zeitraumes Besitzer war, auch während der Dauer des Zeitraumes Besitzer war. Eine spätere Bösgläubigkeit schadet nicht (Art. 1044 Satz 2 ZGB). Eine Ersitzung ist nicht möglich an Grundstücken, die dem Staat, einem Kloster, einem Minderjährigen

unter Vormundschaft oder in einer ähnlichen Rechtssituation stehenden Personen gehören.

Ob der Veräußerer Eigentümer des veräußerten Grundstücks ist, wird vom beurkundenden Notar nicht überprüft. Auch das Grundbuchamt überprüft dies in keinem Fall, weder beim Ausstellen von Abschriften und Bescheinigungen noch bei „Eintragung“ eines Veräußerungsvertrages im Grundbuch. Zwar sichert im Kaufvertrag der Veräußerer – mit den unter 1.1.2 genannten Rechtsfolgen – zu, dass er Eigentümer und Besitzer des Vertragsgrundbesitzes ist; jedoch ist dem Erwerber unbedingt anzuraten, nachzuprüfen, ob sein Veräußerer Eigentümer ist. Der Erwerber bedient sich dazu in der Regel eines Rechtsanwaltes, soweit nicht sowieso die Mitwirkung eines Anwalts gesetzlich vorgeschrieben ist (hierzu näher unter 3.5.2).

1.3.3 Wirkungen der Eintragung

Die Eintragung ist die letzte der Voraussetzungen für den Eigentumserwerb, also „conditio iuris“ für die Rechtsfolgen. Mit der Eintragung ist aber eine Vermutung für das Bestehen des Rechtes nicht verbunden.

Eine gewisse Beweiswirkung entfaltet die Eintragung dann, wenn der Veräußerer oder seine Vorgänger 20 bzw. 10 Jahre lang ununterbrochen im Grundbuch eingetragen sind, wie bereits oben unter 1.3.2 ausgeführt wurde. Außerdem entfaltet die Eintragung des Veräußerers eine gewisse Schutzwirkung für gutgläubige Dritte, wenn sie auf einem Rechtsgeschäft beruht, das wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung nichtig ist, da die Nichtigkeit nur ex nunc wirkt. Wenn also ein rechtskräftiges Gerichtsurteil einen schon eingetragenen Vertrag wegen Irrtums, Betrugs oder Bedrohung für nichtig erklärt hat, treten die Folgen bei Nichtigkeit gemäß Art. 1202 ZGB erst ab dem Zeitpunkt der „Vermerkung“ des Gerichtsurteils im Grundbuch (Art. 1203 ZGB) ein. Das bedeutet, dass der Eigentumsübergang durch Eintragung vor diesem Zeitpunkt gültig ist.

In diesem Zusammenhang sei noch einmal darauf hingewiesen, dass ein wegen Verletzung von Formvorschriften abgeschlossener Vertrag unheilbar unwirksam ist, dieser Vertrag also auch bei Eintragung im Grundbuch keine Rechtsfolgen nach sich zieht. Jeder, der ein berechtigtes Interesse hat, kann sich auf die Formnichtigkeit berufen.

Das dargelegte System des Grundbuchs als Überschreibungs-(Urkunden-)buch lässt den Eigentumserwerb an erst noch zu vermessenden Teilflächen zu. Denn eine Eintragung des Erwerbsvertrages setzt bezüglich des erworbenen Grundstücks bzw. der erworbenen Grundstücksteilfläche nur voraus, dass das Grundstück genügend genau beschrieben und ohne weiteres zu identifizieren ist. Die Eintragung eines Erwerbsvertrages über eine Teilfläche ist also dann möglich, wenn das veräußerte Grundstück in einer Planbeilage, die Bestandteil des Erwerbsvertrages sein muss, genügend genau bezeichnet ist. Die Eintragung ist nach Art. 1196 ZGB nur dann unwirksam, wenn durch das eingetragene Rechtsgeschäft „die Immobilie nicht zu identifizieren ist“.

1.4. Allgemeine Bestimmungen

1.4.1 Geschäftsfähigkeit

Nach griechischem Recht ist unbeschränkt geschäftsfähig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat (Art. 127 ZGB). Immobilien, die einem Minderjährigen gehören – ein in Griechenland nicht seltener Fall – dürfen die Eltern (Art. 1526 ZGB) ebenso wie der Vormund (Art. 1624 ZGB) nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes veräußern. Die Genehmigung wird nur erteilt, wenn ein zwingendes Bedürfnis vorliegt oder ein offensichtlicher Vorteil für das Kind ersichtlich ist.

1.4.2 Güterstand

Soweit die Ehegatten nichts anderes vereinbart haben, ist in Griechenland gesetzlicher Güterstand die Gütertrennung mit Zugewinnausgleich (Art. 1397 ZGB), bei der kein Ehegatte irgendwelchen Veräußerungsbeschränkungen unterworfen ist. Die Ehegatten können aber vor und während der Ehe Gütergemeinschaft (Art. 1403 ZGB) vereinbaren, die in etwa der Gütergemeinschaft nach deutschem Recht entspricht. Bei der Gütergemeinschaft entsteht eine Rechtsgemeinschaft, nach der jeder Ehegatte am gemeinsamen Vermögen zu gleichen Teilen („Gemeinschaft zu gleichen Teilen“) beteiligt ist. Dieser ideelle Anteil kann selbständig nicht veräußert werden. Der Ehevertrag ist notariell zu beurkunden und wird in einem besonderen öffentlichen Buch eingetragen, so dass die Einzelheiten der Regelungen Dritten bekannt werden können. Da der Verkauf von Grundstücken bei Bestehen der Gütergemeinschaft des Veräußerers durch beide Ehegatten erfolgen muss, ist zu empfehlen, dass der Käufer vor dem Kaufvertragsabschluss feststellt, in welchem Güterstand der Veräußerer lebt.

1.4.3 Internationales Privatrecht

Bei Erwerb von Grundeigentum in Griechenland durch Ausländer gilt das griechische Internationale Privatrecht, das in den Art. 4 bis 33 ZGB geregelt ist. Danach werden der Besitz und die dinglichen Rechte an beweglichen oder unbeweglichen Sachen durch das Recht des Staates bestimmt, in dem sich diese befinden (Art. 27 ZGB). Auch die Form des dinglichen Rechtsgeschäftes wird nach Art. 12 ZGB durch das Recht des Ortes bestimmt, an dem die Sachen sich befinden, demgemäß auch die Form des schuldrechtlichen Erwerbsvertrages (Art. 11 ZGB). Auch die für den Rechtsgrund (z. B. Kauf, Erbschaft usw.) der Eigentumsübertragung anzuwendenden allgemeinen Bestimmungen sind jeweils den Normen des griechischen IPR zu entnehmen: Danach ist z. B. für die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen (Art. 5 ZGB) und die Geschäftsfähigkeit sowohl der natürlichen wie auch der juristischen Personen (Art. 7 ZGB) das Recht der Staatsangehörigkeit anzuwenden, also für den deutschen Erwerber das deutsche Recht. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen wird durch das Recht des Sitzes bestimmt (Art. 10 ZGB). Nach Art. 32 ZGB sind Rückverweisungen des nach griechischem IPR anzuwendenden ausländischen Rechts nicht zu beachten. Schließlich ist die Vorbehaltsklausel des Art. 33 ZGB zu beachten. Danach ist eine Bestimmung fremden Rechts dann nicht anzuwenden, wenn ihre konkrete Anwendung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass nach Art. 14, 15 ZGB für die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten nicht, wie früher, das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung anzuwenden ist, sondern das Recht, das nach griechischem IPR für die allgemeinen Ehwirkungen unmittelbar nach der Eheschließung gilt, also das Recht der letzten während der Ehe gemeinsamen Staatsangehörigkeit, wenn einer der Ehegatten sie weiterhin hat, das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes während der Ehe, hilfsweise das Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind (ähnlich Art. 14 und 15 EGBGB).

2. Abschnitt: Beschränkungen des Grunderwerbs

2.1 Beschränkungen für Griechen und Ausländer in Grenzgebieten

Das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte an Immobilien in Griechenland können im Allgemeinen von „Ausländern“ (Personen nichtgriechischer Staatsangehörigkeit)

grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen erworben werden, die für griechische Staatsangehörige gelten. Eine generelle Erwerbsbeschränkung für Ausländer gibt es nicht. Nach Art. 4 ZGB genießen Ausländer die gleichen „bürgerlichen Rechte“ wie Inländer. Diese Gleichbehandlung ist aber nicht in der Verfassung verankert.

Die Gleichbehandlung vor dem Gesetz, also vor der öffentlichen Hand, wird nach Art. 4 Abs. 1 GrVerf. i. d. F. von 2001 nur den Griechen gewährt. Daher sind gesetzliche Regelungen möglich, die den Ausländern eine bevorzugte rechtliche Behandlung (z. T. Schutz vor Enteignung) ermöglichen oder ihre Erwerbsmöglichkeiten beschränken. Aufgrund der EU-Verträge und gemäß Art. 28 GrVerf. sind jedoch alle EU-Staatsangehörigen auch insoweit den Griechen gleichgestellt, es sei denn, besondere Bestimmungen erlauben in konkreten Fällen eine verschiedene Behandlung.

Will ein in vertragsloser Ehe lebendes deutsch-griechisches Ehepaar Immobilien in Griechenland erwerben, fällt der Erwerb durch den deutschen Ehegatten unter die nachfolgend unter 2.1.1 bis 2.1.7 aufgeführten Beschränkungen, und zwar unabhängig davon, ob für die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten der gesetzliche Güterstand nach deutschem Recht (Zugewinnngemeinschaft) oder nach griechischem Recht (Gütertrennung) gilt. Diese Beschränkungen, die bis 1990 nur für deutsche Ehegatten galten, gelten nun nicht nur für den deutschen, sondern auch den griechischen Ehegatten, da durch die Gleichstellung von Griechen und EU-Staatsangehörigen der griechische Staat die Beschränkungen grundsätzlich nicht aufgehoben hat, sondern nur gelockert, aber ihre Gültigkeit auf die Griechen erweitert hat. Auch ein in Gütergemeinschaft (nach deutschem oder griechischem Recht) lebendes deutsch-griechisches Ehepaar kann Grundbesitz in Griechenland (nur) unter den gleichen Voraussetzungen wie ein griechisches Ehepaar erwerben.

Von größter Bedeutung ist das Erwerbsverbot bzw. der Erwerb nach einem besonderen Genehmigungsverfahren (Verbot mit Genehmigungsvorbehalt) von Immobilien in territorialen Grenzgebieten, welche bisher überwiegend die ausländischen Käufer trafen. Diese größte Abweichung vom Prinzip des freien Eigentumserwerbs von Immobilien ist durch einen Komplex von Gesetzen und Verordnungen eingeführt und durch das Gesetz 1892/1990 novelliert worden. Davon betroffen ist ein sehr großes und für die ausländischen Käufer besonders attraktives Gebiet Griechenlands.

2.1.1 Festgelegte Grenzgebiete

Die ohnehin sehr langen Grenzen Griechenlands bieten für die Feststellung der Gebiete, in denen der Erwerb von Immobilien für Ausländer verboten bzw. einem besonderen Genehmigungsverfahren unterworfen ist, keine ausreichende Hilfe. Der griechische Gesetzgeber hat sich die Möglichkeit vorbehalten, selbst zu definieren, welche Gebiete als Grenzgebiete zu betrachten sind, auch wenn sie geographisch nicht ohne weiteres als solche zu erkennen sind. Wie die Aufzählung der vom Gesetzgeber genannten Grenzgebiete zeigt, war der Sicherheitsfaktor nicht allein bestimmend für die Festlegung.

Heute werden vom Gesetz 1892/1990 folgende Gebiete Griechenlands als Grenzgebiete ausgewiesen:

- Die Präfektur der Insel Chios. Dazu gehören auch die kleineren Inseln Psara und Inusses.
- Die Präfektur von Dodekanes. Mehrere für ausländische Käufer attraktive Inseln gehören dazu, u. a. die Inseln Rhodos, Kos, Patmos, Symi, Kalymnos.
- Die Provinz von Nevrokopi der Präfektur von Drama in Ost-Mazedonien an der griechisch-bulgarischen Grenze.

- Die Präfektur von Evros in West-Thrazien, direkt an der griechisch-türkischen Grenze. Die zu dieser Präfektur gehörende Insel Samothraki wird nicht mehr ausdrücklich ausgenommen, wie dies vor dem Gesetz 1892/1990 der Fall war, und gilt ebenfalls als Grenzgebiet.
- Die Präfektur von Florina in West-Mazedonien an der Grenze Griechenlands zu FYROM, ein begünstigtes Entwicklungsgebiet (FYROM ist die offizielle Bezeichnung der UNO für den selbständigen Staat Mazedonien).
- Die Provinzen von Pogonion und Konitsa der Präfektur von Ioannina in Epirus an der griechisch-albanischen Grenze.
- Die Präfektur der Insel Kerkyra (Korfu).
- Die Präfektur von Kilkis in Zentral-Mazedonien an der Grenze Griechenlands zu FYROM. Sie gehört zu den begünstigten Entwicklungsgebieten, in denen Gewerbeansiedlungen auch durch Ausländer staatlich gefördert werden, auch durch Erleichterung von Grunderwerb.
- Die Provinzen Almopia und Edessa der Präfektur von Pella.
- Die Provinz Sintiki der Präfektur von Rodopi.
- Die Präfektur der Insel Samos.
- Die Präfektur von Serres in West-Mazedonien.
- Die Insel Skyros.
- Die Präfektur von Thesprotia in Epirus an der griechisch-albanischen Grenze. Hier liegt die Hafenstadt Igoumenitsa.
- Die Insel Thira (Santorin) und die dazugehörenden kleineren Inseln.
- Die Präfektur von Xanthi in West-Thrakien an der griechisch-bulgarischen Grenze. Sie gehört zu den begünstigten Entwicklungsgebieten.

2.1.2 Regelungen bis 1990

Bis 1990 war der Erwerb von Grundeigentum und aller anderen dinglichen Rechte allen ausländischen natürlichen und juristischen Personen in den oben genannten Grenzgebieten und vielen weiteren untersagt (Art. 2 Pr. D. vom 22./24.6.1927, Art. 1 Zw. G 1366 vom 2./7.9.1938). Verboten war auch die Vermietung und jegliche Nutzungsüberlassung von Immobilien im städtischen Gebiet eines Grenzgebietes, soweit sie den Zeitraum von drei Jahren überstieg. Die Vermietung oder Nutzungsüberlassung von Immobilien im Grenzgebiet, die sich nicht im städtischen Gebiet befanden, war generell verboten; dieses Verbot konnte durch einen gemeinsamen Beschluss der Innen-, Landwirtschafts- und Verteidigungsminister nach der Begutachtung einer dazu berufenen Kommission aufgehoben werden.

Nachdem mehrere Staatsangehörige von Staaten der damaligen EG gegen diese Regelungen protestiert und sogar den EuGH angerufen hatten, wurde großer Druck auf die griechische Regierung ausgeübt, alle mit dem europäischen Recht nicht konformen Bestimmungen aufzuheben. Griechenland war einerseits die Unterscheidung zwischen Griechen und den anderen EG-Staatsangehörigen vorzuzerfen, andererseits die willkürliche Benennung von Gebieten als Grenzgebiete, obwohl sie tatsächlich nicht dazu gehörten bzw. zwar geographisch gesehen Grenzgebiete waren, aber keine besondere Notwendigkeit bestand, diese Gebiete als Grenzgebiete militärisch zu verteidigen. Ein gutes Beispiel dafür war Kreta. Wie erwartet, hat der EuGH zugunsten der europäischen Bürger und gegen den griechischen Staat entschieden. So hat Griechenland bereits 1990 sein Recht bezüglich des Erwerbs von dinglichen Rechten an Immobilien in Grenzgebieten novellieren müssen. Ein neues Gesetz wurde unter der Nummer 1892 im Jahr 1990 vom griechischen Parlament verabschiedet. Seitdem gilt, zumindest dem Wortlaut des Gesetzes nach, eine Gleichstellung zwischen griechischen Staatsbürgern und Staatsangehörigen der EU-Länder.

2.1.3 Gesetz Nr. 1892 aus dem Jahr 1990 (G. 1982/1990)

Der Erwerb von dinglichen Rechten an Immobilien in Grenzgebieten ist in einigen Artikeln des G. 1892/1990 geregelt. Dieses Gesetz regelt grundsätzlich die Investitionen in Griechenland und die dazu gewährten Fördermittel, und nur die Artikel 24 bis 31 regeln den Erwerb von dinglichen Rechten an Immobilien in Grenzgebieten. Das Gesetz gilt seit dem 31.7.1990.

Im Artikel 24 Abs. 1 des G. 1892/1990 werden als Grenzgebiete die oben genannten Gebiete bestimmt. Diese sind wesentlich weniger als früher und außerdem tatsächlich Grenzgebiete. Die Charakterisierung der Insel Skyros und Santorin als Grenzgebiete kann natürlich geographisch nicht gerechtfertigt werden, wohl aber politisch, da sich auf diesen Inseln große militärische Flughäfen befinden, so dass die Begrenzung bzw. ein Verbot des Erwerbs von dinglichen Rechten an Immobilien verständlich ist. Im Abs. 2 dieses Artikels wird dem Staat vorbehalten, durch ein Präsidialdekret aufgrund eines Vorschlages eines Komitees, das die Außen-, Verteidigungs-, Wirtschafts-, Finanz- und Landwirtschaftsminister bilden, die Bestimmung einer der oben erwähnten Gebiete als Grenzgebiet aufzuheben. Ebenfalls können andere Gebiete als Grenzgebiete bestimmt werden, was aber bis heute noch nicht geschehen ist.

Das G. 1892/1990 hebt aber auch die Unterscheidung zwischen Griechen und Ausländern auf, indem ein allgemeines Verbot für Rechtsgeschäfte in Grenzgebieten, mit denen dingliche Rechte an Immobilien erworben werden, verhängt wird. Darüber hinaus verbietet das Gesetz nunmehr auch den Erwerb von „Schuldrechten“ an Immobilien in Grenzgebieten. Gemäß Art. 25 Abs. 1 sind alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden verboten, mit denen eine natürliche oder juristische Person dingliche Rechte oder Schuldrechte an Immobilien in Grenzgebieten erwirbt. Ferner wird durch die gleiche Bestimmung auch die Übertragung von Aktien oder Gesellschaftsanteilen verboten, die Eigentum an Immobilien in Grenzgebieten haben. Ebenfalls wird „persönlichen Gesellschaften“ (also Personengesellschaften), die Eigentümer von Immobilien in Grenzgebieten sind, jede „Änderung der Personen der Gesellschafter“ untersagt.

Zusammenfassend ist nochmals zu betonen, dass die Verbote, die das G. 1892/1990 eingeführt hat, wesentlich umfangreicher sind als früher und für alle juristischen oder natürlichen Personen gelten, d. h. nicht nur für Ausländer, sondern auch für Griechen.

2.1.4 Generelle Ausnahmen

Die bedeutendste Ausnahme sowohl für alle Ausländer als auch für Griechen ist das uneingeschränkte Erbrecht (Artikel 25 Abs. 1 G. 1892/1990). Die Strenge des allgemeinen Verbotes wurde bereits 1991 etwas gelockert, indem die Eigentumsübertragung von Aktien von Gesellschaften, die an der griechischen Börse eingeführt sind, erlaubt wurde, wie auch der Erwerb von dinglichen Rechten in Grenzgebieten durch „Elternschenkung“. Unter Elternschenkung versteht man in Griechenland eine Schenkung von Eltern an Kinder bzw. von Großeltern an Enkelkinder, die steuerlich privilegiert behandelt wird. Diese Privilegierung besteht sowohl bei Überlassung unter griechischen als auch unter deutschen Staatsangehörigen. Also sind Überlassungen von auch in Grenzgebieten gelegenen Grundstücken durch deutsche Staatsangehörige an ihre Abkömmlinge genehmigungsfrei. Ferner werden seit 1991 Mietverträge an Immobilien in Grenzgebieten für einen Zeitraum bis zu sechs Jahren erlaubt. Erlaubt wurde 1991 durch Novellierung des Art. 25 Abs. 1 des G. 1892/1992 auch, dass Geschäfte über Teilung zwischen Miteigentümern einer im Grenzgebiet liegenden Immobilie wie auch Rechtsgeschäfte unter Miteigentümern einer Immobilie in Grenzgebieten, mit der ideelle Anteile übertragen werden, zulässig sind.

Bis 1990 wurde ausdrücklich die Bestellung von Grundpfandrechten zu Gunsten von Ausländern vom generellen Verbot des Erwerbs dinglicher Rechte an Immobilien in Grenzgebieten ausgenommen. Das G. 1892/1990 erwähnt diese Ausnahme nicht mehr. Dabei ist zu bedenken, dass der Grund für

das Verbot des Erwerbs dinglicher Rechte in Grenzgebieten die Sicherheit des Staates ist. Der Staat will kontrollieren, welche Ausländer in den empfindlichen Grenzgebieten dingliche Rechte erwerben. Durch das Grundpfandrecht wird aber primär kein Einfluss des Inhabers des Rechtes auf die Immobilie ermöglicht, sondern nur dessen finanzielles Interesse gesichert. Nachdem zwei griechische Gerichte, das Oberlandesgericht der Dodekanes (Urteil 23/2002) und der Areopag (Urteil 610/2002), entschieden haben, dass im Falle einer Versteigerung einer Immobilie in Grenzgebieten der Meistbietende erst nach dem Ende der Versteigerung die Genehmigung der Behörde für den Erwerb der Immobilie beantragen soll, ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber einfach „vergessen“ hat, die Zulässigkeit von Grundpfandrechtsbestellungen in Grenzgebieten wieder aufzunehmen.

2.1.5 Rechtsfolgen bei Verletzung des Veräußerungsverbotes

Rechtsgeschäfte, die trotz der angeführten Beschränkungen ausgeführt, d. h. beurkundet oder gar im „Grundbuch“ eingetragen werden, sind nach Art. 30 G. 1892/1990 unheilbar unwirksam. Den an solchen Rechtsgeschäften mitwirkenden Notaren droht neben einer Disziplinarstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und eine Geldstrafe bis zu 15.000 €. Die gleichen Strafen drohen nach Art. 30 den Vertragsparteien.

2.1.6 Genehmigungsverfahren für Griechen und EU-Angehörige

Alle Verbote des Art. 25 des G. 1892/1990 stehen von vornherein unter dem Vorbehalt, (unter bestimmten Voraussetzungen und) auf Antrag eine Genehmigung zu erteilen, wenn sich im Genehmigungsverfahren keine gesetzlichen Versagungsgründe ergeben (vergleichbar dem deutschen Rechtsinstitut des „Verbotes mit Genehmigungsvorbehalt“). Demgemäß können alle Verbote „aufgehoben werden“, wenn die Interessenten bei der vom Gesetz dazu bestimmten Behörde die Aufhebung beantragen. Man unterscheidet drei Gruppen von Berechtigten, die die „Aufhebung“ der Verbote beantragen dürfen:

- juristische Personen des griechischen Rechts,
- natürliche Personen, die die griechische Staatsangehörigkeit besitzen oder griechischer Abstammung sind oder die zypriotische Staatsangehörigkeit besitzen,
- juristische oder natürliche Personen, die die Staatsangehörigkeit eines EU-Landes besitzen.

Der Antrag dieser Personen muss genau die Immobilie, das zu erwerbende dingliche Recht und den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäfts beschreiben. Über den Antrag entscheidet ein „Komitee“, das in jeder Präfektur für drei Jahre gegründet wird. Mehrere Präfekturen bilden in Griechenland ein „Gebiet“, dessen „Generalsekretär“ dieses Komitee einberuft. Der Generalsekretär des Gebietes ist ein Organ der Kommunalverwaltung, das nicht gewählt, sondern von der Regierung bestimmt wird. Das Komitee besteht aus dem Generalsekretär als Vorsitzendem und aus jeweils einem Vertreter des Außen-, Verteidigungs-, Wirtschafts-, Öffentlicher Ordnung- und Landwirtschaftsministeriums. Die Entscheidung des Komitees wird mehrheitlich getroffen; allerdings räumt das Gesetz dem Vertreter des Verteidigungsministeriums ein Vetorecht ein.

Die Entscheidungskriterien sind im Gesetz nicht festgelegt. Aus dem Sachzusammenhang ergibt sich jedoch, dass allein Gründe der Verteidigungssicherheit, der Sicherheit des Staates für oder gegen eine Genehmigung herangezogen und entscheidend sein können. Dazu gibt es anscheinend einen Ministerialerlass des Verteidigungsministeriums, der aber in Griechenland nicht veröffentlicht ist, auf den man sich also auch nicht berufen kann.

2.1.7 Weitergehende Beschränkungen für Angehörige von „Drittländern“

Juristische oder natürliche Personen, die ihren Sitz außerhalb der EU haben oder die Staatsangehörigkeit von Ländern außerhalb der EU haben, brauchen für den Erwerb von dinglichen Rechten an Immobilien nicht nur in den oben unter 2.1.1 erwähnten Grenzgebieten, sondern auch in den Gebieten, die vor der Geltung des G. 1892/1990 als Grenzgebiete betrachtet wurden (siehe MittBayNot 1986, 155 f.), eine besondere Genehmigung. Diese Genehmigung kann durch Beschluss des Verteidigungsministers wiederum aufgehoben werden.

2.1.8 Anmerkungen zur Verwaltungspraxis in Griechenland

Gemäß Art. 26 G. 1892/1990 dürfen EU-Staatsangehörige unter den gleichen Voraussetzungen wie Griechen dingliche Rechte in den Grenzgebieten erwerben. Angehörige von Drittstaaten haben es dagegen jetzt besonders schwer, Eigentum oder andere dingliche Rechte in vielen Gebieten Griechenlands zu erwerben. Allerdings muss angeführt werden, dass die „Aufhebung des Erwerbsverbotes“, d. h. die Genehmigung für Staatsangehörige der EU-Länder, leider von der Behörde oft nicht erteilt wird. Es ist selbstverständlich, dass das Gesetz die gleiche Behandlung zwischen Griechen und EU-Staatsangehörigen begründet. Es ist auch selbstverständlich, dass griechische Staatsangehörige die Genehmigung für die Aufhebung des Verbotes in der Regel leicht erhalten. Dies geschieht aber oft nicht für die „gleichberechtigten“ EU-Staatsangehörigen. Oft wird nur dann die Genehmigung erteilt, wenn der Ausländer eine gewerbliche Nutzung der Immobilie als Zweck für den Erwerb der Immobilie angibt und diese Absicht entsprechend belegt. Daher werden Anträge von anderen Personen, die eine Immobilie z. B. nur für Freizeitwecke erwerben wollen, abgelehnt. Auch natürlichen Personen, die sich im Ruhestand befinden, werden öfters Anträge abgelehnt, was für griechische Staatsangehörige nie der Fall ist. Diese Entscheidungen sind rechtswidrig und daher anfechtbar. Die Behörden wissen, dass die Versagung rechtswidrig ist, aber sie rechnen damit, dass Ausländer den Weg zur griechischen Verwaltungsjustiz und die damit verbundenen Kosten scheuen. Die griechischen Verwaltungsgerichte aber werden regelmäßig solche rechtswidrigen Entscheidungen der Verwaltung aufheben, so dass ein EU-Staatsangehöriger, der ein griechisches Verwaltungsgericht anruft, i. d. R. sicher sein kann, dass er die Aufhebung erreichen wird. Obwohl die Kosten eines Rechtsstreits nicht besonders hoch sind, ist die dazu erforderliche Zeit leider lang und wirkt abschreckend. Es ist auch anzunehmen, dass, wenn mehr Interessenten neben dem Rechtsweg die erforderlichen Schritte an die EU-Behörden unternehmen würden, die Verwaltungsbehörden in Griechenland bald nicht mehr in der Lage wären, rechtswidrige Entscheidungen zu treffen. Den Interessenten wird empfohlen, bevor sie ihre Anträge stellen, darüber mit ihrem Anwalt zu sprechen, der den Antrag dann so formuliert, dass die Behörde den Eindruck gewinnt, dass der EU-Staatsangehörige sich seiner Rechte bewusst ist und nicht bereit ist, eine Ablehnung hinzunehmen, sondern im Falle einer Versagung gerichtlich vorgehen und sich an die EU-Behörden wenden wird. Ein solcher Antrag wirkt in der Praxis meistens vorbeugend gegen eine Ablehnung.

2.1.9 Umgehungsmöglichkeiten; Heilung früherer Umgehungsverträge

Vor Geltung des G. 1892/1990 sahen viele Ausländer in dem Erwerb von Eigentum an Grundstücken in den damaligen Grenzgebieten entweder durch eine griechische Gesellschaft

oder durch einen Strohmann zwei Umgehungsmöglichkeiten der Verbote. Nachdem das G. 1892/1990 juristische und natürliche Personen gleichstellt und noch dazu die Übertragung von Aktien, Gesellschaftsanteilen oder Änderung der Gesellschafter bei „persönlichen Gesellschaften“ verbietet, gibt es praktisch diese Umgehungsmöglichkeiten nicht mehr, natürlich auch nicht für Nicht-EU-Staatsangehörige. Die Einschaltung von Stroh Männern bleibt für Ausländer eines nicht EU-Landes, bzw. für EU-Staatsangehörige, die einer Ablehnung vorbeugen oder ihr entgehen möchten, weiterhin eine mögliche Lösung. Dass aber die Risiken dieser Lösung groß sind, liegt auf der Hand. Deshalb wird von der Einschaltung von Stroh Männern ausdrücklich abgeraten.

Nachdem das G. 1892/1990 die Rechtssituation änderte, ist es jetzt höchste Zeit, dass EU-Staatsangehörige, die früher einen Strohmann verwendet haben, die Angelegenheit nunmehr in Ordnung bringen, indem sie jetzt den Antrag auf Aufhebung des gesetzlichen Verbots stellen und dann die Immobilie durch einen Kaufvertrag mit dem Strohmann auf sich übertragen lassen. Obwohl dieser Schritt mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist, wird dazu ausdrücklich geraten. Mit diesem Kaufvertrag wird dann endlich das Eigentum und damit auch die Erbnachfolge gesichert.

2.2 Allgemeine Beschränkungen

In Griechenland gilt eine weitere Anzahl von Beschränkungen beim Grunderwerb in gleicher Weise für Ausländer wie für Griechen.

2.2.1 Privatinseln und -eilande

Das Verbot des Grunderwerbs von Privatinseln und -eilanden (das sind Inseln, die ganz im Eigentum einer oder mehrerer natürlicher oder juristischer Personen stehen) ohne vorherige schriftliche Erlaubnis des Landwirtschaftsministeriums bzw. des örtlich zuständigen Präfekten ist durch Art. 24 Abs. 17 des G. 2508/1997, in der Fassung vom 13.6.1997, aufgehoben.

Mit Nachdruck ist aber zu erwähnen, dass die Eigentumsverhältnisse vieler Privatinseln und -eilande unsicher sind. Vor allem ist wichtig, festzustellen, ob die Insel tatsächlich „privat“ ist und niemals dem Staat gehörte bzw. dass sie rechtmäßig vom Staat erworben wurde. Viele „Privatinselseigentümer“ behaupten oder glauben einfach, dass sie Eigentümer sind, da sie seit mehreren Jahrzehnten die Insel besitzen. Man darf aber nicht vergessen, dass eine Ersitzung von staatlichem Grund nicht möglich ist (siehe oben 1.3.2). Zu erwähnen ist auch, dass der griechische Staat derzeit viele Inseln verkaufen will. Sogar Anregungen eines Interessenten könnten zu einem Verkauf seitens des Staates führen. Diese Kaufobjekte sind meistens sehr interessant, und der Erwerb von Eigentum an solchen Inseln wäre selbstverständlich sehr sicher.

2.2.2 Mindestgrößen von unbebauten Vertragsgrundstücken nach Vertragsrecht und Baurecht

In zweierlei Hinsicht sind Mindestgrößen beim Verkauf unbebauter Grundstücke zu beachten, nämlich einmal bei der Frage der Wirksamkeit des Kaufvertrages und völlig getrennt davon bei der Frage der Bebaubarkeit des gekauften Grundstücks.

Liegt das Vertragsgrundstück innerhalb des Geltungsbereiches eines Stadtbauplanes (d. i. ein in der Stadtgemeinde oder Dorfgemeinde geltender „Bebauungsplan“) und wird die darin festgesetzte Mindestgröße für Grundstücke durch das Vertragsgrundstück nicht eingehalten, ist der Kaufvertrag unheilbar unwirksam. Liegt das Vertragsgrundstück oder die zu erwerbende Teilfläche außerhalb eines Stadtbauplanes, gilt hingegen keine Mindestgröße.

Erfolgt der Grundstücksverkauf jedoch nach den Bestimmungen des Kaufvertrages zum Zwecke der Bebauung, so ist die Eigentumsübertragung außerdem verboten, wenn durch Teilung Grundstücke entstehen, die nicht die für die Bebauung gesetzlich geforderte Mindestgröße sowohl hinsichtlich der Fläche wie auch der Länge der Vorderseite erreichen. Verträge über Grundstücke unter der so geforderten Mindestgröße sind unheilbar unwirksam. Die anzuwendenden Bauvorschriften sind örtlich sehr unterschiedlich, manchmal sogar von Stadtteil zu Stadtteil. Grundstücke, die innerhalb eines Stadtbauplanes liegen, können nur bebaut werden, wenn sie die nach dem Plan vorgeschriebene Mindestgröße haben; außerdem können nur Bauten nach Art des Stadtbauplanes errichtet werden. Liegt das Vertragsgrundstück außerhalb eines Stadtbauplanes, so richten sich die für die Bebauung erforderlichen Mindestgrößen nach der „allgemeinen Bauordnung“, aber auch nach anderen Gesetzen. Nur als Orientierungshilfe soll erwähnt werden, dass die erforderliche Mindestgröße eines Grundstücks, das außerhalb eines Stadtbauplanes liegt, für die Bebauung mit einem Wohnhaus in der Regel 4 000 m² betragen muss. Es genügt auch eine Mindestgröße von 2 000 m², wenn das Grundstück an einer öffentlichen Straße liegt, die zwei Orte miteinander verbindet. Die Mindestgröße für die Aufstellung eines Fertighauses ist von Ort zu Ort sehr unterschiedlich, ist aber meistens deutlich geringer. Es können teilweise bis zu 1 000 m² ausreichend sein. Zu beachten ist allerdings, dass mit dem Antrag auf Genehmigung zur Aufstellung eines Fertighauses eine Erklärung abgegeben werden muss, wonach sich der Eigentümer verpflichtet, das Fertighaus auf Anordnung der zuständigen Behörde ohne Anspruch auf Entschädigung auf eigene Kosten zu entfernen.

Erreicht ein außerhalb eines Stadtbauplanes liegendes Grundstück nicht die für die Bebaubarkeit geforderte Mindestgröße von 4 000 m², so kann eine Bebaubarkeit dadurch erreicht werden, dass das Grundstück mit einem Nachbargrundstück „vereinigt“ wird und jeder der beiden ursprünglichen Eigentümer Eigentümer zu Bruchteilen des vereinigten Grundstücks wird. Dazu kann zusätzlich vereinbart werden, dass mit dem jeweiligen Miteigentumsanteil (Bruchteil) des jeweiligen Eigentümers das Alleineigentum an einem auf seinem ursprünglichen Grundstück stehenden Gebäude verbunden wird. Allerdings darf die Summe der Grundflächen der beiden Häuser 200 m² nicht überschreiten. Diese Form des Miteigentums am vereinigten Grundstück und Alleineigentum an den Gebäuden nennt sich „vertikales Miteigentum“; es entspricht im Wesentlichen einer Begründung von Wohnungseigentum mit mehreren Gebäuden auf einem Grundstück nach deutschem Recht. Verschiedene Rechtsbestimmungen haben während der letzten Jahre die Möglichkeiten für die Begründung eines „vertikalen Miteigentums“ erheblich begrenzt. Ob es im konkreten Fall möglich ist oder nicht, erfährt man meistens auf dem zuständigen Bauamt oder von einem Bauingenieur, der ortsansässig ist und die in diesem Gebiet geltenden Vorschriften gut kennt, in Zusammenarbeit mit dem Rechtsanwalt des Interessenten. Bei Grundstücken innerhalb wie außerhalb eines Stadtbauplanes wird keine Baugenehmigung erteilt, wenn es sich um Wald- oder Naturschutzgebiet bzw. um archäologisches Gelände handelt; insbesondere im letzteren Fall bestehen besondere Regelungen, die weitere Erschwernisse begründen oder gar den Kauf untersagen. Bei Grundstücken, die ans Meer grenzen, ist zu beachten, dass ein von Fall zu Fall unterschiedlicher, häufig 30 m breiter Streifen des Strandes („soweit die Winterwelle schlägt“) nicht im Privateigentum steht und somit nicht verkauft und auch nicht nur ausschließlich privat genutzt werden darf. Strände sind daher immer allgemein zugänglich zu halten.

Die Notare sind verpflichtet, die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nur dann zu beurkunden, wenn ein topographischer Plan zum Bestandteil des Vertrages gemacht wird. Dieser Plan muss von einem Bauingenieur oder Topographen angefertigt oder beglaubigt sein. Dieser muss ausdrücklich schriftlich bestätigen, dass das Grundstück die für die Bebauung erforderliche Mindestgröße hat und dass die Teilung auch nach anderen, hier nicht erwähnten Bestimmungen zulässig ist bzw. dass das Grundstück nicht durch eine unerlaubte Teilung entstanden ist.

2.2.3 Staatliche Vorkaufsrechte und Genehmigungen

Für bestimmte Grundstücke besteht aufgrund von Präsidialdekreten in „Zonen aktiven Städtebaus“ ein staatliches Vorkaufsrecht. Eine Eigentumsübertragung ohne Vorlage einer Bescheinigung über den Verzicht auf Ausübung dieses Vorkaufsrechtes ist unheilbar unwirksam. Außerdem bestehen Beschränkungen und Vorkaufsrechte bei Kauf von Waldflächen durch das Forstgesetz sowie bei Kauf von landwirtschaftlichen Flächen, wenn der Käufer eine Nutzungsänderung plant.

Der Erwerb von einer Wohnungsbaugenossenschaft spielt in Griechenland eine sehr große Rolle. Hier ist insbesondere darauf zu achten, dass der Kaufvertrag nur rechtswirksam ist, wenn im Vertrag ausdrücklich die Genehmigung des für Fürsorgewesen und öffentliche Arbeiten zuständigen Ministers erwähnt wird.

3. Abschnitt: Abwicklung des Vertrags

3.1 Absicherung von Verkäufer und Käufer

Aufgabenbereich und Pflichten des griechischen Notars unterscheiden sich wesentlich von denen seines deutschen Kollegen. Der griechische Notar ist nicht verpflichtet, auf die Sicherung beider Vertragsteile hinzuwirken; er hat lediglich eine Aufklärungspflicht über die Rechtsfolgen der Vereinbarung. Im Vorfeld der Beurkundung hat er keinerlei Überwachungs- und Aufklärungspflichten; so führt er insbesondere auch keine Grundbucheinsicht durch. Auch mit der Abwicklung des Vertrages ist der Notar nicht betraut. Deshalb bedient sich in Griechenland der Käufer in der Regel der Rechtsberatung eines Rechtsanwaltes, soweit die Mitwirkung eines Anwaltes nicht ohnehin gesetzlich vorgeschrieben ist (siehe nachfolgend 3.5.2).

3.1.1 Kaufpreiszahlung

Üblicherweise wird in Griechenland der Kaufpreis sofort bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages bar bezahlt. Dies ist auch zu empfehlen, da dann in die notarielle Urkunde ein Quittungsvermerk aufgenommen wird.

Sollte der Kaufpreis erst später bezahlt werden, bieten sich für den Verkäufer folgende Sicherungsmöglichkeiten an: Häufig wird vereinbart, dass sich der Verkäufer das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises zurückbehält. In diesem Fall wird ein entsprechender Vermerk in die notarielle Urkunde aufgenommen. Die Grundbucheintragung des Vertrages erfolgt dann ohne Vorbehalt; jedoch muss der Käufer den Eigentumsübergang auf ihn dadurch nachweisen, dass er den Eintritt der im inzwischen eingetragenen Vertrag gemachten Bedingung, nämlich die Bezahlung des Kaufpreises, in zuverlässiger Weise, die meistens vorvereinbart ist, nachweist. Der Notar beurkundet dann eine Erklärung der Parteien, dass der Kaufpreis vollständig bezahlt worden ist. Für den Fall, dass der Verkäufer an dieser Erklärung nicht mitwirkt, ist es üblich, dass im Kaufvertrag für diese Erklärung der Käufer vom Verkäufer unwiderruflich bevollmächtigt wird. Die vereinbarten Nachweise der vollständigen Kaufpreiszahlung

prüft dann pflichtgemäß der Notar. Manchmal behält sich der Veräußerer auch bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung das Rücktrittsrecht vor, was wegen der vereinfachten Eintragung des Erwerbers im Grundbuch Probleme aufwerfen kann. Die Bezahlung des Kaufpreises kann schließlich durch Eintragung einer Kaufpreishypothek oder durch Aushändigung einer Bankbürgschaft gesichert werden.

3.1.2 Absicherung des Käufers

Eine Sicherungsmöglichkeit des Käufers, vergleichbar mit der bei uns sehr häufigen Regelung, dass der Käufer den Kaufpreis erst nach Vorliegen aller Voraussetzungen bezahlt, die den künftigen Erwerb durch den Käufer sicherstellen, gibt es in Griechenland nicht. Die sofortige Eintragung des Vertrages im Grundbuch zur Erfüllung der vierten und letzten Eigentumsverschaffungsvoraussetzung ist deshalb dem Erwerber unbedingt zu empfehlen. Den Antrag auf Eintragung kann jeder stellen, der ein berechtigtes Interesse hat, insbesondere Verkäufer, Käufer oder auch Gläubiger von Verkäufer oder Käufer. Der Antrag auf Grundbucheintragung wird *nicht* vom Notar gestellt. In kleineren Orten ist der Notar oft auch gleichzeitig Grundbuchbeamter. Hier kann getrennt von der Urkunde, aber gleichzeitig, der Antrag auf Eintragung beim Notar als Grundbuchbeamtem gestellt werden. Jeder Käufer, erst recht der ausländische Käufer, ist gut beraten, wenn er unverzüglich nach Beurkundung diesen Antrag stellt.

Häufig, aber bei weitem nicht so oft wie die sofortige Barzahlung des Kaufpreises, erfolgt die Kaufpreiszahlung erst nach Eintragung im Grundbuch. Hierauf wurde bereits oben unter 3.1.1 eingegangen. Von der Möglichkeit der Hinterlegung des Kaufpreises beim Notar bis zur Eintragung wird selten Gebrauch gemacht.

3.2 Beurkundung durch den Notar

Wie bereits ausgeführt, reicht der Aufgabenbereich des griechischen Notars nicht so weit wie der eines deutschen Notars. Der Notar in Griechenland beurkundet lediglich die von den Vertragsteilen an ihn herangetragenen Erklärungen. Der Entwurf der Urkunde wird vom Notar in Zusammenarbeit mit den Rechtsanwälten der Parteien gefertigt. Sollte ausnahmsweise die Mitwirkung von Rechtsanwälten nicht vorgeschrieben sein, wird der Entwurf der Urkunde nur vom Notar gefertigt. Der Notar überprüft nur Voraussetzungen und Wirksamkeit des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages, also nur die zweite und dritte Voraussetzung für den Eigentumsübergang an Immobilien. Gesetzliche Aufgabe des Notars ist auch, über den Vertragsinhalt, seine Rechtsfolgen und über die Bedeutung diverser Bestimmungen zu belehren. Um im Schema der vier Voraussetzungen für den Eigentumsübergang zu bleiben, wird der Notar weder bei der Überprüfung, ob der Veräußerer tatsächlich Eigentümer ist, tätig, noch beim Verfahren zur Eintragung in das Grundbuch (Voraussetzungen eins und vier für den Eigentumsübergang). Dem steht nicht entgegen, dass der Notar manchmal, nach Vorauszahlung der Kosten, den Parteien behilflich ist, indem er die Eintragung im Grundbuch durch sein Notariat übernimmt. Die Urkunde wird im Übrigen von den Beteiligten, den teilnehmenden Rechtsanwälten, ggf. vom Dolmetscher und natürlich vom Notar unterschrieben.

3.3 Zeitpunkt und Rangfolge der Grundbucheintragungen

3.3.1 Antrag auf Grundbucheintragung

Das griechische Recht schreibt keine Frist vor, innerhalb der die Eintragung im Grundbuch erfolgen muss. Wie bereits aus-

geführt, sollte die Eintragung aber möglichst bald nach dem Vertragsabschluss beantragt werden, da man erst durch die Eintragung Eigentümer wird. Erst dann ist auch sichergestellt, dass kein Dritter durch eine Eintragung seinerseits Eigentümer wird und dass der bisherige Eigentümer das Grundstück nicht mehr belasten kann. Der Antrag auf Grundbucheintragung wird in der Regel durch den beteiligten Rechtsanwalt gestellt, der auch die Eintragung im Grundbuch überwacht.

Dem Grundbuchamt müssen folgende Unterlagen vorgelegt werden:

- beglaubigte Abschrift des notariellen Kaufvertrages
- mit allen dazu vom Notar beizufügenden Unterlagen (dazu nachfolgend unter 3.5.1) und
- der Antrag auf Eintragung des Kaufvertrages.

Der Rechtsanwalt des Käufers beantragt außerdem eine Reihe von Bestätigungen des Grundbuchamtes: dass der Kaufvertrag eingetragen wurde, dass die Immobilie belastungsfrei ist usw.

3.3.2 Rangfolge der Grundbucheintragungen

Werden mehrere Eintragungen am selben Tag für ein und dieselbe Immobilie vorgenommen, bestimmt sich der Rang der Rechte, im Gegensatz zum deutschen Recht, nach dem Alter der Urkunde, auf der die Eintragung beruht (Art. 1206 ZGB). Etwas anderes gilt, falls am selben Tag Eigentum und Hypothek eingetragen werden; dann bestimmt sich der Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragung (Art. 1207 ZGB), der sich in diesem Fall wiederum nach dem Zeitpunkt des Eingangs beim Grundbuchamt bestimmt. Bei Hypotheken bestimmt sich der Rang nach dem Tag der Eintragung; Hypotheken, die am selben Tag eingetragen werden, haben unabhängig vom Zeitpunkt des Eingangs beim Grundbuchamt gleichen Rang.

3.4 Gebühren und Steuern

3.4.1 Notar- und Grundbuchgebühren

Die Gebühren des Notars richten sich nach dem Wert der Immobilie. Die Gebühren sind gesetzlich auf ca. 1,5 % des Wertes der Immobilie festgelegt. Als Wert für die Berechnung der Notargebühren dient der jeweils höhere Wert, d. h. entweder der von den Vertragsparteien im Kaufvertrag angegebene oder der vom Finanzamt als tatsächlicher Marktwert bzw. objektiver Wert errechnete. Zusätzlich zu diesen Gebühren ist eine Pauschale pro Seite des Vertrages an den Notar zu entrichten. Die Notargebühren tragen Veräußerer und Erwerber je zur Hälfte (Art. 527 Abs. 1 ZGB). Eine andere Vereinbarung der Vertragsparteien ist im Innenverhältnis wirksam, gilt allerdings nicht gegenüber dem Notar.

In Griechenland gibt es nur ausnahmsweise beamtete oder besoldete Grundbuchführer (z. B. die Grundbuchführer in Athen, Piräus und Rethymnon). Die Kosten der Eintragung des Kaufvertrages in die Grundbücher dieser Ämter betragen ca. 30 €. Bei den anderen Grundbuchämtern betragen die Kosten 0,25 bis 0,75 % des Wertes der Immobilie. Auch hier wird im konkreten Fall der höhere Wert zugrunde gelegt, also entweder der von den Vertragsparteien angegebene oder der objektive Wert oder der vom Finanzamt festgesetzte Wert. Dazu kommt eine Auslagenpauschale von ca. 20 €. Die Grundbuchkosten trägt der Käufer (Art. 527 Abs. 2 ZGB), soweit zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart wurde.

Üblicherweise wird im Kaufvertrag vereinbart, dass der Käufer sowohl die Notar- als auch die Grundbuchgebühren trägt. Jede Partei trägt die Kosten des eigenen Rechtsanwaltes.

3.4.2 Grunderwerbsteuer; Gemeindegebühr

Bei der Grunderwerbsteuer muss man zwischen „städtischen“ und „nichtstädtischen“ Immobilien unterscheiden. Städtische Immobilien sind solche, die in einer Stadt liegen, die Sitz einer Berufsfeuerwehr ist; alle anderen sind nichtstädtisch. Die Grunderwerbsteuer für die städtischen Immobilien beträgt 11 % des Wertes der Immobilie, wenn dieser bis zu 12.000 € beträgt, und 13 % für den 12.000 € übersteigenden Betrag. Dazu ist ein Betrag von 3 % der Grunderwerbsteuer als Gemeindegebühr zu zahlen. Bei nichtstädtischen Immobilien sind entsprechend den vorstehenden Ausführungen 9 bzw. 11 % des Wertes der Immobilie an Grunderwerbsteuer zu zahlen, außerdem 3 % der Grunderwerbsteuer als Gemeindegebühr. Die Grunderwerbsteuer und die Gemeindegebühr, die nach dem im Kaufvertrag angegebenen Kaufpreis errechnet werden, hat der Veräußerer zu entrichten. Sollte das Finanzamt einen höheren Wert feststellen oder sollte der objektive Wert höher liegen und wird deshalb die Steuer nach diesem Wert berechnet, muss der Erwerber die Differenz bezahlen. Gegen diese Festsetzung kann Einspruch erhoben werden.

Während der letzten Jahre wurde in Griechenland ein System zur Bestimmung eines „objektiven Wertes“ der Immobilien entwickelt. Nach „Ortschaftslage“ und im Falle von Gebäuden nach Alter, Stockwerken usw. wurde eine Formel entwickelt, mit der aufgrund von „Basiswerten“, die das Finanzministerium bestimmt, ein objektiver Wert der Immobilie berechnet wird. Es gibt jetzt nur noch wenige Orte in Griechenland, wo das Finanzamt den Wert einer Immobilie frei schätzt. Die objektiven Werte einer Immobilie bilden das Minimum des Kaufpreises, den die Parteien angeben sollten; ein darunter liegender vereinbarter Kaufpreis muss nämlich den Behörden gegenüber begründet werden und auch objektiv begründbar sein. Nach dem „objektiven Wert“ werden die verschiedenen Gebühren berechnet, darunter auch die Grunderwerbsteuer. In der Regel liegt dieser objektive Wert etwas unter dem tatsächlichen Marktwert der Immobilien. In einigen Fällen liegen die tatsächlichen Marktwerte aber wesentlich höher als die objektiven Werte. Zur Berechnung der Steuern und Gebühren wird eine Art Höchstwertprinzip zugrunde gelegt: Liegt der objektive Wert höher als der vereinbarte Kaufpreis, wird ersterer bei der Berechnung von Gebühren und Steuern berücksichtigt; liegt er unter dem vereinbarten Kaufpreis, wird dieser als Berechnungsgrundlage herangezogen. Falls der objektive Wert über dem vereinbarten Kaufpreis liegt, steht deshalb im Kopf der Urkunde: „Kaufvertrag einer Immobilie für (z. B.) 40.000 Euro, objektiver Wert 50.000 Euro“; liegt der Kaufpreis über dem objektiven Wert, so wird nur der Kaufpreis aufgeführt. Die Berechnung der Grunderwerbsteuer – aufgrund der Formel und der Basiswerte des Finanzministeriums, die alle zwei bis drei Jahre angepasst werden – ist Aufgabe der örtlichen Finanzämter, die sie aber in der Praxis nie wahrnehmen. Diese Aufgabe haben zwangsweise die Notare übernommen; die Finanzämter kontrollieren nur die Berechnungen der Notare.

In Abweichung von den vorstehenden Kostentragungspflichten wird allerdings in der Regel im Kaufvertrag vereinbart, dass die Grunderwerbsteuer vom Erwerber ganz zu tragen ist.

3.5 Weitere Hinweise für die praktische Abwicklung

3.5.1 Vorzulegende Unterlagen

Bevor der Notar einen Kaufvertrag beurkunden darf, müssen die Parteien – besonders der Veräußerer – einige Formalitäten erledigen, die hauptsächlich aus der Besorgung von Bestäti-

gungen bestehen, die meistens die Erfüllung steuerrechtlicher Verpflichtungen nachweisen. Der ausländische Erwerber, der über diese Voraussetzungen rechtzeitig informiert ist, hat einen besseren Überblick über den Wert und die Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie. Dem Notar muss u. a. Folgendes vorgelegt werden:

- topographischer Plan oder Bauplan der Immobilie (oben 2.2.2);
- Bestätigung über Bezahlung der Gemeindegebühr (oben 3.4.2);
- wenn die Immobilie innerhalb der Grenzen eines Stadtbauplanes liegt: Bestätigung der zuständigen städtischen Behörde, dass sämtliche Gemeindeabgaben entrichtet sind;
- Bescheinigung über die Einnahmen, die die Immobilie in den letzten Wirtschaftsjahren erbracht hat, bzw. eine eidesstattliche Erklärung, dass die Immobilie keine Einnahmen erbracht hat;
- eidesstattliche Erklärung des Verkäufers, dass er einer Grundvermögensteuer nicht unterliegt, bzw. eine Bestätigung des Finanzamtes, dass er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist;
- bei einem bebauten Grundstück: die Baugenehmigung. Dies ist eine 1983 getroffene Maßnahme gegen ohne Baugenehmigung errichtete Gebäude. Daher reicht auch eine eidesstattliche Erklärung aus, dass der Bau vor 1983 erstellt worden ist. Diese Erklärung müssen beide Vertragspartner, d. h. auch der ausländische Erwerber, abgeben;
- Bescheinigung über die Nichtausübung des staatlichen „Vorkaufsrechtes“ (oben 2.2.3);
- wenn der Veräußerer das Eigentum durch ein unentgeltliches Rechtsgeschäft (Schenkung) erworben hat: Bestätigung, dass er die dafür vorgesehene Steuer entrichtet hat;
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes über die Bezahlung der Grunderwerbsteuer (oben 3.4.2 und 1.3.1);
- bei Freiberuflern oder einem Beteiligten, der gerade ein Gebäude in Griechenland baut: eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Sozialversicherung;
- Quittung über die Bezahlung von verschiedenen Gebühren an die Anwaltskammer und eines Teiles des Rechtsanwalts honorars, soweit die Mitwirkung von Rechtsanwälten zwingend vorgeschrieben ist (siehe nachfolgend 3.5.2).

3.5.2 Beteiligung eines Rechtsanwalts; Honorar

Wie bereits mehrfach (insbesondere unter 1.3, 1.3.2, 3.2 und 3.3.1) ausgeführt, werden Rechtsanwälte beim Verkauf von Immobilien fast immer eingeschaltet, was insbesondere im Hinblick auf den eng begrenzten Aufgabenbereich des Notars in Griechenland zweckmäßig ist. Die Beteiligung je eines Rechtsanwalts für den Käufer und für den Verkäufer ist darüber hinaus bei Verträgen über die Veräußerung von Immobilien zwingend vorgeschrieben, wenn der Wert der Immobilie über 15.000 € (bei Immobilien in Attika über 30.000 €) beträgt.

Das Honorar der Rechtsanwälte wird frei vereinbart. Es darf jedoch nicht unter der gesetzlich festgesetzten Honorargrenze liegen. Dieses beträgt mindestens 1,5 % des tatsächlichen Kaufpreises für den Rechtsanwalt des Käufers, als Honorar für die Feststellung der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch. Darin enthalten ist das Honorar für die Mitwirkung bei der Abfassung des Entwurfes des Kaufvertrages und bei der notariellen Beurkundung. Falls kein Vertragsentwurf entsteht und auch kein Kaufvertrag geschlossen wird, beschränkt sich dieses Honorar auf ein Drittel daraus. Für den Anwalt des Verkäufers beträgt das Mindesthonorar 1 % des tatsächlichen Kaufpreises, wenn dieser 45.000 € nicht übersteigt, für den diesen Betrag übersteigenden Kaufpreis und bis zu 1.467.000 € 0,5 % des tatsächlichen Kaufpreises, darüber 0,4 % und weniger für noch höhere Beträge. Natürlich sind diese Honorarsätze das gesetzliche Minimum, unter dem der Anwalt auf keinen Fall eine Rechnung stellen darf, weil sonst ein Diszi-

plinarverfahren gegen ihn eingeleitet werden würde. Ein Teil der Anwaltsgebühren, zusammen mit einigen kleineren Beträgen anderer Gebühren, muss an die Anwaltskammer vor der Beurkundung bezahlt werden. Die Quittung der Anwaltskammer ist eine der Voraussetzungen für die Beurkundung des Vertrages (siehe oben 3.5.1).

3.5.3 Makler

Durch den Maklervertrag wird die entgeltliche Regelung für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages festgelegt. Der vereinbarte Betrag ist nur dann zu entrichten, wenn der Vertrag infolge der Tätigkeit des Beauftragten zustande gekommen ist (Art. 703 Abs. 1 ZGB). Wenn lediglich ein Vorvertrag abgeschlossen wurde, der Kaufvertrag jedoch nicht zustande kam, hat der als Makler Tätige nur Anspruch auf die Hälfte des vereinbarten Vermittlungsbetrages (Art. 703 Abs. 1 Satz 2 ZGB). Entstandene Aufwendungen sind dem Makler nur dann zu ersetzen, wenn dies zuvor vereinbart wurde (Art. 703 Abs. 2 ZGB). Ein Maklervertrag kann zwischen beliebigen Personen formlos abgeschlossen werden; keiner der Vertragspartner muss Immobilienmakler von Beruf sein. Die Schriftform ist bei Maklerverträgen mit Immobilienmaklern allerdings gebräuchlich, vor allem, weil das Gesetz für die Vereinbarung einer Maklerprovision die Schriftform vorschreibt. Die Maklerprovision kann frei vereinbart werden; andernfalls gelten die gesetzlichen Provisionssätze. Sie betragen 2 % des Wertes der Immobilie bei einem Wert bis zu 5.900 € und 1 % des Immobilienwertes, soweit dieser 5.900 € übersteigt. Der dabei zugrunde zu legende Wert muss nicht dem vereinbarten Kaufpreis entsprechen; vielmehr können die Parteien einen bestimmten Betrag als Basis für die Berechnung des Maklerhonorars vereinbaren. In der Regel wird aber ein Maklerhonorar in Höhe von 2 % aus dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis vereinbart. Meistens bekommt der Makler ein Honorar sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer.

3.5.4 Beurkundung durch Konsul; Vollmachtserteilung

Ein griechischer Konsul darf kraft Gesetzes die Amtshandlungen vornehmen, die in Griechenland in den Zuständigkeitsbereich der Notare fallen. Dies kann vor allem für den ausländischen Erwerber von praktischer Bedeutung sein. Für die Tätigkeit des Konsulats werden keine Gebühren erhoben.

Häufig ist es zweckmäßig, wenn zumindest einer der Erwerber in Deutschland dem in Griechenland beauftragten Rechtsanwalt eine Vollmacht zum Abschluss des Kaufvertrages erteilt. Nach griechischem Recht darf der nach dem Gesetz zwingend zur Mitwirkung vorgeschriebene Rechtsanwalt seine Partei auch gleichzeitig als Bevollmächtigter bei Vertragsschluss vertreten. Diese Vollmacht kann im griechischen Konsulat oder auch vor einem deutschen Notar unterschrieben werden. Die Vollmacht muss beurkundet werden, weil der Vertrag, für den sie verwendet wird, notariell beurkundet sein muss (Art. 217 Abs. 2 ZGB). Vertragsabschlüsse werden vom Konsulat nur selten beurkundet; sehr viel häufiger ist die Beurkundung einer Vollmachtserteilung. Der Vertragsabschluss im Konsulat ist aus praktischen Gründen schwierig, da die Beteiligten dem Konsul eine Reihe von Unterlagen (siehe oben 3.5.1) vorlegen müssten, die alle in Griechenland zu beschaffen sind, wozu sie meistens eine Vollmacht erteilen müssten (z. B. für die Erledigung aller Angelegenheiten beim Finanzamt). So ist es den Beteiligten fast unmöglich, im Ausland den Vertrag abzuschließen. Die Vollmacht sollte von dem mit der Durchführung in Griechenland beauftragten Rechtsanwalt entworfen sein und in griechischer bzw. sowohl in griechischer wie in deutscher Sprache verfasst sein. Soweit

die Beurkundung der Vollmacht durch einen deutschen Notar erfolgt, bedarf es zur Anerkennung der deutschen notariellen Urkunde in Griechenland gemäß dem Haager Übereinkommen der Apostille. Die vom griechischen Konsul gefertigte Urkunde bedarf aufgrund des Europäischen Übereinkommens vom 7.6.1968 keiner Art von Legalisation.

3.5.5 Beiziehung eines Dolmetschers

Ist einer der Vertragsteile Ausländer, muss der Notar dafür sorgen, dass dieser den genauen Inhalt des Vertrages kennt. Daher ist die Anwesenheit einer Person, die in der Lage ist, zuverlässig zu übersetzen und zu dolmetschen, in der Regel gesichert. Sollte dies nicht der Fall sein, empfiehlt es sich, dass der ausländische Erwerber auf Zuziehung eines Dolmetschers besteht. Die Anwesenheit und die Personalien eines Dolmetschers, der nicht unbedingt auch diesen Beruf ausüben muss, soll in der Urkunde erwähnt werden.

3.5.6 Sonstige Rechtsinstitutionen des ZGB

Abschließend sei erwähnt, dass die Bestimmungen des ZGB weitgehend mit den Vorschriften des deutschen BGB übereinstimmen. So kennt das ZGB fast gleich lautende Regelungen über die offene und verdeckte Stellvertretung; die Rechtsprechung hat gleiche Grundsätze zur Einschaltung eines „Strohmannes“ entwickelt; das ZGB kennt das Volleigentum, das Miteigentum, ebenso das Stockwerkseigentum und das vertikale Eigentum (dazu oben 2.2.2), wobei die materiellen Regelungen hierzu weitgehend den deutschen Regelungen entsprechen.

3.6 Das neue Grundstücksregister

Seit 1995 hat in Griechenland die Bildung eines neuen, genauer gesagt des ersten Grundstücksregisters begonnen. Nachdem ganz Griechenland aus der Luft fotografiert wird, beginnt in verschiedenen Regionen die Bildung des Registers. Die Reihenfolge der Regionen bzw. der Städte oder Bereiche einer Region, die in das Grundstücksregister aufgenommen werden, kann man von der zuständigen Zentralbehörde erfahren. Außerdem wird dies durch Anzeigen in den Medien, Schreiben an die Einwohner usw. bekannt gemacht. Das Projekt läuft leider aus mehreren Gründen wesentlich langsamer als geplant. Nur ein kleiner Teil Griechenlands ist bis heute erfasst; nirgendwo ist das Procedere endgültig abgeschlossen. Für Ausländer, die erst jetzt eine Immobilie erwerben möchten, ist also das neue Grundstücksregister ohne besondere Bedeutung. Es wird aber allen Ausländern, die bereits in Griechenland Immobilieneigentum oder andere dingliche Rechte haben, empfohlen, sich zu informieren, wann ihre Immobilie aufgenommen wird, und Sorge dafür zu tragen, dass ihre Rechte richtig vertreten werden.

4. Abschnitt: Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige

Es gibt einige hervorragende deutschsprachige Darstellungen des griechischen Erbrechtes. Diese berücksichtigen auch das Internationale Erbrecht; die Ausführungen hierzu sind allerdings sehr viel knapper, beschränken sich auf Grundsätzliches und geben kaum Hinweise für die Praxis. Deshalb soll im Folgenden auf einige Hinweise zur Beerbung von deutschen Staatsangehörigen bezüglich von in Griechenland belegtem Grundbesitz eingegangen werden. Praktische Erfahrungen größeren Umfangs fehlen allerdings, da wegen der früher stärkeren Erwerbsbeschränkungen für Ausländer die ersten nennenswerten Käufe von in Griechenland belegenen Grund-

stücken durch deutsche Staatsangehörige erst in den 70er Jahren erfolgten, die große Welle an Erbfolgen also erst ansteht. Außerdem, und hier bestehen praktische Erfahrungen, wird oft das Problem der Abwicklung einer Erbfolge durch vorzeitige Überlassung zu Lebzeiten umgangen. Für eine solche Überlassung, soweit sie an Abkömmlinge geht, bestehen ja, wie oben bereits unter 2.1.4 ausgeführt, keine Einschränkungen und kein besonderes Genehmigungsverfahren.

4.1 Materielles Erbrecht (Erbstatut)

Bei deutschen Staatsangehörigen gilt für die Rechtsnachfolge von Todes wegen auch für den in Griechenland belegenen Grundbesitz deutsches Recht. Denn die Rechtsnachfolge von Todes wegen richtet sich aus deutscher Sicht nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte (Art. 25 Abs. 1 EGBGB). Damit gilt für den deutschen Staatsangehörigen grundsätzlich deutsches (Erb-)Recht. Besitzt er aber Auslandsvermögen und unterliegt dieses Vermögen besonderen Vorschriften des Belegenheitsstaates, so gehen diese dem deutschen Recht vor (Art. 3 Abs. 3 EGBGB). Zu solchen Vorschriften zählen nach h. M. auch IPR-Regeln des fremden Staates, etwa wenn sie eine Nachlass-Spaltung anordnen. Das griechische Internationale Erbrecht beruht jedoch ebenfalls auf dem Prinzip der Nachlass-Einheit: Auch aus griechischer Sicht gilt für alle erbrechtlichen Verhältnisse das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes (Art. 28 ZGB). Diese Kollisionsnorm gilt in gleicher Weise für die Beerbung von Griechen im Ausland wie von Ausländern in Griechenland. Auch das griechische IPR verweist also auf das deutsche materielle Recht, ausdrücklich nicht aber auf das deutsche internationale Recht (Art. 32 ZGB). Damit beurteilt sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen hinsichtlich des in Griechenland belegenen Grundbesitzes hier auch aus griechischer Sicht nach deutschem Erbrecht. Somit gilt insbesondere auch für den Inhalt letztwilliger Verfügungen, die sich auf in Griechenland belegenen Grundbesitz beziehen, deutsches Recht.

4.2 Formelles Erbrecht (Formstatut): Form der Verfügung von Todes wegen

Nach deutschem IPR ist ein Testament u. a. formgültig, wenn entweder das Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines Ablebens oder das Recht des Staates, in dem das Testament errichtet wurde, beachtet ist (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. 2 EGBGB). Testamente von Deutschen oder Testamente, die in Deutschland errichtet wurden, sind also formgültig, wenn sie den deutschen Vorschriften entsprechen.

Nach griechischem IPR richtet sich die Frage der Testamentsform nach den Grundsätzen über die Form von Rechtsgeschäften (Art. 11 ZGB). Danach ist ein Testament formgültig, wenn es dem für seinen Inhalt maßgebenden Recht, also in unserem Fall deutschem Recht, entspricht (Art. 28 ZGB; vgl. oben 4.1), oder wenn es dem Recht des Staates, in dem das Testament errichtet wurde, oder dem Heimatrecht des Erblassers entspricht.

In Art. 26 Abs. 1–3 EGBGB ist das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 inkorporiert, das auch in Griechenland gilt (ratifiziert durch das G. 1325/1983); es wurde aber nicht in das ZGB aufgenommen. Danach (Art. 1 des Übereinkommens) ist eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn sie – alternativ – der Ortsform entspricht, der Form des Heimatrechtes des Erblassers, der Form am Wohnsitz des Erblassers oder der Form am gewöhnlichen

Aufenthalt. Für die Formwirksamkeit maßgeblich ist u. a. der Zeitpunkt, in dem der Erblasser letztwillig verfügt hat; deshalb ist ein späterer Wohnsitzwechsel oder ein Wechsel der Staatsangehörigkeit unschädlich.

Daher kommt man, gleich aus welcher Sicht, immer zum selben Ergebnis: Von Deutschen oder in Deutschland errichtete Testamente, die nach deutschem Recht formgültig sind, werden auch in Griechenland als wirksam anerkannt.

4.3 Gemeinschaftliches Testament; Erbvertrag

Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob eine Verfügung von Todes wegen durch einen deutschen Erblasser über ein in Griechenland gelegenes Grundstück auch in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament errichtet werden kann. Unstreitig ist inzwischen – trotz Art. 4 des Haager Abkommens – sowohl in Griechenland als auch in Deutschland, dass die Frage der Zulässigkeit eines gemeinschaftlich errichteten Testaments oder eines Erbvertrages keine Formfrage, sondern eine Frage des materiellen Erbrechts ist.

Für die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages ist also aus griechischer Sicht kollisionsrechtlich das Erbstatut des Art. 28 ZGB maßgebend. Das griechische Erbstatut verweist aber über Art. 28 ZGB auf das deutsche Erbrecht. Somit könnte primär also auch die Verfügung über ein in Griechenland gelegenes Grundstück durch einen deutschen Erblasser in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament errichtet werden.

Allerdings kennt auch das griechische IPR in Art. 33 ZGB den Vorbehalt des *ordre public*. Als mit dem griechischen *ordre public* unvereinbar angesehen wird der Erbvertrag als Berufsgrund, weil er in Griechenland nach herrschender ethischer Grundvorstellung als unzulässige Beschränkung der Freiheit und Selbstbestimmung einer Person angesehen wird. Damit setzt sich das im griechischen materiellen Erbrecht in Art. 368 ZGB enthaltene Verbot von Erbverträgen in den *ordre public* des griechischen IPR fort. Daraus folgt, dass abweichend von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des deutschen Erbstatuts aus griechischer Sicht über in Griechenland belegenen Grundbesitz erbvertraglich nicht verfügt werden kann. Allerdings bildete sich in Griechenland in der letzten Zeit eine, jedoch eher schwache, Auffassung, die der Anerkennung von Erbverträgen wohlwollend gegenüber steht. Anlass gab das GD (Dekret kraft Gesetzes) 472/1974, das den vertraglichen Verzicht eines Ehegatten auf sein Erbrecht am Vermögen des anderen gegen einen bestimmten Betrag, den er nach dem Tode des anderen bekommen wird, unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, dass die Ehegatten im Ausland leben. Diese „fotografische“ Rechtsbestimmung (d. h. Einzelfallbestimmung), auch als „*lex Onassis*“ bekannt, erntete damals nur Lächeln unter den griechischen Juristen. Da sie aber bis heute gilt und nicht abgeschafft wurde, vielmehr teilweise noch angewendet wird, sprechen schon einige griechische Juristen davon, dass ein Erbvertrag mit dem griechischen *ordre public* nunmehr konform sei.

Als Ausweichgestaltung könnte demgegenüber die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in Frage kommen. Zwar enthält das griechische materielle Erbrecht in Art. 1717 ZGB auch ein Verbot gemeinschaftlicher Testamente. Diese Vorschrift wird nicht lediglich als Formvorschrift verstanden, sondern bezieht sich auf den Testamentsinhalt, so dass für die Gültigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments kollisionsrechtlich das Erbstatut und nicht das Formstatut entscheidend ist. Trotz dieses Verbotes widerspricht ein gemeinschaftliches Testament jedoch nicht dem griechischen *ordre public*, da es

im früheren Gewohnheitsrecht als Rechtsinstitut bekannt war. Der griechische Richter könnte infolgedessen die Vorschriften des ausländischen Erbstatuts über das gemeinschaftliche Testament anwenden und dieses als zulässig und wirksam anerkennen. Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Die Rechtswirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments nach deutschem Recht sind weitreichend, da sie unter den Voraussetzungen der §§ 2270 ff. BGB zu einer Bindung des überlebenden Ehegatten führen können, die einer erbvertraglichen Bindung zumindest sehr nahe kommt. Soweit wechselbezügliche Verfügungen also im Ergebnis erbvertragsähnliche Wirkungen haben können, erscheint sehr wohl fraglich, ob ein griechisches Gericht angesichts des kategorischen Verbotes und der Nichtanerkennung von Erbverträgen ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen als wirksam ansehen würde. Angesichts dieser Rechtslage ist es wahrscheinlich, dass ein griechisches Gericht ein gemeinschaftliches Testament nur dann als mit dem *ordre public* vereinbar ansehen wird, wenn es keine wechselbezüglichen Verfügungen enthält. Dies gilt umso mehr, wenn einer der Ehegatten griechischer Staatsangehöriger ist. In diesem Fall ist zu erwarten, dass ein griechisches Gericht das Testament aufgrund der Vorschrift des Art. 1717 ZGB für nichtig erklärt. So hat bereits der Areopag entschieden (Urteil 121/1967 und 666/1983). Der sichere Weg wäre deshalb, wenn die Ehegatten jeweils auch urkundlich getrennte Verfügungen von Todes wegen errichten.

Teilweise wird in deutscher Literatur überlegt, die Anerkennung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments, errichtet durch deutsche Staatsangehörige für in Griechenland belegenen Grundbesitz, dadurch zu erreichen, dass durch Rechtswahl deutsches materielles Erbrecht (das so wieso anwendbar ist) für anwendbar erklärt wird. Davon ist aber abzuraten, da auch insoweit der griechische *ordre public* mit den oben ausgeführten Einschränkungen vorrangig ist.

5. Abschnitt: Abwicklung der letztwilligen Verfügung eines deutschen Staatsangehörigen in Griechenland

Obwohl also oder gerade weil für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach einem deutschen Staatsangehörigen hinsichtlich seines in Griechenland belegenen Grundbesitzes deutsches materielles Erbrecht gilt, bereitet der Vollzug einer sich nach deutschem Recht zu beurteilenden Verfügung von Todes wegen in Griechenland in der Praxis oft Schwierigkeiten. Dies insbesondere dann, wenn das deutsche Testament Rechtsfolgen wählt, die dem griechischen Recht fremd wären, was wegen der Ähnlichkeit von ZGB und BGB allerdings auf Ausnahmen beschränkt ist. Im Folgenden sollen deshalb nur ein paar Hinweise für die Praxis des Vollzugs in Griechenland gegeben werden.

5.1 Anerkennung von Testament und Erbschein in Griechenland

Trotz der Ausführungen oben unter 4.2, wonach ein nach deutschem Recht formgültig errichtetes Testament in Griechenland bezüglich dort belegenen Grundbesitzes anerkannt wird, liest man immer wieder die Empfehlung, dass dann, wenn sich Nachlassgegenstände teilweise im Inland und teilweise im Ausland befinden, ohne dass es zu einer Nachlassspaltung kommt, zwei letztwillige Verfügungen gleichen Inhalts, bezogen auf den gesamten Nachlass zu errichten sind, wobei die Formvorschriften beider Länder beachtet werden sollten. Teilweise wird auch Folgendes empfohlen: Um dem griechischen Richter die Prüfung der Formgültigkeit des in

Deutschland errichteten notariellen Testaments zu erleichtern, kann bei der Beurkundung des Testaments zweckmäßigerweise darauf geachtet werden, dass auch die Wirksamkeitsvoraussetzungen nach griechischem Recht eingehalten sind. Hinzuweisen ist insoweit insbesondere auf Art. 1724 ZGB, der beim „öffentlichen“, also notariellen, Testament die Anwesenheit von drei Zeugen oder eines zweiten Notars und eines Zeugen vorsieht.

Mit Hilfe eines griechischen Rechtsanwaltes könnte ein deutscher Staatsangehöriger ein Testament verfassen, das nach Form und Inhalt auch in Griechenland problemlos anerkannt würde. Dies wäre der Fall, wenn z. B. ein handgeschriebenes Testament (nach Art. 1721 ZGB) geschlossen in einem Umschlag einem deutschen Notar übergeben wird und gleichzeitig vor ihm und drei Zeugen oder einem zweiten Notar erklärt, dass in dem Umschlag sein Testament ist (Art. 1738 ff. ZGB).

Infolge des in unserem Fall geltenden deutschen Erbstatus sind die deutschen Gerichte für die Erteilung eines Erbscheins auch bezüglich des in Griechenland belegenen Grundstückes zuständig. Dieser Erbschein wird gemäß Art. 24 Abs. 2 des deutsch-griechischen Abkommens vom 11.5.1938 über die gegenseitige Rechtshilfe in Angelegenheiten des bürgerlichen und Handels-Rechtes (RGBl 1939 II, 848 ff., vgl. Bekanntmachung vom 26.6.1952, BGBl II, 634) in Griechenland anerkannt, wenn er durch den zuständigen Präsidenten des Landgerichts beglaubigt ist. In der Literatur wird zum Nachweis dafür, dass ein deutscher Erbschein in Griechenland auch ohne Legalisation anerkannt wird, des Öfteren herangezogen der bilaterale Vertrag zwischen Deutschland und Griechenland vom 4.11.1961 (BGBl 1963 II, 110), der am 18.9.1963 in Kraft getreten ist. Dieses Abkommen gilt aber u. E. nicht für Erbscheine, da diese nicht rechtskräftig sind.

Zweifelhaft, aber öfters angesprochen ist, ob die griechischen Gerichte einen Erbschein nach einem ausländischen Erblasser erteilen können, wenn dieser zur Zeit seines Todes seinen Wohnort oder Aufenthaltsort in Griechenland hatte.

5.2 Vollzug der Erbfolge in Griechenland

Wegen Geltung des deutschen Erbstatus gilt zwar für den Erwerb und die Ausschlagung der Erbschaft deutsches Recht; für den Besitz- und Eigentumserwerb an einzelnen Nachlassgegenständen gilt jedoch die *lex rei sitae*. Gehört also zum Nachlass eines Deutschen ein Grundstück in Griechenland, so erwirbt der Erbe die Erbschaft zwar kraft § 1942 BGB (dem entspricht auch Art. 1846 ZGB). Für den Eigentumserwerb am Grundstück muss aber das in Art. 1193 ff. ZGB vorgeschriebene Verfahren eingehalten werden. Danach erfolgt der Eigentumserwerb nur durch Eintragung in das Transskriptionsbuch (Art. 1193 ZGB). Hierzu muss in jedem Fall die Bestätigung des Todes des Erblassers (Sterbeurkunde) vorgelegt werden. Im Übrigen erfolgt die Eintragung in das Transskriptionsbuch entweder durch eine öffentliche Urkunde über die Annahme der Erbschaft oder durch Vorlage des Erbscheins (Art. 1195 ZGB). Ohne Eintragung in das Transskriptionsbuch erfolgt kein Eigentumserwerb (Art. 1198 und Art. 1846 ZGB).

5.3 Vermächtniserfüllung in Griechenland

Das griechische materielle Erbrecht kennt das den beschwerten Erben verpflichtende *Damnationslegat* in Art. 1995 ZGB. Daneben existiert auch ein *Vindikationslegat* (Art. 1996 Satz 1 ZGB), das bei deutschem Recht als Erbstatut jedoch nicht zur Anwendung gelangt. Wie im deutschen Recht gibt das *Damnationslegat* auch nach griechischem Recht einen

schuldrechtlichen Anspruch gegen den beschwerten Erben. Die Erfüllung des Vermächtnisses erfolgt damit durch Übertragung des Eigentums an dem vermachten Gegenstand. Deshalb kann die Vermächtniseinsetzung in deutscher notarieller Urkunde in Griechenland durchgeführt werden.

5.4. Testamentsvollstreckung

Zur Vereinfachung des Vollzugs der Erbeinsetzung oder der Vermächtniserfüllung könnte ein Testamentsvollstrecker – ein Ortsansässiger oder noch besser ein griechischer Rechtsanwalt – eingesetzt werden. Auch insoweit ist das deutsche Recht als das maßgebliche Erbstatut berufen.

Fraglich ist, wie ein etwa eingesetzter Testamentsvollstrecker seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse in Griechenland nachweisen könnte. Ob und inwieweit nach griechischem Recht ein dem Testamentsvollstrecker nach deutschem Recht vergleichbares Zertifikat über seine Rechtsstellung ausgestellt wird, beurteilt sich aus griechischer Sicht nach der *lex fori*, also nach griechischem Recht. Ein eigenes Testamentsvollstreckerzeugnis kennt das griechische Recht nicht. Jedoch ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, beim Nachlassgericht die Ausstellung eines Erbscheins zu beantragen, durch welchen er seine durch das Testament begründete Befugnis ausweisen kann (Art. 819, 820 Abs. 2 griech. Zivilprozessgesetz). Anders als im deutschen Recht sind nach griechischem Recht somit die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Erbschein selbst ausgeführt und nicht – wie im deutschen Recht – lediglich als Beschränkungen der Rechte der Erben.

Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand bestehen damit zwei Möglichkeiten, die Stellung als Testamentsvollstrecker nachzuweisen: Entweder beantragt der Testamentsvollstrecker in Deutschland die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, welches wie der deutsche Erbschein nach Beglaubigung durch den zuständigen Landgerichtspräsidenten auch in Griechenland anerkannt wird. Oder der Testamentsvollstrecker beantragt unmittelbar bei der zuständigen Stelle in Griechenland einen Erbschein, der ihn gleichzeitig als Testamentsvollstrecker ausweist, was sich aber in der Praxis in Griechenland als schwierig herausstellte, da ja deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt.

5.5 Erbschaftsteuer

Das griechische Erbschaftsteuerrecht ist geregelt in der gesetzlichen Verordnung 118/1973 „betreffend die Besteuerung von Nachlässen, Schenkungen, Mitgiften und Loggewinnen“. Gemäß Art. 3 dieses Gesetzes ist jeder in Griechenland belegene Nachlass eines Griechen oder Ausländers erbschaftsteuerpflichtig. Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung schreibt aber Art. 32 die Anrechnung einer ausländischen Erbschaftsteuer vor. Als ausländische Erbschaftsteuer gilt auch die Steuer, die von der Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf das in Griechenland belegene steuerpflichtige Vermögen erhoben wurde. In Deutschland tritt Erbschaft-(oder Schenkung-)Steuerpflicht für in Griechenland belegene Grundbesitz unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ein, nämlich wenn der Erblasser (bzw. Schenker) als Inländer gilt. Da die Erbschaftsteuer in Griechenland für das „Haus in Griechenland“ in der Regel höher als in Deutschland ist, wird trotz der Anrechnung der Erbschaftsteuer gemäß Art. 32 der VO 118/1973 in Griechenland oft eine Erbschaftsteuer zu

zahlen sein. Gleiches gilt für die Schenkungsteuer, die in Griechenland nur in einem Fall von der Erbschaftsteuer abweicht.

Dazu einige Grunddaten aus dem griechischen Erbschaft- bzw. Schenkungsteuerrecht: Grundsätzlich werden in Griechenland ähnlich wie in Deutschland der Erwerb von Todes wegen und die Schenkung unter Lebenden gleich behandelt. Das griechische Recht unterscheidet, um den deutschen Sprachgebrauch anzuwenden, nur zwei Steuerklassen: die Schenkung und den Erbfall zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und „Kindern“ (Abkömmlingen) einerseits und die Schenkung bzw. Erbschaft zwischen „Fremden“, das sind alle Vorgänge zwischen Personen, die nicht unter die vorgenannte Personengruppe fallen, andererseits. Bei Schenkung bzw. Erwerb von Todes wegen innerhalb der ersten Personengruppe, nämlich bei einer „Erbschaft zwischen Ehegatten“, bei „Schenkungen zwischen Ehegatten“ und bei einem „Erwerb von Todes wegen durch Kinder von Eltern“, beträgt der Freibetrag (nur) 20 000 €, die Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer beginnt mit 5 % und steigt mit dem Wert des steuerpflichtigen Erwerbes bis zu einem Höchstsatz von 20 %. Bei den „privilegierten“ Elternschenkungen (s. o. Ziffer 2.1.4) beträgt der Freibetrag ebenfalls 20 000 €, der Schenkungsteuersatz beginnt hier jedoch mit (nur) 2,5 % und steigt ebenfalls bis höchstens 20 % an. Bei Schenkungen und Erbschaften zwischen „Fremden“ beträgt der Freibetrag 5 000 €, der Steuersatz beginnt mit 20 % und erhöht sich auf höchstens 40 %. Der bei allen Vorgängen zugrunde zu legende Wert des steuerpflichtigen Erwerbes entspricht bei Grundbesitz dem oben unter Ziffer 3.4.2 erläuterten „objektiven Wert“. Die aufgeführten Steuersätze und Freibeträge geben den Stand vom August 2003 wieder, ändern sich aber fast jährlich.

Das mit Griechenland bereits 1910 abgeschlossene „Doppelbesteuerungsabkommen“ (RGBl 1912, S. 173 ff.) beinhaltet übrigens nur eine Vereinbarung über die Besteuerung beweglichen Nachlassvermögens.

Schlussbemerkung

Wie bereits angesprochen, besteht zwischen dem griechischen ZGB und dem deutschen BGB im Aufbau und teilweise in den Rechtsgedanken und Rechtsfolgen eine große Ähnlichkeit, was aus der Entstehungsgeschichte des griechischen ZGB zu erklären ist. In der vorstehenden Abhandlung wurden oft bewusst die wörtlich übersetzten Begriffe aus dem griechischen ZGB und den sonstigen zitierten Rechtsvorschriften des griechischen Rechtes verwendet, auch wenn diese nach dem deutschen Rechtsempfinden teilweise etwas veraltet oder ungenau klingen mögen. Die Verfasser taten sich insofern schwer, als es deutsche Übersetzungen der griechischen Gesetze, insbesondere eine Übersetzung des griechischen ZGB, nicht gibt. Die Abhandlung soll, wie bereits im Vorwort ausgeführt, dem ausländischen Erwerber oder Erblasser eines in Griechenland belegenen Grundstücks ein Leitfadensein, in dem die Probleme angerissen und angesprochen werden. Es kann vielleicht der Eindruck entstehen, dass der Erwerb von Immobilien in Griechenland, insbesondere wegen der manchmal schwierigen Feststellung, ob der Veräußerer Eigentümer ist, und wegen der im Vergleich zum deutschen Recht geringen Absicherung des Erwerbers, problematisch ist. Die Erfahrungen des Mitautors Papacharalampous zeigen jedoch, dass die theoretisch bestehenden Probleme in der Praxis kaum als solche auftreten. Unabhängig davon empfiehlt sich beim Kauf in Griechenland belegener Immobilien durch Ausländer unbedingt die Einschaltung rechtskundiger Personen, also eines Anwalts in Griechenland oder eines in Griechenland zugelassenen Anwalts in Deutschland, soweit deren Mitwirkung nicht sowieso zwingend vorgeschrieben ist.

BUCHBESPRECHUNGEN

Voll/Störle: Bayerisches Stiftungsgesetz. 4., neubearb. Aufl., Boorberg, 2003. 231 S., 35 €

Die Umtriebigkeit des Gesetzgebers im Bereich des Stiftungsrechts in der jüngeren Vergangenheit macht eine Aktualisierung der auf diesem Rechtsgebiet erschienenen Fachliteratur erforderlich. Dieser Notwendigkeit hat sich *Johann Störle*, der den von *Otto Voll* begründeten Kommentar zum Bayerischen Stiftungsgesetz nunmehr bearbeitet, bereits gestellt und im Januar dieses Jahres die 4. Auflage des Werkes vorgelegt. Die Kommentierung basiert auf der am 1.9.2001 in Kraft getretenen Änderung des Bayerischen Stiftungsgesetzes (Gesetz zur Änderung des Bayerischen Stiftungsgesetzes vom 24.7.2001, GVBl S. 349) und der Bekanntmachung der Neufassung vom 19.12.2001 (GVBl 2002, S. 10) sowie dem am 1.9.2002 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002 (BGBl I, 2634), durch das auf Bundesebene das im BGB geregelte Stiftungszivilrecht geändert wurde. Genau dies stellt auch das Dilemma dar, vor dem der Autor – wie jeder Kommentator von Landesstiftungsgesetzen derzeit – steht. Die durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts veränderten bundesgesetzlichen Rahmenbedingungen machen eine erneute Anpassung des Landesstiftungsgesetzes erforderlich. Der Bundesgesetzgeber hat nicht nur die Terminologie im Stiftungsrecht geändert (gemäß § 80 Abs. 1 BGB erlangt die Stiftung die Rechtsfähigkeit nicht mehr durch eine Genehmigung, sondern durch eine staatliche *Anerkennung*), er hat vielmehr auch die Voraussetzungen, unter denen eine Stiftung Rechtsfähigkeit erlangt, im BGB einheitlich und abschließend bestimmt. Dem Stifter wird bundesrechtlich nun ein Rechtsanspruch auf Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig zuerkannt. Zwar hat der bayerische Gesetzgeber einen solchen Anspruch bereits 2001 in der Neufassung des Art. 5 BayStiftG geschaffen; diese Bestimmung ist jedoch durch die neue, abschließende Regelung des BGB nichtig, soweit die landesrechtlichen Voraussetzungen für die Anerkennung von den neuen Bestimmungen des BGB abweichen. Teile der Kommentierung be-

ziehen sich mithin auf gegenstandslose Bestimmungen. Diese Problematik wird vom Autor zwar dargestellt, nicht jedoch an jeder Stelle der Kommentierung gleichermaßen deutlich. Der Leser tut also gut daran, jeweils zu hinterfragen, ob eine landesrechtliche Bestimmung angesichts der Neufassung des BGB überhaupt anwendbar ist.

Im Übrigen lässt sich feststellen, dass der Autor die einzelnen Bestimmungen des Bayerischen Stiftungsgesetzes detailliert und umfassend erörtert und zahlreiche Rechtsprechungs- und Literaturhinweise gibt. Ausführlich werden die kirchlichen Stiftungen dargelegt. Durch den Abdruck zahlreicher kirchenrechtlicher Bestimmungen im Anhang werden auch dem nur selten mit Fragen kirchlicher Stiftungen befassten Leser wertvolle Arbeitshilfen gegeben.

Für die notarielle Praxis ist der Kommentar dennoch nur begrenzt ergiebig. Dem Notar, der sich im Rahmen der Errichtung einer Stiftung mit den stiftungsrechtlichen Bestimmungen beschäftigt, ist sicherlich mit einem speziell auf die Beratungspraxis ausgerichteten Fachbuch mehr gedient. Angesichts des Wegfalls etlicher Genehmigungserfordernisse insbesondere im Bereich der Grundstücksgeschäfte von Stiftungen ist der Notar über die Errichtung von Stiftungen hinaus in der täglichen Arbeit kaum noch mit Fragen des Stiftungsrechts befasst. Die Frage der Genehmigungspflicht von notariellen Verträgen stellt sich in erster Linie nur noch bei kirchlichen Stiftungen. Die in der notariellen Praxis immer wieder virulente Frage des Vertretungsnachweises bei Stiftungen wird von *Störle* nicht angesprochen. Es bleibt abzuwarten, ob der Landesgesetzgeber die nötige Anpassung des Bayerischen Stiftungsgesetzes an die neuen bundesrechtlichen Bestimmungen zum Anlass nimmt, die Frage des Vertretungsnachweises aufzugreifen und im Gesetz zu statuieren, wie es beispielsweise der Musterentwurf eines Landesstiftungsgesetzes von *Rainer Hüttemann* und *Peter Rawert* vorsieht (vgl. *Hüttemann/Rawert*, Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2002, 2019 ff.).

Notarassessorin Dr. *Margit Twehues*, Ingolstadt

Bärmann/Pick/Merle: Wohnungseigentumsgesetz; Kommentar. 9., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 1828 S., 124 €

Die aktuell 2003 erschienene 9. Auflage des WEG-Kommentars von *Bärmann/Pick/Merle* – BPM – ist ein großes Werk. Gegenüber der Voraufgabe hat sich zwar die Seitenzahl um ungefähr 100 Seiten auf immer noch über 1 800 (!) Seiten verringert, doch ist das Buch höher und breiter geworden. Das geänderte Format macht das Werk damit umfangreicher und übersichtlicher.

Der Fleiß der Kommentatoren ist zu loben. Die neueren Entscheidungen sind alle zitiert, und die – unüberschaubar groß gewordene – Literatur ist jedenfalls in ihren wesentlichen Teilen erfasst. Das verdient Respekt, insbesondere wenn man bedenkt, dass *Pick* in der maßgeblichen Zeit das Amt eines

Staatssekretärs im Justizministerium innehatte. Grob $\frac{3}{8}$ der Kommentierung stammen von *Pick*, so insbesondere die wichtigen Vorschriften zur Begründung des Wohnungseigentums, §§ 1–9 WEG, und zu ihrer Gestaltung, §§ 10–19. Die übrigen $\frac{5}{8}$ und damit insbesondere die nicht minder wichtigen Bestimmungen zu Verwaltung und Verfahren entstammen der Feder *Merles*. Liebenswert ist die Erinnerung an *Bärmann* im Titel als einen der Väter des WEG, der das Werk bis zur 6. Auflage begleitet hat.

Umfang des Werks und Tempo der Neuerscheinung – die Voraufgabe liegt gerade erst drei Jahre zurück – lassen Doppelkommentierungen und widersprüchliche Aussagen nicht vermeiden. *Merle* etwa schildert in „Vor § 43“ Rdnr. 1–10 das Entstehen der Gemeinschaft und die Rechtsnachfolge bei Sonderrechtsnachfolge mit vorbildlicher Klarheit; das war schon in der Voraufgabe so. Darum befremdet, dass *Pick* in

„Einleitung“ Rdnr. 40 ff. die Thematik ganz anders und so behandelt, dass sie mehr Fragen aufwirft als beantwortet, ohne *Merles* Position auf- oder gar anzugreifen.

Überhaupt fallen bei der Bearbeitung *Picks* die sehr erheblichen Niveauunterschiede auf. Unverändert spannend – wenn gleich nur marginal und nicht durchgängig aktualisiert – liest sich zwar seine Kommentierung in der „Einleitung“. Störend ist, dass *Junkers* gesellschaftsrechtlicher Ansatz unverändert als „neuerdings“ bezeichnet wird, obwohl seine Habilitation zehn Jahre alt ist und er selbst ihre Thesen nicht mehr verteidigt. Hier vermisst man die Einarbeitung der Beiträge von *Raiser*, ZWE 2001, 173, und *Bub*, ZWE 2002, 103, von und im Gefolge der Tagung Potsdam 2001 zu „50 Jahre WEG“.

Auch im Übrigen ist *Picks* Kommentierung weitgehend gleich mit der in der Voraufgabe. Dem Leser fehlt eine konsequente Einarbeitung der BGB-Schuldrechtsreform, wo sie auch materielle Auswirkungen hat. So läge etwa bei der Analyse eines etwaigen Anspruchs auf Änderung der Gemeinschaftsordnung (dazu *Pick* in § 10 Rdnr. 42, widersprüchlich zu „Einleitung“ Rdnr. 54) die Frage nahe, ob § 313 BGB n. F. auf die Gemeinschaftsordnung anwendbar ist, dies zumal angesichts der ständigen Rechtsprechung des BGH zur gesteigerten Treuepflicht unter Grundstücksnachbarn; im Wohnungseigentum müsste sie wohl erst recht gelten. Manche Feststellungen wie z. B. zum Festhalten an einem bestandskräftigen Kostenverteilungsbeschluss (§ 10 Rdnr. 42 a. E.) sind schlicht falsch und widersprechen der BGH-Entscheidung vom 20.9.2000, V ZB 58/99, MittBayNot 2000, 546.

Eine eben solche Nichtaufarbeitung dieses Urteils stellt man bei § 15 fest; dass sich ein Sondernutzungsrecht nicht aus einem Mehrheitsbeschluss ableitet, lässt sich nicht mehr aus OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 330 begründen, sondern nur noch aus dem Urteil des BGH vom 20.9.2000. Überhaupt wirken die Ausführungen ähnlich altbacken wie in der Vor- und der Vor-Voraufgabe.

Ganz anders die Kommentierungen *Merles*: in allen Teilen prägnant und präzise. Man kann da und dort anderer Meinung sein – z. B. wäre der mutigen Konstruktion einer Abspaltung des Stimmrechts auf den Käufer vor Eigentumsübertragung (§ 25 Rdnr. 10) die Vollmachtserteilung vorzuziehen oder entspricht wohl die pauschale Begrenzung der Verwalterhaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 26 Rdnr. 98) jedenfalls im AGB-Verwaltervertrag nicht § 309 Nr. 7 a BGB – und es anders, aber gleichwohl nicht besser machen. Vorbildlich etwa die Neuarbeitung der Käuferrechte in § 21 Rdnr. 4 ff. für den Bauträgervertrag. Elegant eingearbeitet die Rechtsprechung des BGH zum (Nicht-)Stimmrecht des Nießbrauchers (§ 25 Rdnr. 15) oder zur Teilrechtsfähigkeit der GbR und damit Bejahung ihrer Verwaltereigenschaft (§ 26 Rdnr. 13). Neu und vorbildlich erarbeitet sind auch die Kommentierungen zur Verwalterbestellung etwa in der Gemeinschaftsordnung (§ 26 Rdnr. 61) oder bei Widerspruch zwischen Gemeinschaftsordnung, Verwalterbestellung und Verwaltervertrag. Gut für einen – den größten – WEG-Kommentar sind auch die BPM-typischen Anhänge zu WEG-Rechtsgeschichte und Nebengesetzen. Sie sollten aber auf Wichtigkeit und Richtigkeit überarbeitet werden. Unkenntlich bleibt etwa, dass das Mietrechtsreformgesetz kein eigenständiges Gesetz ist, sondern „nur“ das BGB modifiziert. Und ob die Bodenschutzlastvermerk-VO in die Sammlung muss, die aber für die Praxis wichtigeren BauGB-Sanierungsvorschriften nicht einmal zitiert werden, ist mindestens diskutabel.

Menschliches Tun ist nie perfekt. Zusammenfassend haben Verfasser und Verlag ein großartiges Werk weiter entwickelt. Die Leistung der Autoren ist bewundernswert, auch und obwohl die Kommentierung *Picks* in wohnungseigentumsrechtlicher Begrifflichkeit allmählich einer modernisierenden Instandsetzung bedarf. Der Erstkauf des Werks lohnt immer. Der Inhaber der 8. Auflage wird die 9. aber wohl nur erwerben, wenn er sich viel mit wohnungseigentumsrechtlicher Verwaltung befasst.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

Häublein: Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht. Beck, 2003 (Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts, Band 12). 317 S., 29 €

Das Recht des Wohnungseigentums befindet sich in einem beklagenswerten Zustand. Ursache hierfür ist das Theorie-defizit auf diesem Gebiet, welches zu einer kaum noch überschaubaren Meinungsvielfalt in Detailfragen, zu Anwendungsschwierigkeiten und nicht zuletzt zu Merkwürdigkeiten wie etwa „verdinglichten Ermächtigungen“ führt. Mit seiner Dissertation bemüht sich *Martin Günther Häublein*, Licht in dieses Dunkel zu bringen. Die Arbeit wurde 2002 mit dem Helmut-Schippel-Preis der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung ausgezeichnet. Sie gliedert sich in sechs Teile.

Im *ersten Teil* versucht *Häublein*, den Begriff des Sondernutzungsrechts anhand umstrittener Fallgruppen aus der Praxis zu definieren. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass allenfalls von einem „einheitlichen Begriffskern“ gesprochen werden kann. Weil eine gesetzliche Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts fehlt, sei inhaltlich stets das von den Beteiligten Gewollte maßgeblich. Die für das Sondereigentum geltenden Regelungen – etwa zur Lastentragung – dürften deshalb nicht unbesehen angewandt werden.

Der *zweite Teil* gilt der Rechtsnatur von Sondernutzungsrechten. *Häublein* plädiert für eine ausschließlich schuldrechtliche Rechtsnatur, an der auch eine etwaige Grundbucheintragung nichts ändere. Die Eintragungsmöglichkeit als „Inhalt des Eigentums“ (§§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG) verdeutliche nur, dass Sondernutzungsrechte nicht in Abt. II des Grundbuchs, sondern in das Bestandsverzeichnis einzutragen seien. Die Grundbucheintragung führe somit lediglich zur Bindung auch gegen Rechtsnachfolger. Eine „Verdinglichung“ folge hieraus aber ebenso wenig wie die Anwendbarkeit sachenrechtlicher Vorschriften.

Im *dritten Teil* widmet sich *Häublein* der Begründung von Sondernutzungsrechten durch Vereinbarung. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt *Häublein* die Aufnahme eines Schriftformerfordernisses in die Gemeinschaftsordnung und legt entsprechende Formulierungsbeispiele vor. Hochinteressant sind die Untersuchungen zur Unwirksamkeit von Sondernutzungsrechten wegen Verstoßes gegen zwingende Rechtsvorschriften. Zwar könnten Sondernutzungsrechte jedenfalls dann an zwingendem Gemeinschaftseigentum bestellt werden, wenn der Mitgebrauch anderer in beschränktem Umfang erhalten bleibe. Unwirksam seien jedoch Sondernutzungsrechte, die unter *vollständigem Ausschluss* der übrigen Eigen-

tümer ein Recht zur Nutzung solcher Teile des Gemeinschaftseigentums gewähren, auf welche die anderen Eigentümer – wie etwa bei der Heizungsanlage – essentiell angewiesen sind. Zu von der h. M. abweichenden Ergebnissen kommt *Häublein* auch bei der Frage, inwieweit die Vereinbarung von Sondernutzungsrechten eine Zustimmung dinglich Berechtigter erfordert. Die Zustimmung von Vormerkungsberechtigten sei schon wegen § 883 Abs. 2 BGB nicht nötig. Nießbrauchsberechtigte müssten entgegen der Ansicht des BGH (BGHZ 150, 109 ff.) als Parteien an der Vereinbarung beteiligt werden, weshalb sich ein Zustimmungserfordernis erübrige. Gleiches gelte im Grundsatz für dingliche Wohnungsrechte und Gebrauchsdienstbarkeiten. Auch Grundpfandrechtsgläubiger müssten der Bestellung von Sondernutzungsrechten zugunsten anderer Einheiten nicht zustimmen. Da Grundpfandrechte kein Gebrauchs- oder Verwaltungsrecht gewährten, fehle es an einer rechtlichen Beeinträchtigung der Gläubiger.

Der *vierte Teil* untersucht die Frage, inwieweit Sondernutzungsrechte auch durch Beschluss begründet werden können. Trotz der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 (BGHZ 145, 158 ff.) hält *Häublein* dies bei Fehlen einer „Öffnungsklausel“ ausnahmsweise dann für möglich, wenn keinem der Eigentümer ein über das Maß des § 14 Nr. 1 WEG hinausgehender Nachteil erwachse. Als Beispiel nennt der Autor das Anbringen eines Praxisschildes. Bei Vorliegen einer Öffnungsklausel könnten Sondernutzungsrechte ebenfalls nur in Ausnahmefällen beschlossen werden.

Der *fünfte Teil* betrifft die Begründung von Sondernutzungsrechten aufgrund von Vorbehalten in der Teilungserklärung.

Häublein untersucht zunächst die in der Praxis gebräuchlichen Konstrukte. Das „Parken“ von Sondernutzungsrechten sowie der Ausschluss künftiger Erwerber vom Gebrauch des Gemeinschaftseigentums begründe Sondernutzungsrechte sofort. Lediglich der durch eine Zuweisung des Sondernutzungsrechts aufschiebend bedingte Ausschluss der übrigen Eigentümer könne deshalb als echter „Begründungsvorbehalt“ bezeichnet werden. Die von *Häublein* postulierte schuldrechtliche Rechtsnatur der Sondernutzungsrechte erlaubt eine elegante Lösung: Begründungsvorbehalte könnten als Leistungsbestimmungsrechte (§§ 315 ff. BGB) vereinbart werden. Deshalb könne auch die inhaltliche und räumliche Ausgestaltung der nachträglichen Bestimmung – auch der eines Nichteigentümers – überlassen werden.

Die Arbeit schließt im *sechsten Teil* mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und Vorschläge de lege ferenda.

Auch wenn nicht alle Thesen *Häubleins* Zustimmung finden werden, zeigt das Werk erneut, dass juristische Theorie und Praxis keine Gegensätze sind. Vielmehr ist die theoretische Durchdringung eines Rechtsgebiets ebenso unabdingbare Voraussetzung einer guten Praxis, wie umgekehrt theoretische Erörterungen ohne Praxisbezug wenig fruchtbar sein mögen. Diesem Prinzip wird die Dissertation *Häubleins* in hervorragender Weise gerecht. Weil der Autor nahezu alle Probleme bei der Begründung von Sondernutzungsrechten unter erschöpfender Auswertung von Rechtsprechung und Literatur erörtert, ist die Lektüre auch „dem Praktiker“ uneingeschränkt anzuraten.

Notarassessor Dr. *Bernhard Seeger*, Würzburg

Sagasser/Bula/Brünger: Umwandlungen. 3., Neubearb. und erw. Aufl., Beck, 2002. 940 S. + Diskette, 95 €

Nunmehr liegt die dritte Auflage des von *Bernd Sagasser*, *Thomas Bula* und *Thomas Brünger* herausgegebenen Handbuchs zum Umwandlungsrecht vor.

Ziel des Buches ist nicht die Kommentierung einzelner Paragraphen oder von Spezialproblemen des Umwandlungsrechtes; vielmehr geht es darum, einen Einstieg zu verschaffen und zu den Problemen hinzuführen. Damit konkurriert das Werk nicht mit den Kommentaren zum Umwandlungsgesetz bzw. Umwandlungssteuergesetz, sondern eher mit dem von *Peter Limmer* herausgegebenen „Handbuch der Unternehmensumwandlung“.

In einer Einführung wird nicht nur auf die Entstehungsgeschichte und den Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes sowie des Umwandlungssteuergesetzes eingegangen, sondern auch auf die für alle Umwandlungsformen maßgeblichen Fragen der handelsrechtlichen Bewertung, des Arbeitsrechtes, des Kartellrechtes und schließlich auf Umstrukturierungsmaßnahmen außerhalb des Umwandlungsgesetzes bzw. des Umwandlungssteuergesetzes. Jeweils ein Teil des Werkes ist der Verschmelzung, der Spaltung, dem Formwechsel und der Vermögensübertragung gewidmet.

Das Buch hat seinen festen Platz in der Reihe der umwandlungsrechtlichen Hilfsmittel dadurch gefunden, dass jede Umwandlungsart anschaulich dargestellt und der Leser zu den einzelnen Fragestellungen hingeführt wird. Besonders

hervorzuheben ist, dass bei jedem Teil zusammenhängend nicht nur die umwandlungsrechtlichen Fragen, sondern auch die handelsbilanziellen Auswirkungen und die steuerlichen Regelungen übersichtlich und verständlich dargestellt werden. Damit hat der Leser die Möglichkeit, sich ein umfassendes Bild über die Auswirkungen der jeweiligen Unternehmensumwandlung zu machen. Abgerundet wird das Konzept durch die Aufnahme von Musterformulierungen, die der Benutzer von der beigefügten Diskette in seine Textverarbeitung übernehmen kann.

Die nunmehr vorgelegte dritte Auflage bringt das Werk auf den aktuellen Stand. Dies war insbesondere nach den Änderungen der steuerlichen Rahmenbedingungen erforderlich geworden. Die Bestrebungen des Gesetzgebers auf diesem Gebiet lassen allerdings befürchten, dass bald wiederum eine Neuauflage erforderlich werden könnte.

Aber auch zivilrechtlich wurden die Entwicklungen der letzten Zeit durchgängig eingearbeitet, so insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofs zu den Fragen der Unternehmensbewertung. Neu aufgenommen wurden Musterformulierungen für die Verschmelzung von Vereinen, weil die Autoren davon ausgehen, dass die Umwandlungen von Genossenschaften und Vereinen eine größere praktische Bedeutung erlangt haben. Die Überarbeitungen haben den Umfang des Buches von 834 Seiten der zweiten Auflage auf nunmehr 940 Seiten weiter anwachsen lassen. Erfreulich ist, dass wegen des verwendeten Dünndruckpapiers der benötigte Platz im Bücher-schrank dagegen geringer geworden ist.

Während die erste Auflage noch mit ca. 400 Seiten auskam, zeigt die Tatsache, dass die Seitenzahl sich nunmehr nahezu verdoppelt hat, wie sehr mittlerweile die Praxis und die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Unternehmensumwandlungen Probleme entdeckt und Lösungen entwickelt haben.

Das Besprechungswerk besticht durch eine klare Gliederung, die komplexe Darstellung, insbesondere auch unter Berücksichtigung der handelsbilanziellen und steuerrechtlichen Folgen, und die verständliche Art der Darstellung. Es ist bestens geeignet, einen Überblick über die einzelnen Umwandlungsarten zu verschaffen und ein ausgezeichnetes Hilfsmittel, um neue Umwandlungsfälle richtig zu ordnen.

Nicht ganz so überzeugen die beigelegten Musterformulierungen. Diese berücksichtigen im Gegensatz zur zweiten Auflage nunmehr zwar die Einführung des Euro, indem alle Beträge in Euro angegeben sind. Wesentliche Probleme, die durch die Euromstellung im Zusammenhang mit einer Umwandlung auftreten können, werden jedoch nicht behandelt. Nach wie vor kann es zu Problemen führen, wenn eine Gesellschaft im Rahmen einer Umwandlung ihr Stamm-/Grundkapital zur Durchführung der Verschmelzung bzw. Spaltung erhöht, das bisherige Stamm-/Grundkapital aber noch auf DM lautet, oder wenn eine Kapitalgesellschaft formwechselnd in eine andere Kapitalgesellschaft umgewandelt werden soll. In diesen Fällen sucht man vergeblich nach unterstützenden Formulierungshilfen.

Weiter würde man sich bei den Mustern vermehrt Hinweise auf die jeweiligen Textpassagen im Erläuterungsteil wünschen. So wäre es z. B. hilfreich, wenn bei dem Muster zur Abspaltung von Teilbetrieben einer GmbH auf eine neu zu errichtende GmbH im Rahmen der Satzung des neu gegründeten Rechtsträgers auf § 125 Satz 2 UmwG, Satz 1 UmwG in Verbindung mit § 57 UmwG bzw. § 74 UmwG hingewiesen würde, wonach in der Satzung einer neu gegründeten Kapitalgesellschaft Festsetzung über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen, die in den Gesellschaftsverträgen der übertragenen Rechtsträger enthalten waren, zu übernehmen sind. Die Muster sind insoweit eher als Leitfaden denn als umfassende Arbeitshilfe zu verwenden. Die Form der übrigen Darstellung wird insbesondere auch durch Beispiele und durch Graphiken unterstützt, die das Verständnis wesentlich erleichtern.

Durch die systematische Struktur und die besonders gelungene Darstellung eignet sich das Werk sowohl als Einführung zu den jeweiligen Umwandlungsarten als auch als Nachschlagewerk zur Klärung von Einzelfragen und zur Bearbeitung und Lösung konkreter Fälle. Für die Praxis kann die Anschaffung des Buches uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Michael Fronhöfer*,
Schwabmünchen/Königsbrunn

Semler/Volhard (Hrsg.), Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 2. Aufl., Beck/Vahlen, 2003. 1 110 S., 98 €

Das Aktienrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet – das Steuerrecht ausgenommen – in den letzten Jahren stetigen Veränderungen unterworfen worden. Die Gründe hierfür liegen in der ständigen Fortentwicklung der Rechtsprechung sowie der nicht nachlassenden Aktivität des Gesetzgebers, die wie eine permanente Reform des Aktienrechts anmutet. Da sich nahezu alle Veränderungen auf die häufig notariell zu protokollierende Hauptversammlung auswirken, ist das hier zu besprechende Buch für die notarielle Praxis von besonderem Interesse.

Das Werk gliedert sich in fünf Teile (I. Teil: Die Hauptversammlung; II. Teil: Die Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung; III. Teil: Die Beschlussinhalte; IV. Teil: Die gerichtlichen Verfahren; V. Teil: Muster), von denen die Ausführungen zu den Beschlussinhalten den größten Platz einnehmen. Alle 16 Autoren versuchen, praxisgerechte und sichere, d. h. anfechtungsfeste Lösungen in den Vordergrund der Bearbeitung zu stellen. Äußerst hilfreich für die tägliche Arbeit ist dabei die Einflechtung einer Vielzahl von guten Musterformulierungen in die Ausführungen, an denen der mit dem Aktienrecht befasste Praktiker schnell erkennt, dass die Autoren sich nicht nur theoretisch mit den von ihnen abgehandelten Problemen befasst haben. Überhaupt findet man auf eine Vielzahl von Fragen sehr schnell und verlässlich Antworten, die man sonst selbst in Großkommentaren vergeblich sucht. Ein kleines Beispiel mag dies verdeutlichen: Bei Gesellschaften mit Mehrstimmrechten erlöschen diese gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EGAktG zum 30.6.2003, sofern nicht

die Hauptversammlung deren Fortgeltung beschließt. Weder im Gesetz noch in den handelsüblichen Kommentaren zum Aktiengesetz findet sich eine Antwort auf die für den Praktiker wichtige Frage, ob ein solcher Fortgeltungsbeschluss zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. *Volhard* vertritt hier überzeugend den Standpunkt, dass keine Anmeldung zu erfolgen hat, da der Fortsetzungsbeschluss nichts an der im Zeitpunkt der Beschlussfassung geltenden Satzung ändert (§ 43 Rdnr. 36). Ratsam erscheint es jedoch, den Beschluss zum Handelsregister einzureichen, um somit eine Aufforderung des Registergerichts zur Einreichung einer aktuellen Fassung der Satzung ohne Regelungen zu Mehrstimmrechten vorzubeugen.

Kleinere Ungenauigkeiten verzeiht man diesem gelungenen Werk gerne, zumal sie teilweise eher von akademischem Interesse sind, etwa die stetige Verwendung des überholten Begriffs der Handelsregisterverfügung im Kapitel zum Registerverfahren (der Gesetzgeber hat dieselbe bereits mit Wirkung vom 11.12.2001 in Handelsregisterverordnung umbenannt, vgl. BGBl I, 3688). Schwerer wiegt da eher, dass einige gesetzliche Neuerungen nur angerissen werden bzw. gar keine Erwähnung finden. So wird etwa die mit dem TransPuG eingeführte Möglichkeit der Amortisation (§ 237 Abs. 3 Nr. 3 Hs. 1 AktG) nur angerissen und werden die sich aus der Amortisationsermächtigung (§ 237 Abs. 3 Nr. 3 Hs. 2 AktG) ergebenden praktischen Fragen gänzlich ausgeblendet. Dem hervorragenden Gesamteindruck des Werkes kann das jedoch keinen Abbruch tun. Der *Semler/Volhard* ist sicherlich auch in der Neuauflage ein unverzichtbares Hilfsmittel für die Bewältigung einer Hauptversammlung.

Notarassessor Dr. *Christoph Terbrack*, Düsseldorf

Böttcher/Ries: Formularpraxis des Handelsregisterrechts. RWS-Verl., 2003. 476 S., 69 €

Müther: Das Handelsregister in der Praxis. Dt. Anwalt-Verl., 2003. 296 S., 35 €

Das Registerrecht ist als Teilgebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine tragende Säule des Handels- und Gesellschaftsrechts. Dennoch existiert in Deutschland keine entsprechende Kodifikation, sodass die einschlägigen Rechtsnormen auf eine Vielzahl verschiedener Gesetze verteilt sind. Da es sich letztlich um ein Rechtsgebiet handelt, dessen Handhabung und Entwicklung als Verfahrensrecht in besonderer Weise der Praxis überantwortet ist, bieten die materiell-rechtlich ausgerichteten Kommentierungen des HGB, GmbHG und des AktG bei konkreten Rechtsproblemen oftmals nur Lösungsansätze. Die Publizierung von zwei neuen Büchern über die Praxis des Handelsregisterrechts, verfasst von langjährigen Praktikern der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist daher überaus begrüßenswert.

Die Konzeption der beiden Werke ist grundverschieden: Während *Böttcher/Ries* anhand eines fortlaufenden Erläuterungstextes mit insgesamt 138 Musterformularen in sehr praxisnaher Weise nahezu sämtliche handelsregisterlichen Vorgänge darstellen, behandelt *Müther* ohne Formulierungsbeispiele abstrakt in bewundernswert kompakter Weise die im Registerverfahren auftretenden Fragestellungen. Darüber hinaus wurden von *Müther* zwei eigenständige Abschnitte für das Registerrecht der Partnerschaftsgesellschaften aufgenommen. Beide Bücher beginnen in einem vorangestellten Teil mit der Erläuterung allgemeiner Probleme des Handelsregisterrechts (z. B. Zuständigkeit, Anmeldung, Namenszeichnung, Prüfung durch das Gericht).

Böttcher/Ries widmen sodann locker bedruckte 85 Seiten den in der Abt. A des Handelsregisters eingetragenen Rechtsträgern sowie fast 110 Seiten der GmbH und im Hauptteil gut 140 Seiten der AG. An verschiedenen Stellen des Buches werden ausgewählte Gerichtsentscheidungen mit Sachverhalt und Gründen dargestellt, die insbesondere den Lesern, die zum ersten Mal mit registerverfahrensrechtlichen Fragen in Berührung kommen, in anschaulicher Form den Zugang zu dieser Rechtsmaterie erleichtern. Der damit 400-seitige Textteil des *Böttcher/Ries* wird im Anhang durch die in ihrer Bedeutung meist unterschätzte, seit Ende 2001 als „Handelsregisterverordnung“ bezeichnete HRV und ein umfangreiches Stichwortregister ergänzt.

Müther stellt die registerrechtlichen Fragen der GmbH auf knapp 70 Seiten, diejenigen der AG auf 45 Seiten dar und behandelt dabei in herausragend klarer Diktion nahezu sämtliche echten und scheinbaren Detailprobleme. Auf den übrigen 130 Seiten eröffnet *Müther* den Zugang zu Rechtsfragen bezüglich der OHG, der KG, des Einzelkaufmannes, der Prokura, zu Unternehmensverträgen und Zweigniederlassungen sowie des Zwangsgeld-, Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahrens. Stets ermöglichen hierbei kurze Checklisten und Hinweise auf die kostenrechtliche Seite des jeweiligen Vorgangs die unmittelbare praktische Anwendung der vermittelten Kenntnisse.

Eine Auseinandersetzung mit den neu erschienenen Werken ist insbesondere in Bezug auf Detailfragen überaus lohnenswert. An wenigen Einzelproblemen lässt sich an dieser Stelle mühelos die Fragwürdigkeit und Komplexität verschiedener registerrechtlicher Streitpunkte verdeutlichen:

So sieht die in der Praxis mittlerweile gefestigte und auch von *Böttcher/Ries* (Rdnr. 62) vertretene Auffassung vor, dass eine Unterschrift der Unterzeichnung einer Anmeldung und zugleich als Namenszeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht dienen kann. Naturgemäß muss angesichts § 41 BeurkG in diesem Fall die Unterschrift zwingend vor dem Notar vollzo-

gen werden. Dagegen ist *Müther* (§ 5 Rdnr. 80), der Meinung, dass zweimal zu unterschreiben ist und beide Unterschriften getrennt notariell zu beglaubigen sind.

Beachtlicher Weise halten *Böttcher/Ries* im Rahmen der Anmeldung einer Kommanditeilsübertragung daran fest, neben der ausdrücklichen Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge auch eine Versicherungserklärung zu fordern, dass der ausscheidende Gesellschafter keine Abfindung von der Gesellschaft erhalten hat und ihm auch keine solche versprochen wurde (Rdnr. 215). Dagegen ist *Müther* der Auffassung, dass eine derartige Versicherung mangels gesetzlicher Grundlage vom Registergericht nicht verlangt werden kann (§ 8 Rdnr. 29). Einig sind sich jedoch alle drei Autoren, dass eine ggf. geforderte Versicherung keine höchstpersönlich abzugebende Erklärung ist.

Die Darstellung der verschiedenen Varianten einer Befreiung der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB bei einer GmbH & Co. KG (grundlegend hierzu *Westermeier*, MittBayNot 1998, 155) ist bei *Böttcher/Ries* (Rdnr. 262) und bei *Müther* (§ 8 Rdnr. 53) sehr gelungen. Das Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung des BayObLG, dass nur die Befreiung aller „jeweiligen Geschäftsführer“ der konkret zu benennenden Komplementär-GmbH durch die KG auf deren Registerblatt eingetragen werden kann, wirft allerdings die Frage auf, ob dieser Problemkomplex materiell- und verfahrensrechtlich bereits vollständig aufgearbeitet ist.

Bei Beschlüssen von GmbH-Gesellschafterversammlungen vertreten *Böttcher/Ries*, es sei durch das Registergericht „zu prüfen, wer zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses Gesellschafter war und ob diese auch zur Gesellschafterversammlung geladen worden sind“ (Rdnr. 430). Angesichts der materiell-rechtlichen Fiktionswirkung der Anzeige nach § 16 Abs. 1 GmbHG ist dieser Auffassung kritisch entgegenzusetzen, dass für die Frage der berechtigten Ausübung der Gesellschafterrechte nicht allein auf die Gesellschafterstellung abgestellt werden darf. Durchaus konsequent, gleichwohl diskussionswürdig ist dagegen die strenge Auffassung von *Müther*, dass zusätzlich der bei der Gesellschaft erfolgte Nachweis des Rechtsübergangs gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG durch das Registergericht zu prüfen ist und somit die Vorlage etwaiger Abtretungsurkunden in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift verlangt werden kann (§ 5 Rdnr. 85).

Eine angemessene Würdigung der zu besprechenden Bücher verlangt vom Rezensenten allerdings auch die Offenlegung etwaiger Schwächen: Insbesondere bayerische Leser werden bei *Böttcher/Ries* Ausführungen zur elektronischen Registerführung vermissen. Da nicht nur die Handhabung in Detailfragen, sondern insbesondere die Spaltenaufteilung zwischen Papier- und EDV-Register zum Teil erheblich differiert und im Grunde nicht nur die Zukunft, sondern in weiten Teilen der Republik bereits die Gegenwart durch das elektronische Handelsregister geprägt wird, wäre eine Einbeziehung der entsprechenden registerlichen Modifizierungen durchaus wünschenswert gewesen. Für alle drei Autoren wird zudem in der jeweiligen zweiten Auflage Gelegenheit dazu bestehen, die Behandlung von Umwandlungsvorgängen in die Darstellung miteinzubeziehen.

Kleine Fehler – wie sie für das Erscheinen von Erstauflagen typisch sind – stören den sehr positiven Gesamteindruck dagegen nur an wenigen Stellen. Die Erwähnung der Streitfrage, ob bei einer Namenszeichnung für eine GmbH & Co. KG auch die Firma der GmbH zu zeichnen ist (Rdnr. 158 und 266), zeigt, dass die Ursprünge des Buches von *Böttcher/Ries* offensichtlich auf die Zeit vor In-Kraft-Treten des HRefG

zurückgehen. Dagegen ist *Müther* fast durchgehend die Berücksichtigung der vielen Gesetzesnovellen gelungen – lediglich die Neufassung des Bekanntmachungsrechts der Zweigniederlassungen durch das NaStraG vom 18.1.2001 (BGBl I, 123) wurde in § 12 Rdnr. 17 und Rdnr. 20 übersehen.

Der kritische Blick auf beide Werke kann das Verdienst der Autoren nicht mindern: Die Registerpraxis ist *Böttcher, Ries* und *Müther* zu großem Dank verpflichtet. *Böttcher* und *Ries*

ist es gelungen, ein gewichtiges Arbeits- und Formularbuch zu erstellen, das auch in den begleitenden Erläuterungen kaum Fragen offen lässt. *Müther* hat es geschafft, den komplexen Teilbereich des Registerrechts in herausragender Klarheit lehrbuchartig zusammenzufassen und zudem mit unmittelbar verwertbaren Praxishinweisen die Anwendung der Erkenntnisse zu ermöglichen.

Notarassessor *Alexander Kafka*, München

Heussen/Fraulob/Bachmann: Zwangsvollstreckung für Anfänger. 7., überarb. Aufl., Beck, 2002. 267 S., 21 €

Die Beitreibung notarieller Kostenforderungen gewinnt angesichts der schlechten wirtschaftlichen Konjunktur und der (deshalb?) sinkenden Zahlungsmoral unfreiwillig zunehmende Bedeutung innerhalb der täglichen Arbeitsabläufe eines Notariats. Hinzu kommt, dass das Verständnis in der Bevölkerung für das notarielle Gebührenrecht immer mehr abzunehmen scheint. Ein spezielles Formular- oder Musterhandbuch für das Vollstreckungswesen existiert derzeit nicht. Hinzuweisen ist deshalb auf das vorliegende Werk, das nun schon seit einigen Jahren seinen festen Platz auf den Schreibtischen deutscher Vollstreckungsabteilungen in Kanzleien und Betrieben hat und als eingeführt gelten kann. Das Buch richtet sich somit auch an all diejenigen, die im Notariat intern mit der Wahrnehmung der Beitreibung befasst sind, gleichermaßen, sei es der Notar selbst, der Assessor (um frühzeitig auch die unangenehmen Seiten des Berufs kennen zu lernen), ein Kassenangestellter oder aber ein privater Mitarbeiter.

Das zu besprechende Werk firmiert in derselben Reihe, in der sich auch das unter vergleichbarem Prädikat erschienene Buch von *Waldner* mit seinen bereits bekannten Vorzügen findet. Der dem erfahrenen Kollegen unter Umständen despektierlich anmutende Titel verliert zudem an Schärfe, wenn man bedenkt, dass Ziel der Darstellung die praktischen Verfahrensabläufe und Strategien in der Zwangsvollstreckung sind. Um Meinungsstreitigkeiten zum Wesen des Pfändungspfandrechts geht es hier nicht. Jenseits dogmatischer Großtaten ist es den Autoren vielmehr darum zu tun, dem Leser zu erklären, wie das Zustellungswesen „funktioniert“, wie man einen ordentlichen Vollstreckungsauftrag erteilt oder bei Gericht einen korrekten Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses stellt. Dies gelingt den Autoren, sämtlich erfahrene Vollstreckungsspezialisten großer Rechtsanwaltskanzleien und einer namhaften Bank, in einprägsamer Weise. Das Werk ist umfangreich gegliedert und in klarer, manchmal ins Sarkastische abgleitender Sprache abgefasst. Letzteres kann einem Vollstreckungsjuristen allerdings kaum zum Vorwurf gereichen. Geboten werden zudem die wichtigsten Formulare aus dem Soldan-Verlag samt Ausfüllhilfen, ohne dass das Buch damit ins Klippschulhafte abgleiten würde. Quasi nebenbei wird einem so auch ins Gedächtnis gerufen, wie privilegiert der Notar in puncto Kostenforderung ist, etwa wenn es um die andernorts existierenden praktischen Probleme der Parallelvollstreckung, des Ersatzes verloren gegangener Titel oder des „Gläubigerwettilaufs“ am Jahresende (Pfändung von Steuererstattungsansprüchen!) geht.

Neben rechtstechnischen Hinweisen geben die Autoren auch ihre Erfahrungen in Strategie und Taktik weiter, was insbesondere die Sammlung von Informationen, den Umgang mit Schuldnern und den Abschluss von Zahlungsvereinbarungen betrifft. Die Bandbreite reicht hier vom – scheinbar banalen –

Hinweis auf die Möglichkeiten des Internet bis hin zum geschickten Einsatz des Instituts der Vorfändung gem. § 845 ZPO. Vor allem für den Notar bietet sich so ein effektives Mittel zur Überbrückung der zweiwöchigen Wartezeit nach §§ 155 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO, 798 ZPO, zumal Kostenrechnung und das vorläufige Zahlungsverbot vom Gerichtsvollzieher gemeinsam zugestellt werden können. Ferner ist die mögliche Anwendbarkeit der Vorschriften über den Verbraucherdarlehensvertrag auf Stundungsvereinbarungen in der Zwangsvollstreckung eine wenig bekannte Stolperfalle. Die Autoren stellen dieses Problem in vorbildlicher Weise dar. Vergleichsweise ausführlich wird auch die Immobiliarzangsvollstreckung präsentiert. Zur ersten Einarbeitung in diese „Königsdisziplin“ der Zwangsvollstreckung eignet sich die Darstellung hervorragend. Mehr kann sie aber, auch aus der Sicht der Autoren, nicht leisten. Für den beitreibenden Notar wird es in der Regel ohnehin bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek bleiben.

Der Neuauflage wurde ein kurzes und prägnantes Kapitel zu Verfahren mit Auslandsbezug beigegeben. Leider fehlt dort der Hinweis auf die einfache und praktisch bedeutsame Möglichkeit der Zustellung über die deutschen Auslandsvertretungen gem. § 183 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, vor allem für den Fall, dass im Inland noch Vermögen vorhanden ist.

ZPO- und Schuldrechtsreform sind eingearbeitet. Dafür ist den Autoren allerdings die schon seit 1.10.1998 geltende Subsidiarität der Rechtspflegereinerinnerung (§ 11 RPfIG) entgangen. Ein größeres Manko ist die Tatsache, dass in der Neuauflage – deren Manuskript ausweislich des Vorworts im August 2002 abgeschlossen worden sein muss – das mit Wirkung vom 1.7.2002 reformierte Zustellungsrecht mit keinem Wort erwähnt wird. Dies muss umso mehr erstaunen, als das zugrunde liegende Änderungsgesetz bereits gut ein Jahr vorher verkündet wurde und somit (ausnahmsweise einmal) ausreichend Vorbereitungszeit für die Praxis zur Verfügung stand. Ärgerlich ist auch, dass der Nutzen des ausführlichen Stichwortverzeichnisses dadurch dekompenziert wird, dass die Verweisungen häufig ins Leere führen. Hier wurde offensichtlich eine Anpassung an den Text der Neuauflage vergessen.

Fazit: Für den wirklich problematischen Fall macht das vorliegende Werk die Lektüre weiterführender Darstellungen nicht entbehrlich. Es ersetzt auch nicht, wo nötig, den Aufbau einer eigenständigen und schlagkräftigen Beitreibungsorganisation im Büro. Es erleichtert jedoch die tägliche Arbeit der zuständigen „Vollstreckungsabteilung“ im Notariat, unabhängig von dessen Struktur und Arbeitsanfall, ungemein und trägt auf diese Weise seinen Teil dazu bei, die vorschnelle Abschreibung berechtigter Kostenforderungen zu verhindern. Wer als Notar auf die wirklich wichtigen Seiten des Berufs konzentriert bleiben und/oder seine Mitarbeiter unterstützen möchte, wird sich dieses Buch anschaffen.

Notarassessor *Arne Everts*, Eggenfelden

Kirchner/Butz: Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache. 5., völlig Neubearb. und erw. Aufl., de Gruyter, 2003. 646 S., 24,95 €

Der Verweis auf den „Kirchner“ hat schon unzähligen Doktranden die Erstellung eigener Abkürzungsverzeichnisse (und dem deutschen Wald damit manches Opfer) erspart. Allein deshalb müsste man ihn erfinden, wenn es ihn nicht schon gäbe. Dass in keiner Disziplin so viel mit Abkürzungen gearbeitet wird wie in der Rechtswissenschaft (*Kirchner* im Vorwort), ist allerdings außerhalb Frankreichs eine Übertreibung. Abgekürzt wird meist nur das, was man zum Verständnis des Textgehalts nicht unbedingt braucht: Gesetzesbezeichnungen und Fundstellenangaben. (Außer im Palandt, wo selbst Krefeld noch zu „Krfld“ wird, um hinten Platz für Buchanzeigen zu schaffen. Dafür braucht er auch zwei Abkürzungsverzeichnisse und darf sich für seine gegenüber Fremdsprachlern erfolgreiche Kryptographie mit der „Euro-Zitrone“ schmücken; vgl. ZEuP 1993, 656.) Die Gesetze und Fachblätter seiner eigenen Rechtsgebiete werden dem Notar aber selbst abgekürzt nicht fremd sein, und wenn doch, ist ihm auch mit dem Kirchner/Butz nicht immer zu helfen: Die RNotZ kennt der noch nicht (so wird die falsche Auflösung „Reichsnotarzeitschrift“ eine Zeitlang in der Welt bleiben), und auch das OLGVertrÄndG ist nicht verzeichnet (dafür aber der lustige ALUVOGEL, ein Expressdienst für Umweltrecht).

Das letzte Beispiel zeigt, dass vom Kirchner/Butz als Nachschlagewerk nur etwas hat, wer sich oft in unbekannte Rechtsgebiete begibt. Hier ist das Werk ein meist zuverlässiger Spürhund. Alles findet er aber nicht: So ist zwar die bayerische ZustVRh von 1984 (Verordnung über die Zuständigkeit im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten) verzeichnet, nicht aber die – jedenfalls für den Notar – wichtigere und auch jüngere ZustVaZHRh von 1996 (Verordnung über die Zuständigkeit im allgemeinen Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland sowie im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in Zivil- und Handelssachen). Der Rechtsdienst der Lebenshilfe (RdLh, vgl. z. B. MittBayNot 2003,

356 Fn. 1) fehlt ebenfalls, worüber die Aufnahme der ähnlich abgekürzten „Recht der Landwirtschaft“ (RdL) nicht ganz hinwegtrösten kann.

Wertvoller ist der Kirchner/Butz daher als Referenz, dient doch dem Verständnis von Abkürzungen nichts mehr als ein fester Gebrauch (*Kirchner*). Im zweiten Teil des Buches werden deshalb Abkürzungsempfehlungen gegeben, an die man sich im Regelfall auch halten sollte, um den Wildwuchs an Kürzeln einzudämmen. Vollständigkeit darf man hier ebenfalls nicht erwarten, wohl aber Konsistenz, an der es zuweilen fehlt: Der Bundesrat ist vermerkt, der Bundestag nicht. Außerdem wird man den Autoren nicht immer folgen können: Die (Wussow-), „Informationen zum Versicherungs- und Haftpflichtrecht“ kürzt der BGH auf seiner Internetseite mit „WI“ ab; weshalb ausgerechnet im Kirchner/Butz – wo doch *Kirchner* beim BGH Bibliotheksdirektor war – „WJ.“ vorgeschlagen wird, noch dazu mit bei Periodika unüblichem Punkt, bleibt unerfindlich. Oder etwa die Abkürzung „zust.“: Sie ist, bei mir jedenfalls, mit „zustimmend“ belegt, vielleicht noch mit „zuständig“; für „zuständigkeitshalber“ sollte man eine andere, sinnvollere empfehlen.

Anderswo würde man solch kleine Mängel übergehen, vielleicht gar nicht erst wahrnehmen; in einem Werk aber, das von der Akkuratessie lebt, stören sie schon ein wenig. Umso erfreulicher ist, dass die einleitenden „Regeln für die Bildung und den Gebrauch von Abkürzungen“ rundum gelungen sind: Wer schon immer wissen wollte, weshalb man „Dr.“ mit Punkt schreibt, „BGBI“ aber ohne, findet es hier erklärt, und wer Abkürzungen bisher flektiert („des BGBs“) oder „ff.“ mit „fortfolgende“ übersetzt hat, statt hierin lediglich eine Pluralbildung durch Verdoppelung des letzten Buchstabens zu erkennen (und es deshalb beim – ohnehin synonymen – „folgende“ zu belassen), merkt jetzt, wie unbedarft er war. Schon der letzten beiden Punkte wegen wünsche ich dem Kirchner/Butz eine weite Verbreitung.

NotAss. Dr. *Markus Krebs*, Mü.

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 171, 172; RBerG Art. 1 § 1 (*Nichtigkeit einer Vollmacht bei nichtigem korrespondierendem Geschäftsbesorgungsvertrag*)

- a) **Ist ein umfassender Geschäftsbesorgungsvertrag auf eine unzulässige Rechtsberatung gerichtet und daher wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB nichtig, so ist davon nach dem Schutzzweck grundsätzlich auch die vom Auftraggeber dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht betroffen.**
- b) **§ 171 und § 172 BGB sowie die allgemeinen Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers gemäß Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB nichtig ist.**

BGH, Urteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die klagende Bank verlangt vom Beklagten die Rückzahlung zweier Darlehen, die sie ihm zur Finanzierung des Kaufpreises einer Eigentumswohnung gewährt hat. Der Beklagte wurde am 5.11.1992 von einem Anlagevermittler geworben, ohne Einsatz von Eigenkapital ein Studentenapartment im Rahmen eines Steuersparmodells zu kaufen. Noch am gleichen Tag unterbreitete er einer Steuerberatungsgesellschaft mbH (im folgenden: Geschäftsbesorgerin) ein notarielles Angebot auf Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb der Eigentumswohnung. Zugleich erteilte er ihr eine unwiderrufliche Vollmacht zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Maßnahmen, die für den Eigentumserwerb und gegebenenfalls die Rückabwicklung erforderlich oder zweckdienlich erschienen. Unter anderem wurde die Geschäftsbesorgerin bevollmächtigt, namens und für Rechnung des Beklagten den Kauf- und Werklieferungsvertrag, Darlehensverträge und alle erforderlichen Sicherungsverträge abzuschließen. Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot mit notarieller Erklärung an. Sie schloss namens des Beklagten am 17.12.1992 mit dem Bauträger einen notariellen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung ab und nahm zur Finanzierung des Kaufpreises von 82.551 DM sowie der Nebenkosten am gleichen Tag bei der Klägerin einen Zwischenkredit über 97.744 DM auf. Die endgültigen Darlehensverträge über 16.881 DM und 91.723 DM wurden von der Geschäftsbesorgerin für den Beklagten am 27.9./6.10.1993 mit der Klägerin geschlossen.

Seit April 1998 bediente der Beklagte die aufgenommenen Darlehen nicht mehr. Die Klägerin kündigte daraufhin mit Schreiben vom 15.7. und 30.9.1998 die Darlehensverträge fristlos. Mit der Klage nimmt sie den Beklagten auf Rückzahlung der Restdarlehen in Anspruch.

Der Beklagte hält dem unter anderem entgegen: Der Geschäftsbesorgungsvertrag und die mit ihm verbundene Vollmacht seien wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam. Die demnach nichtigen Darlehensverträge seien zudem nach dem Haustürwiderrufsgesetz widerrufen worden. Außerdem hafte die Beklagte wegen unterlassener Aufklärung und Fehlberatung auf Schadensersatz.

Die auf Zahlung von 109.686,70 DM zuzüglich Zinsen gerichtete Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

(...)

II.

(...)

1. Der Revision kann (...) nicht gefolgt werden, soweit sie meint, die Darlehensvertragserklärungen seien vom Beklagten gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. wirksam widerrufen worden. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 144, 223, 226 ff. und Urteil vom 2.5.2000, XI ZR 108/99, WM 2000, 1247, 1248 f.) kommt es bei der Einschaltung eines Vertreters für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiderrufsgesetz grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluss des Darlehensvertrages an. Dass sich in den Fällen, in denen das Rechtsgeschäft aufgrund einer bindenden Weisung des Vertretenen im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB zustande gekommen ist, bei wertender Betrachtung eine andere rechtliche Beurteilung ergeben kann (vgl. Senat, BGHZ a. a. O., 228 f.), ist hier ohne Bedeutung. Für eine solche Ausnahmesituation ist nichts ersichtlich; die Revision vermag eine vergleichbare Interessenlage auch nicht aufzuzeigen.

2. Indessen wendet sich die Revision zu Recht gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht sei gemäß § 171, § 172 BGB (analog) oder nach den allgemeinen Regeln über die Duldungsvollmacht der Klägerin gegenüber als gültig zu behandeln.

a) Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, der der notariellen Vollmachtserteilung zugrunde liegende umfassende Geschäftsbesorgungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB nichtig. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die Abwicklung des Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Käufer besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag ist nichtig (BGHZ 145, 265, 269 ff.; Senatsurteile vom 18.9.2001, XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114 f., vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274, und vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, Urteilsandr. S. 6, m. w. Nachw.). Auch im vorliegenden Streitfall oblag der Geschäftsbesorgerin nach dem Vertragsinhalt nicht die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange, wie z. B. die Prüfung der Rentabilität und Zweckmäßigkeit der Investitionsentscheidung. Vielmehr stellt die ihr eingeräumte Befugnis, ein ganzes Bündel von Verträgen für den Beklagten abzuschließen, eine gewichtige rechtsbesorgende Tätigkeit dar, die über das hinausgeht, was bei Geschäftsbesorgungen wirtschaftlicher Art üblich ist und gewöhnlich nicht als Betätigung auf rechtem Gebiet empfunden wird (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.1987, I ZR 31/85, NJW 1987, 3005).

b) Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages erfasst auch die der Geschäftsbesorgerin zur Ausführung des Vertrags erteilte Abschlussvollmacht. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es hierfür nicht entscheidend darauf an, ob Vollmacht und Grundgeschäft nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB verbunden sind.

Welche Auswirkungen die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf die dem Geschäftsbesorger (Treuhand)

zum Zwecke der umfassenden Geschäftsbesorgung erteilte Vollmacht hat, ist streitig. Nach der – dem Berufungsurteil zugrunde liegenden – Auffassung kann der Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz nur dann – mittelbar – auch zur Nichtigkeit der Vollmacht führen, wenn die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 139 BGB auf die Vollmacht durchschlägt (*Edelmann*, DB 2001, 687, 688; *Ganter*, WM 2001, 195; *Sommer*, NotBZ 2001, 28, 29). Dies wird damit begründet, dass sich das Verbot des Art. 1 § 1 RBerG nur gegen den Rechtsberater richte und mithin nicht zur Nichtigkeit der Vollmacht führen könne, die als einseitiges Rechtsgeschäft durch den Vertragspartner des Rechtsberaters erteilt werde. Nach Auffassung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 11.10.2001, III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261 f.) führt der Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB demgegenüber unmittelbar und ohne weiteres auch zur Nichtigkeit der Vollmacht (so auch *Reiter/Methner*, VuR 2001, 193, 196 ff.). Zur Begründung hat der III. Zivilsenat auf den Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes abgestellt. Art. 1 § 1 RBerG diene dem Schutz der Rechtsuchenden vor unsachgemäßer Beratung und Vertretung sowie deren häufig nachteiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen. Dieser sei nur dann zu erreichen, wenn auch die die Vertretung ermöglichende Vollmacht für unwirksam erachtet werde. Der erkennende Senat hat bereits in seinem Urteil vom 14.5.2002 (XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274) zum Ausdruck gebracht, dass er mit Rücksicht auf die Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes der vom III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vertretenen Auffassung zuneigt, und sich dieser mit Urteil vom 18.3.2003 (XI ZR 188/02, Urteils-umdr. S. 8) angeschlossen (ebenso BGH, Urteil vom 16.12.2002, II ZR 109/01, WM 2003, 247, 249, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen).

Zwar erfolgt die Vollmachtserteilung durch einseitige Willenserklärung des Vertretenen (siehe z. B. *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl., § 167 Rdnr. 4; *MünchKomm/Schramm*, BGB, 4. Aufl., § 167 Rdnr. 4; differenzierend *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 243 ff.). Dies schließt es aber nicht aus, die Wirksamkeit der Vollmacht nach dem Schutzzweck des Art. 1 § 1 RBerG zu beurteilen. Die gegenteilige Ansicht berücksichtigt nicht hinreichend, dass die Bevollmächtigung in Fällen der vorliegenden Art fester Bestandteil der von dem Rechtsberater einseitig vorgegebenen Vertragsbedingungen ist und darüber hinaus regelmäßig nicht frei widerrufen werden kann. Es wäre daher verfehlt, unter diesen besonderen Umständen den Unterschied zwischen „einseitigen“ und „mehrseitigen“ Rechtsgeschäften und nicht den Schutzzweck des Art. 1 § 1 RBerG in den Vordergrund zu stellen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die streitige Vollmacht weder in (entsprechender) Anwendung von § 171 Abs. 1 und § 172 Abs. 1 BGB noch nach den allgemeinen Regeln über die Duldungsvollmacht der Klägerin gegenüber für wirksam zu erachten.

aa) § 171 und § 172 BGB sowie die Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind allerdings – anders als die Revision meint – auch dann anwendbar, wenn die Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist. Die §§ 171 bis 173 BGB sowie die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setzt, sich so behandeln lassen muss, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt (vgl. BGHZ 102, 60, 64; Senatsurteil vom 14.5.2002, XI ZR

155/01, WM 2002, 1273, 1274 f.). Dies gilt, soweit gesetzgeberische Wertungen nicht entgegenstehen, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich die Bevollmächtigung eines anderen als nichtig erweist (vgl. BGHZ 144, 223, 230; Senatsurteil vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232). Nur so kann dem Schutz des Rechtsverkehrs, den die allgemeine Rechtsscheinhaftung bezweckt, ausreichend Rechnung getragen werden. Dementsprechend ist der erkennende Senat bereits in seinen Urteilen vom 18.9.2001 (XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115) und vom 14.5.2002 (XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275) davon ausgegangen, dass der Vertragspartner bei einem Verstoß des Vertreters gegen das Rechtsberatungsgesetz den Schutz von § 171 und § 172 BGB bzw. der allgemeinen Rechtsscheinhaftung genießt.

Die Ausführungen der Revision geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Das Verbot unerlaubter Rechtsberatung richtet sich nicht gegen den Vertragspartner des vertretenen Rechtsuchenden, sondern gegen den Vertreter. Es soll den Rechtsuchenden vor sachkundigen unbefugten Rechtsberatern schützen (BGHZ 15, 315, 317), betrifft also das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen. Dem Vertragspartner gleichwohl den Schutz der §§ 171 ff. BGB sowie der Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu versagen, besteht umso weniger Anlass, als der Vertretene sich gegebenenfalls an seinen unbefugten Rechtsberater halten kann.

bb) § 172 Abs. 1 BGB setzt – wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat – voraus, dass der Klägerin spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge vom 27.9./6.10.1993 entweder das Original oder eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vom 5.11.1992 vorgelegt worden ist (vgl. BGHZ 102, 60, 63; Senatsurteile vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, und vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274). Die Prozessparteien haben dazu streitig vorgetragen. Feststellungen hat das Berufungsgericht insoweit nicht getroffen. In der Revisionsinstanz kann die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht danach nicht gemäß § 172 Abs. 1 BGB als wirksam behandelt werden.

cc) Allerdings kann eine nicht wirksam erteilte Vollmacht über § 171 und § 172 BGB hinaus aus allgemeinen Rechtscheinsgesichtspunkten dem Geschäftspartner gegenüber als wirksam zu behandeln sein (vgl. BGHZ 102, 60, 62, 64 ff.). Das ist der Fall, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint (BGHZ 102, 60, 62, 64; Senatsurteile vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, und vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274 f.). In Betracht kommen dabei ausschließlich bei oder vor Vertragsschluss vorliegende Umstände. Denn eine Duldungsvollmacht ist nur gegeben, wenn der Vertretene es – in der Regel über einen längeren Zeitraum – wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn ohne eine Bevollmächtigung als Vertreter auftritt und der Vertragspartner dieses bewusste Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (st. Rspr., siehe etwa BGH, Urteile vom 10.3.1953, I ZR 76/52, LM § 167 BGB Nr. 4, vom 15.12.1955, II ZR 181/54, WM 1956, 154, 155, vom 9.11.1989, VII ZR 200/88, WM 1990, 481, 482, und vom 13.5.1992, IV ZR 79/91, VersR 1992, 989, 990; Senatsurteil vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275).

So ist es hier aber nicht: Der Umstand, dass der Beklagte auf die Mitteilung der Klägerin vom 30.12.1992 über das mit Ver-

trag vom 17.12.1992 zur Vorfinanzierung des Kaufpreises errichtete Darlehenskonto geschwiegen, ihr am 5.11.1992 eine Ermächtigung zum Einzug von Forderungen erteilt, Gehaltsnachweis und Steuererklärung vorgelegt sowie die Sicherungszweckerklärung unterschrieben zurückgesandt hat, begründet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts in Bezug auf die streitgegenständlichen Darlehensverträge vom 27.9./6.10.1993 keinen Rechtsschein für eine Duldungsvollmacht. Zwar hat der erkennende Senat in der zitierten Entscheidung vom 22.10.1996 (XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232) eine Anwendung der Regeln über die Duldungsvollmacht in einem Fall bejaht, in dem der Vertretene auf eine Mitteilung der Bank über die Einrichtung von Darlehenskonten für ihn geschwiegen, den vollmachtlosen Vertreter an dem zeitlich unmittelbar danach vorgenommenen Abschluss des Darlehensvertrages nicht gehindert hatte und die kreditgebende Bank dieses Verhalten des Vertretenen unabhängig von der Wirksamkeit der notariellen Vollmacht dahin werten konnte, der als Vertreter Handelnde habe Vollmacht. Damit kann aber der vorliegende Streitfall – anders als die Revisionserwiderung meint – nicht verglichen werden. Die Mitwirkungshandlungen des Beklagten betreffen alle lediglich die Vorfinanzierung des Kaufpreises und haben keinen Bezug zu den erst rund neun Monate später von der Geschäftsbesorgerin in seinem Namen abgeschlossenen Darlehensverträgen. Für die Annahme, dass der Beklagte hinsichtlich dieser Verträge einen rechtlich relevanten Rechtsschein nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht gegenüber der Klägerin hervorgerufen hat, fehlt daher die notwendige Tatsachengrundlage. Dass die Klägerin bei Abschluss der endgültigen Darlehensverträge nicht nur auf die notarielle Vollmachtsurkunde vom 5.11.1992 vertraut, sondern die Mitwirkungshandlungen des Beklagten für ein bewusstes „Dulden“ des Handelns der Geschäftsbesorgerin gehalten und zur Grundlage ihrer Willensentscheidungen gemacht hat, ist von ihr in den Tatsacheninstanzen auch nicht geltend gemacht worden.

2. MaBV §§ 3, 7 (Unzulässige Vermischung der Sicherheiten der §§ 3 und 7 MaBV)

Eine Vermischung der Sicherheiten des § 3 MaBV und des § 7 MaBV in der Form, dass sich eine Bürgschaft nach § 7 MaBV mit Baufortschritt reduziert, ist unzulässig.

BGH, Urteil vom 6.5.2003, XI ZR 33/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Kläger schlossen einen notariellen Kaufvertrag mit dem Bauträger K. über zwei zu errichtende Eigentumswohnungen. Der Kaufpreis in Höhe von 519.640 DM – finanziert durch ein Darlehen der B-Bank – sollte nach § 3 Nr. 1 des Vertrages in Raten nach Baufortschritt, die erste Rate von 30 % nach Beginn der Erdarbeiten, gezahlt werden, oder – alternativ nach § 3 Nr. 2 – binnen 14 Tagen, nachdem der Bauträger den Käufern eine der MaBV entsprechende Bürgschaft eines inländischen Kreditinstituts ausgehändigt hatte, die „nach Erreichen des jeweiligen Bautenstandes und Vorliegen der übrigen Fälligkeitsvoraussetzungen wieder zurückzugeben ist“.

Am 17.12.1996 gab die Beklagte gegenüber den Klägern eine Bürgschaftserklärung über eine selbstschuldnerische Bürgschaft ab, die auszugswise wie folgt lautete:

„Zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Gewerbetreibenden auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte, die der Gewerbetreibende erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist,

übernehmen wir ... hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage bis zum Höchstbetrag von DM 519.640 ...

Der verbürgte Höchstbetrag vermindert sich jeweils um den Betrag, der nach dem obigen Kaufvertrag zur Zahlung fällig ist.“

Daraufhin zahlten die Kläger, die ihre Ansprüche aus der Bürgschaft der darlehensfinanzierenden B-Bank abgetreten haben, den vollen Kaufpreis.

Weil der Bauträger seiner Verpflichtung, das Objekt bis zum 31.12.1997 fertigzustellen, nicht nachkam, traten die Kläger vom Vertrag zurück und verlangten, gestützt auf die Bürgschaft und eine Ermächtigung der B-Bank, an diese Zahlung von 519.640 DM (= 265.687,71 €) nebst 4 % Zinsen, Zug um Zug gegen Erteilung einer Löschungsbeihiligung für die zugunsten der Bank eingetragene Sicherungsgrundschuld, hilfsweise auch Zug um Zug gegen Löschung einer zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das Landgericht hat der Klage mit Rücksicht auf eine Reduzierung der Bürgschaft um die mit Beginn der Erdarbeiten fällige erste Kaufpreiskrate von 155.892 DM nur in Höhe von 363.748 DM stattgegeben. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgen die Kläger den Zahlungsanspruch in voller Höhe weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kläger ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Höchstbetrag der Bürgschaft habe sich um die schon vor der Rücktrittserklärung der Kläger fällig gewordene erste Kaufpreiskrate vermindert. Eine andere Auslegung komme angesichts des eindeutigen Wortlauts der Bürgschaftserklärung, die auf die in § 3 Abs. 1 des Kaufvertrages festgelegte Ratenzahlungsweise nach Baufortschritt Bezug nehme, nicht in Betracht. Ein etwaiger Verstoß der beschränkten Bürgschaft gegen § 7 Abs. 1 MaBV sei im Verhältnis der Parteien nicht berücksichtigungsfähig, da sich die Makler- und Bauträgerverordnung nicht an Kreditinstitute richte. Die Regelung über die Reduzierung der Höchstbetragsbürgschaft, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild als AGB-Klausel angesehen werden könne, verstoße nicht gegen § 3 AGBG, weil sich die Höhe einer Bürgschaft grundsätzlich aus den jeweils zu sichernden Forderungen ergebe. Auch eine unangemessene Regelung im Sinne von § 9 AGBG liege nicht vor, weil ein etwaiger Verstoß gegen die MaBV das hier maßgebliche AGB-Verhältnis zwischen den Klägern als Kunden und der Beklagten als Verwenderin nicht berühre.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand. Die in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbare (vgl. BGH, Urteil vom 27.6.2001, VIII ZR 235/00, WM 2001, 1863, 1864), zur Abweisung der Klage führende Auslegung des Bürgschaftsvertrages durch das Berufungsgericht ist rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Bei der Vereinbarung, „der verbürgte Höchstbetrag vermindert sich jeweils um den Betrag, der nach dem obigen Kaufvertrag zur Zahlung fällig ist“, handelt es sich – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht um eine AGB-Klausel, die das Revisionsgericht selbständig auslegen könnte (BGHZ 121, 173, 178), sondern um eine Individualvereinbarung. Zwar entspricht die Bürgschaft – obwohl nicht als MaBV-Bürgschaft bezeichnet – im Übrigen weitgehend der Anlage 7 des Musterentwurfs der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum § 34 c Gewerbeordnung und zur Makler- und Bauträgerverordnung (abgedruckt bei *Marcks*, MaBV,

7. Aufl., S. 355, 417). Dies und der Umstand, dass der Bürgschaftstext von einer Bank verwendet worden ist, deuten nach der Lebenserfahrung darauf hin, dass er für eine mehrfache Verwendung entworfen wurde, es sich mithin insoweit um einen Formularvertrag handelt (BGH, Urteil vom 14.1.1999, IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 536). Allerdings hat die Beklagte – von den insoweit beweispflichtigen Klägern unwidersprochen – dargelegt, die Bürgschaft stimme – was gerichtsbekannt sei – hinsichtlich der streitgegenständlichen Passage (Abschmelzung der Bürgschaft) nicht mit den sonstigen von ihr verwandten Bürgschaftserklärungen überein, sie sei vielmehr für den Einzelfall konzipiert. Durch die „Abschmelzungsvereinbarung“ erhält die Höchstbetragsbürgschaft auch eine andere inhaltliche Ausgestaltung, weshalb es sich nicht lediglich um eine unselbständige Ergänzung von im Übrigen allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt (vgl. BGHZ 99, 203, 205 f.; 102, 152, 158).

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht den Umfang der Bürgschaft nach deren Wortlaut bestimmt. Die Bürgschaft, die nicht als MaBV-Bürgschaft bezeichnet ist, sieht eine Verminderung des verbürgten Höchstbetrages „jeweils um den Betrag (vor), der nach dem obigen Kaufvertrag zur Zahlung fällig ist“. In Bezug genommen ist damit § 3 Abs. 1 des Kaufvertrages. Mit dieser Klausel wollte die Beklagte ihre Bürgenhaftung beschränken und nur die dem Bautenstand nicht entsprechende Vorleistung der Kläger absichern. Nach § 3 Abs. 1 des Kaufvertrages waren 30 % des Kaufpreises mit Beginn der Erdarbeiten fällig. Der Beginn dieser Arbeiten ist unstreitig mit der Folge, dass sich die Bürgschaft um 155.892 DM reduziert hat.

3. Eine solche, am Wortlaut orientierte Auslegung der Bürgschaft verstößt nicht gegen den Grundsatz beiderseits interessengerechter Interpretation (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.2001, II ZR 228/99, WM 2001, 1525).

a) Zwar ist die Vereinbarung in § 3 Nr. 2 des Kaufvertrages, eine den Käufern gestellte MaBV-Bürgschaft sei nach Erreichen des jeweiligen Bautenstandes wieder zurückzugeben, gemäß § 134 BGB unwirksam, weil diese Regelung zum Nachteil der Kläger gegen § 7 Abs. 1 Satz 3, § 12 MaBV verstößt (vgl. BGHZ 146, 250, 257 ff.).

aa) Nach § 12 MaBV darf der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nach den §§ 2–8 MaBV weder ausschließen noch beschränken. § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV ordnet ausdrücklich an, dass die Sicherheit aufrecht zu erhalten ist, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist. Der Erwerber soll dadurch einen angemessenen Ausgleich für die von ihm eingegangene Verpflichtung erhalten, die Vergütung für das herzustellende Werk sofort zu entrichten und nicht erst, entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB, bei Abnahme oder, wie es § 3 Abs. 2 MaBV gestattet, in Raten entsprechend dem Bauablauf nach Bauabschnitten.

bb) Dass durch den in § 7 Abs. 1 MaBV mit der Änderungsverordnung vom 7.11.1990 neu eingefügten Satz 4 der bis dahin umstrittene Austausch der Sicherheiten des § 3 MaBV und des § 7 MaBV zugelassen worden ist, ändert an der Unwirksamkeit der in § 3 Nr. 2 des Kaufvertrages getroffenen Regelung nichts. Eine Vermischung bzw. Kombination von Sicherheiten in der dort vorgesehenen Form, dass eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sukzessive mit Baufortschritt und Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV zu reduzieren ist, ist unzulässig (*Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdnr. 513; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl., Rdnr. 162; *Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung, 7. Aufl., § 7 MaBV

Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3218; v. *Heymann/Wagner/Rössler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, Rdnr. 180 und 482; *Brandhofer*, NZBau 2001, 305; *Speck*, MittRhNotK 1995, 117, 136; a. A. *Bergmeister/Reiß*, MaBV für Bauträger, 4. Aufl., Rdnr. 184, 191 ff.; *Boergen*, NJW 2000, 251, 253). Dies folgt ohne weiteres bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des § 7 Abs. 1 MaBV. Während Satz 3 dieser Vorschrift anordnet, dass die Sicherheit aufrecht zu erhalten ist, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist, lässt der durch Verordnung vom 7.11.1990 eingefügte Satz 4 zwar den Austausch der von der MaBV angebotenen Sicherungssysteme zu, (im Umkehrschluss dazu) aber nicht deren Vermischung.

b) Die Unwirksamkeit der in § 3 Abs. 2 des Kaufvertrages enthaltenen Abschmelzungsklausel berührt aber die Bürgschaft nicht. Dass die entsprechend den Regelungen im Kaufvertrag beschränkte Bürgschaft nicht den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV genügt, ist schon deshalb unschädlich, weil die MaBV im Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Bürgen keine Wirkung entfaltet (BGH, Beschluss vom 19.7.2001, IX ZR 319/00). Zwar lässt die in der Bürgschaftsvereinbarung enthaltene Bezugnahme auf den Kaufvertrag den Schluss zu, die Beklagte habe die zwischen Klägern und Bauträger getroffene Sicherheitsabrede erfüllen und in dem Umfang bürgen wollen, in dem der Bauträger gegenüber den Klägern nach dem Kaufvertrag zur Stellung einer Bürgschaft verpflichtet war. Eine solche Annahme macht die allein am Wortlaut orientierte Auslegung des Berufungsgerichts aber nicht rechtsfehlerhaft. Ebenso wie die Beklagte sind auch die Kläger und der Bauträger von der Wirksamkeit der im notariellen Kaufvertrag enthaltenen Abschmelzungsklausel ausgegangen. Die Kläger haben von der Beklagten nur eine abschmelzende Bürgschaft erwartet und – entsprechend ihren Erwartungen – eine solche auch bekommen. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus interessengerecht, das Risiko für die Nichtigkeit im notariellen Kaufvertrag getroffener Abreden nicht durch eine Erweiterung der Haftung über den Bürgschaftswortlaut hinaus auf die Beklagte abzuwälzen, die mit ihrer Bürgschaft nur die dem Bautenstand nicht entsprechende Vorleistung der Kläger absichern wollte.

3. GBO § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 2; BGB §§ 1483, 1507 (*Nachweis fehlender fortgesetzter Gütergemeinschaft im Grundbuchverfahren*)

1. **Zwischen einer erbvertraglichen Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben und einer nach Abschluss des Erbvertrags in einem Ehevertrag vereinbarten fortgesetzten Gütergemeinschaft besteht nicht notwendigerweise ein Widerspruch.**
2. **Ist zweifelhaft, ob Ehegatten in Gütergemeinschaft gelebt haben, kann der vom Grundbuchamt zur Eintragung des überlebenden Ehegatten verlangte Nachweis des gesetzlichen Güterstands durch eidesstattliche Versicherung erbracht werden.**

BayObLG, Beschluss vom 24.2.2003, 2Z BR 137/02; mitgeteilt von Notarassessor *Arne Everts*, Eggenfelden

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten und ihr am 9.8.2001 verstorbener Ehemann sind jeweils aufgrund Auflassung vom 22.9.1995 als Eigentümer in Güter-

gemeinschaft eines $\frac{1}{2}$ -Anteils an zwei Grundstücken im Grundbuch eingetragen. In der Urkunde heißt es, dass die Eheleute in Gütergemeinschaft verheiratet sind. Der Ehemann ist ferner aufgrund Auflassung vom 27.9.1989 als Miteigentümer zu $\frac{1}{2}$ eines weiteren Grundstücks im Grundbuch eingetragen; in der der Eintragung zugrunde liegenden notariellen Urkunde wird erklärt, der Ehemann lebe nicht im Güterstand der Gütergemeinschaft. Der Ehemann wurde aufgrund Erbvertrags vom 25.6.1975 von der Beteiligten beerbt. In diesem Erbvertrag ist ausgeführt, dass die in vertragsloser Ehe lebenden Ehegatten sich gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzen; Erbe des Längstlebenden sollen die gemeinschaftlichen Abkömmlinge sein.

Die Beteiligte hat beantragt, das Grundbuch durch Eintragung der Erbfolge dahin zu berichtigen, dass sie als Alleineigentümerin des jeweiligen Hälfteanteils eingetragen werde. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung ausgeführt, dass Zweifel am Güterstand der Eheleute bestünden. Wenn Gütergemeinschaft und deren Fortsetzung mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zwischen den Ehegatten vereinbart worden sei, falle der Anteil des Erblassers am Gesamtgut nicht in den Nachlass. Der Beteiligten werde deshalb aufgegeben, durch Vorlage einer vor dem zuständigen Nachlassgericht oder einem Notar abgegebenen eidesstattlichen Versicherung nachzuweisen, dass sie mit dem Erblasser im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt und nie einen Ehevertrag abgeschlossen habe. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beteiligte habe den ihr obliegenden Nachweis nicht erbracht, dass das Grundbuch zu ihren Gunsten zu berichtigen sei. Habe die Beteiligte mit ihrem Ehemann im Güterstand der Gütergemeinschaft gelebt und fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart, dann falle der Anteil des Erblassers an den Grundstücken nicht in den Nachlass. Obwohl sich die Eheleute im Erbvertrag vom 25.6.1975 zu Alleinerben eingesetzt hätten, habe das Grundbuchamt zu Recht bezweifelt, dass der Anteil des Erblassers an den Grundstücken zum Nachlass gehöre. Der Erblasser habe nämlich im Jahr 1995 gegenüber dem Urkundsnotar angegeben, im Güterstand der Gütergemeinschaft zu leben.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das in der Zwischenverfügung genannte Eintragungshindernis wurde von den Vorinstanzen zu Recht bejaht.

a) Die beantragte Grundbuchberichtigung setzt gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus. Die Führung eines solchen Nachweises obliegt dem Antragsteller. An den Nachweis der Unrichtigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen (BayObLGZ 1988, 102/107; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 22 Rdnr. 36). Der Nachweis ist in der Form des § 29 GBO zu führen (*Demharter*, § 22 Rdnr. 42).

b) Haben Ehegatten in Gütergemeinschaft gelebt und vereinbart, dass die Gütergemeinschaft nach dem Tod eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt wird, dann gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut nicht zum Nachlass, § 1483 Abs. 1 BGB. Die beantragte Grundbuchberichtigung darf dann nicht vorgenommen werden.

c) Der Ehemann hat am 22.9.1995 gegenüber dem Urkundsnotar erklärt, in Gütergemeinschaft verheiratet zu sein. Aus dem Erbvertrag vom 25.6.1975 ergibt sich, dass aus der

Ehe gemeinschaftliche Kinder hervorgegangen sind. Die Annahme, die Ehegatten hätten fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart, ist deshalb möglich.

Allerdings heißt es im Erbvertrag vom 25.6.1975, die Ehegatten lebten in vertragsloser Ehe. Es stellt aber jedenfalls keine ganz entfernt liegende Möglichkeit (vgl. dazu *Demharter*, § 22 Rdnr. 37) dar, dass die Ehegatten, was nach § 1408 Abs. 1 BGB möglich ist, nach Abschluss des Erbvertrags Gütergemeinschaft und deren Fortsetzung mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen vereinbart haben.

d) Zwischen der erbvertraglichen Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben und einer etwaigen späteren ehevertraglichen Vereinbarung fortgesetzter Gütergemeinschaft besteht entgegen der Auffassung der Beteiligten kein unauflösbarer Widerspruch. Es ist nämlich denkbar, dass sich dann die erbvertragliche Regelung nur auf das Vorbehalts- und Sondergut bezieht und bezüglich des nicht in den Nachlass fallenden Gesamtgutsanteils aufgrund der ehevertraglichen Regelung davon auszugehen ist, dieser solle zunächst in der Hand des überlebenden Ehegatten zusammengehalten, der Überlebende solle zu seinen Lebzeiten in der Verfügungsbefugnis über das eheliche Gesamtgut beschränkt werden (vgl. § 1487 Abs. 1, § 1419 Abs. 1 BGB) und das eheliche Gesamtgut solle nach Ableben des überlebenden Ehegatten den Abkömmlingen zufallen (vgl. BayObLG, FamRZ 1986, 1151/1153). Ein solches Ergebnis stünde hier in Übereinstimmung mit der erbvertraglichen Regelung, nach der die gemeinschaftlichen Abkömmlinge der Ehegatten Schlussfolgerungen sein sollen.

e) Der Nachweis, dass fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht vereinbart wurde, kann auch durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung erbracht werden, die der Form des § 29 GBO entsprechen muss.

Ein Nachweis durch Vorlage eines Güterrechtsregisterauszugs kommt nicht in Betracht, weil die fortgesetzte Gütergemeinschaft ins Güterrechtsregister nicht eingetragen wird (*Palandt/Brudermüller*, BGB, 62. Aufl., vor § 1483 Rdnr. 2, vor § 1558 Rdnr. 4).

Ein Nachweis durch ein Negativzeugnis entsprechend § 1507 BGB scheidet aus. Das Zeugnis des § 1507 BGB einschließlich eines Negativzeugnisses (vgl. KGJ 45, 246/250) hat das Bestehen einer Gütergemeinschaft zur Voraussetzung. Davon kann hier nicht ausgegangen werden, vielmehr soll das Nichtbestehen dem Grundbuchamt nachgewiesen werden. Im Übrigen ergibt sich aus § 35 Abs. 2 GBO, dass der Nichteintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht ausschließlich durch ein negatives Zeugnis des Nachlassgerichts nach § 1507 BGB bewiesen werden kann (OLG Frankfurt, Rpfleger 1978, 412).

Eine eidesstattliche Versicherung ist als ein auch im Grundbuchantragsverfahren ausnahmsweise zu berücksichtigendes Beweismittel anerkannt (vgl. BayObLGZ 2000, 167/170 f.). Die eidesstattliche Versicherung als Nachweis für die negative Tatsache, dass fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht vereinbart ist, ist als zulässig anzusehen, weil die Lücke im Nachweis der Erbfolge in einem Fall wie hier praktisch nicht anders geschlossen werden kann.

III.

Für das weitere Verfahren wird für den Fall, dass die Beteiligte nachgewiesen hat, im gesetzlichen Güterstand gelebt zu haben, auf die Entscheidung des Senats vom 5.9.2002 (BayObLGZ 2002, 284) hingewiesen. Danach kann von einer Voreintragung der Eheleute als Bruchteileigentümer je zur Hälfte im Grundbuch nicht abgesehen werden, wenn die Ehe-

leute im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks in Gütergemeinschaft eingetragen sind, tatsächlich aber im gesetzlichen Güterstand leben und deshalb materiell-rechtlich Bruchteilseigner zu je $\frac{1}{2}$ sind und wenn der Ehemann seinen Anteil der Ehefrau überträgt und dies im Grundbuch eingetragen werden soll. Dieser Grundsatz ist auch in einem Fall wie hier anzuwenden, wenn die Übertragung des Anteils des Ehemanns durch Erbgang erfolgt. Ein Fall des § 40 GBO liegt nicht vor, weil die Grundbuchberichtigung durch Voreintragung der Eheleute als Bruchteilseigentümer je zur Hälfte von dieser Vorschrift nicht erfasst wird.

Anmerkung:

Dem Gericht lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Die Antragstellerin, die aufgrund Erbvertrages vom 25.6.1975 Alleinerbin nach ihrem verstorbenen Ehemann geworden ist, beantragt, sie im Wege der Grundbuchberichtigung als Alleineigentümerin im Grundbuch einzutragen. Dabei bezieht sich dieser Eintragungsantrag einmal auf einen $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an zwei Grundstücken, hinsichtlich dessen die Antragstellerin und ihr verstorbener Ehemann als Miteigentümer in Gütergemeinschaft eingetragen sind, und einmal auf einen $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der laut Grundbuchvortrag nur dem verstorbenen Ehemann allein zustand. Die Eintragung der Ehegatten in Gütergemeinschaft hinsichtlich des $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteils an den beiden Grundstücken erfolgte aufgrund Auflassung vom 22.9.1995. Dabei hatte der verstorbene Ehemann dem beurkundenden Notar gegenüber angegeben, mit seiner Ehefrau im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratet zu sein. Die Eintragung des Ehemannes als Eigentümer des $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteils an dem anderen Grundstück erfolgte aufgrund Auflassung vom 27.9.1989. In dieser Urkunde wurde erklärt, dass der Ehemann nicht im Güterstand der Gütergemeinschaft lebe. Das Grundbuchamt und dieses bestätigend das Landgericht und auch das BayObLG verlangten nun zur Grundbuchberichtigung die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung, dass die Antragstellerin und ihr verstorbener Ehemann nicht die fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart haben, da sonst die Miteigentumsanteile an den Grundstücken nicht in den Nachlass des verstorbenen Ehemannes gefallen wären.

Der Entscheidung des BayObLG kann nicht gefolgt werden. Vielmehr hätte die Grundbuchberichtigung aufgrund des vorgelegten Erbvertrages samt Eröffnungsniederschrift nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO erfolgen können. Zwar liegt kein Fall eines Antragsverfahrens vor, das sich auf eine abgegebene Bewilligung stützt, so dass die ansonsten im Grundbuchverfahren wie auch im Zivilprozess geltenden Beweislastgrundsätze keine Anwendung finden. Der Antragsteller hätte dabei nur die Tatsachen hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Eintragungsvoraussetzungen nachzuweisen; für Einwendungen und Einreden hätte das Grundbuchamt die Darlegungslast (BayObLG, MittBayNot 1989, 307). Im Bewilligungsverfahren kann das Grundbuchamt eine Eintragung wegen fehlender Nachweise zu Tatsachen, für die es selbst die Beweislast hat, nur dann zurückweisen, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder gerichtsbekanntem Tatsachen die Unwirksamkeit der Eintragungsgrundlage ergibt. Das Gericht muss aufgrund feststehender Tatsachen zur sicheren Kenntnis oder Überzeugung kommen, dass durch die begehrte Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde. Bloße Zweifel des Gerichts genügen insoweit nicht (Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Anh. zu § 13 Rdnr. 29).

Anders verhält es sich hingegen im hier vorliegenden Verfahren der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO. Das Gericht

hat an den Nachweis der Unrichtigkeit besonders strenge Anforderungen zu stellen (Demharter, § 22 Rdnr. 37). Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit für die begehrte Eintragung genügt nicht. Der Antragsteller hat hierbei auch alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der neuen Eintragung entgegenstehen würden (BayObLG, Rpfleger 1992, 19). Ganz entfernte Möglichkeiten brauchen aber nicht widerlegt zu werden (Demharter, § 22 Rdnr. 37).

Wenn auch im vorliegenden Berichtigungsverfahren die strengeren Beweisanforderungen zu stellen sind, so hätte die Grundbuchberichtigung trotzdem erfolgen können. Denn im vorliegenden Fall ist die Tatsache, dass die Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft vereinbart haben, als eine der ganz entfernten Möglichkeiten anzusehen, die auch im Berichtigungsverfahren nicht widerlegt zu werden brauchen. Dafür spricht zunächst einmal die Tatsache, dass Vereinbarungen über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft in der Praxis wohl nahezu nicht mehr vorkommen. Als wesentlich gewichtigeres Argument ist hier jedoch die Tatsache heranzuziehen, dass die Erbfolge durch Vorlage eines Erbvertrages mit gerichtlicher Eröffnungsniederschrift nachgewiesen wurde und sich aus dieser Eröffnungsniederschrift offensichtlich nur das Vorliegen dieses einen Erbvertrages vom 25.6.1975 ergab. Wären weitere notarielle Urkunden existent, nach deren Inhalt die Erbfolge geändert wird – also insbesondere ein Ehevertrag in dem die Gütergemeinschaft, sei es mit oder ohne Fortsetzung mit den Abkömmlingen, zwischen der Antragstellerin und deren verstorbenen Ehemann vereinbart worden ist – so wäre der beurkundende Notar aufgrund der Gemeinsamen Bekanntmachung über die Benachrichtigung in Nachlasssachen verpflichtet gewesen, das Geburtsstandesamt der Vertragsteile vom Vorliegen eines solchen Vertrages zu unterrichten. Bei Bekanntwerden des Todes des verstorbenen Ehemannes der Antragstellerin hätte dessen Geburtsstandesamt den verwahrenden Notar vom Tod unterrichtet, und der Notar hätte den Ehevertrag an das zuständige Nachlassgericht abgeliefert. Da ein entsprechender Vertrag dem Nachlassgericht jedoch nicht vorlag, ist davon auszugehen, dass ein solcher auch nicht existierte. Dem Antragsteller hier die Verpflichtung aufzuerlegen, die Möglichkeit auszuräumen, dass die an sich schon sehr unwahrscheinliche Fortsetzung der Gütergemeinschaft vereinbart wurde und zusätzlich auch noch die notariellen und standesamtlichen Mitteilungspflichten nicht eingehalten wurden, überspannt die Anforderungen selbst im strengen Grundbuchberichtigungsverfahren.

Darüber hinaus hätte der Nachweis, dass die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, auch durch den vorgelegten Erbvertrag als geführt gelten können. Es ist allgemein anerkannt, dass der Nachweis über den Nichteintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht nur durch den die Gütergemeinschaft vereinbarenden Ehevertrag, sondern auch durch eine Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Form nachgewiesen werden kann, in der sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben (LG Marburg, Rpfleger 200, 70; Demharter, § 35 Rdnr. 51; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 824). Zwar ist dem BayObLG zuzugeben, dass dies im Grundsatz nur dann angenommen werden kann, wenn die Verfügung von Todes wegen von Ehegatten errichtet wird, die bereits im Güterstand der Gütergemeinschaft leben oder jedenfalls im selben Vertrag die Gütergemeinschaft vereinbaren. Der – zumindest konkludent – zum Ausdruck gebrachte Wille, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den gemeinsamen Abkömmlingen auszuschließen, setzt jedenfalls die gedankliche Auseinandersetzung mit dem Bestehen der Gütergemeinschaft voraus. Beim Abschluss eines Erbvertrages zwischen Ehegatten, die

weder im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratet sind noch diesen Güterstand gleichzeitig vereinbaren, kann davon nicht ausgegangen werden. Ein Wille, die fortgesetzte Gütergemeinschaft auszuschließen, kann dem Erbvertrag vom 25.6.1975, den die Ehegatten nach ihrer Erklärung im gesetzlichen Güterstand lebend errichtet haben, daher nicht entnommen werden.

Allerdings ist dem Erbvertrag auch gerade kein Wille zu entnehmen, die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft zu vereinbaren. Demnach kann der Nachweis, dass die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht vereinbart wurde, nur dann vom Gericht gefordert werden, wenn ein Anhaltspunkt für die Änderung des Willens der Ehegatten hin zur Vereinbarung der Gütergemeinschaft *und* zu deren Fortsetzung mit den gemeinsamen Abkömmlingen besteht und diese Willensänderung nicht völlig fern liegend ist. Ein derartiger Anhaltspunkt bestand aus den oben aufgeführten Gründen (Fehlen einer weiteren Mitteilung in Nachlasssachen) jedoch gerade nicht, so dass der vorgelegte Erbvertrag zum Nachweis des Nichtbestehens einer fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgereicht hätte.

Notar Michael Trautner, Eschenbach i. d. OPf.

4. GBO § 45 Abs. 3; BGB § 1030 (*Kein Rangvermerk bei Bruchteilsnießbrauchsrechten an Teilen eines Miteigentumsanteils*)

Werden an Teilen eines Miteigentumsanteils verschiedene Bruchteilsnießbrauchsrechte eingeräumt, stehen diese im Gegensatz zum Quotennießbrauch in keinem Rangverhältnis zueinander. Ein Rangvermerk ist daher weder notwendig noch zulässig. (Leitsatz des Rezensenten)

LG München I, Beschluss vom 7.4.2003, 13 T 6461/03; mitgeteilt von Notar Dr. *Eduard Wufka*, Starnberg

Zum Sachverhalt:

Mit notarieller Urkunde vom 22.11.2002 übertrug die Beteiligte zu 1) einen ideellen Miteigentumsanteil an einem Grundstück von $\frac{1}{18}$ an ihre Tochter T. Letztere bewilligte zugunsten der Beteiligten zu 1) in der genannten Urkunde die Eintragung eines Nießbrauchs sowie die Eintragung eines aufschiebend bedingten Nießbrauchs zugunsten des Beteiligten zu 2). Für den Rang wurde bestimmt, dass der Nießbrauch für die Beteiligte zu 1) dem des Beteiligten zu 2) vorgehen solle. Gleichfalls am 22.11.2002 überließ der Beteiligte zu 2) mit Urkunde desselben Notars $\frac{1}{18}$ des ideellen Miteigentumsanteils an dem Grundstück gleichfalls an die T. Letztere bewilligte zugunsten des Beteiligten zu 2) in der genannten Urkunde die Eintragung eines Nießbrauchs sowie die Eintragung eines aufschiebend bedingten Nießbrauchs zugunsten der Beteiligten zu 1). Für den Rang wurde bestimmt, dass der Nießbrauch für den Beteiligten zu 2) dem der Beteiligten zu 1) vorgehen solle. Beide Urkunden gingen beim Grundbuchamt gleichzeitig zum Vollzug ein.

Die Tochter wurde als Eigentümerin zu $\frac{1}{9}$ eingetragen. An ihrem Miteigentumsanteil wurden die Nießbrauchsrechte (Abt. II, Nr. 10–13) eingetragen, wobei im Grundbuch folgende Gleichrangvermerke angebracht wurden:

Das Recht II/10 hat Gleichrang mit II/12,13.

Das Recht II/11 hat Gleichrang mit II/12,13.

Das Recht II/12 hat Gleichrang mit II/10,11.

Das Recht II/13 hat Gleichrang mit II/10,11.

Gegen die Eintragung der Gleichrangvermerke legten die Beteiligten Beschwerde ein. Sie trugen im Wesentlichen vor, dass ein Rangverhältnis zwischen den Nießbrauchsrechten eingetragen unter Nr. 10 und 11 einerseits und eingetragen unter Nr. 12 und 13 andererseits nicht bestehen könne, weil der Gegenstand der Belastung nicht der-

selbe sei. Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab und führte aus, es sei zwar möglich, einen Teil eines Miteigentumsanteils mit einem Nießbrauch zu belasten. Einzutragen sei der Nießbrauch jedoch am gesamten Miteigentumsanteil.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Beschwerde ist zulässig.

Die Kammer legt den Vortrag der Beschwerdeführer dahingehend aus, dass sie die Löschung der eingetragenen Gleichrangvermerke begehren.

Gemäß § 71 Abs. 2 GBO ist die Beschwerde bei Eintragungen nur beschränkt möglich. Dies gilt allerdings nicht, wenn eine Eintragung nicht unter öffentlichem Glauben steht (BGHZ 64, 194, 196; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 71 Rdnr. 45). So liegt der Fall hier, da ein Rangverhältnis zwischen den eingetragenen Nießbrauchsrechten unter laufender Nummer 10 und 11 sowie den Nießbrauchsrechten unter laufender Nummer 12 und 13 ausgeschlossen [ist]. Ein Gleichrang kann daher auch nicht gutgläubig erworben werden. Die Beschwerde ist formgerecht beim Grundbuchamt eingelegt worden, § 73 GBO.

2. Die Beschwerde ist begründet, weil die Eintragung der Rangvermerke unter Verletzung von § 45 Abs. 3 GBO erfolgte und daher die Eintragung rechtsfehlerhaft ist.

a) Gemäß § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO ist bei gleichzeitig gestellten Eintragungsanträgen im Grundbuch zu vermerken, dass die Eintragungen den gleichen Rang haben. Dieses Vermerks bedarf es nach § 45 Abs. 3 GBO nicht, wenn zwischen den vorzunehmenden Eintragungen ein Rangverhältnis nicht besteht.

Da im vorliegenden Fall die Eintragungsanträge gleichzeitig beim Grundbuchamt eingingen, ist demnach grundsätzlich ein Rangvermerk anzubringen.

Dies gilt jedoch gemäß § 45 Abs. 3 GBO nicht, wenn ein Rangverhältnis zwischen den eingetragenen Rechten nicht besteht. Ein Rangverhältnis regelt die Reihenfolge, in der mehrere an *einem* Grundstück bestehende Rechte verwirklicht und bei der Zwangsversteigerung bzw. -verwaltung berücksichtigt und befriedigt werden (*Demharter*, § 45 Rdnr. 2; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl., § 879 Rdnr. 1 f.).

Ein Rangverhältnis zwischen verschiedenen Rechten kann begrifflich daher nur dann bestehen, wenn die betroffenen Rechte *dieselbe* „Haftungsmasse“ betreffen (MünchKommBGB, 3. Aufl., § 879 Rdnr. 7, dort Fn. 24). Werden verschiedene Grundstücke oder auch verschiedene ideelle Bruchteile eines Grundstücks jeweils mit einem dinglichen Recht belastet, liegen verschiedene Zugriffsobjekte vor. Die eingetragenen dinglichen Rechte belasten unabhängig nebeneinander. Ein Rangverhältnis zwischen ihnen besteht nicht (*Bauer/v. Oefele*, GBO, § 45 Rdnr. 13; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 45 Rdnr. 12; KEHE, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 45 Rdnr. 7).

Bei der Bestellung eines Nießbrauchs sind folgende Haftungsobjekte zu unterscheiden.

Ein Nießbrauch kann bestellt werden am gesamten Grundstück, so dass auch dieses in seiner Gesamtheit haftet. Es ist auch zulässig, einen ideellen Bruchteil eines Grundstücks mit einem Nießbrauch zu belasten (BayObLGZ 1985, 6, 9). In diesem Fall besteht das Haftungsobjekt nur aus dem ideellen Miteigentumsanteil. Zusätzlich ist anerkannt, dass ein Miteigentümer eines Grundstücks nicht nur seinen ideellen Mit-

eigentumsanteil im Ganzen mit einem Nießbrauch belasten kann, sondern dass er die Belastung auf einen ideellen Bruchteil seines Miteigentumsanteils beschränken kann (*Bauer/v. Oefele*, AT III Rdnr. 511, dort beschrieben als „Bruchteil vom Bruchteil“; *Staudinger/Frank*, BGB, Bearb. 2002, § 1030 Rdnr. 22).

Wird nur ein (ideeller) Grundstücksbruchteil mit einem Nießbrauch belastet, so spricht man vom „Bruchteilsnießbrauch“. Dabei lastet ein ungeteilter Nießbrauch an einem ganzen Miteigentumsanteil oder auch an einem ideellen Bruchteil eines Miteigentumsanteils (*Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 37).

Beim Bruchteilsnießbrauch ist daher Gegenstand der Belastung nur ein ideeller Anteil des Grundstück; daran hat der Nießbraucher das Recht auf alle Nutzungen (*Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 40).

b) Im vorliegenden Fall bedeuten diese Grundsätze:

Beide Beschwerdeführer haben ihrer Tochter jeweils einen ideellen $\frac{1}{18}$ -Miteigentumsanteil überlassen und nach dem Wortlaut der notariellen Urkunde am jeweiligen Überlassungsgegenstand einen ungeteilten Nießbrauch begründet. Der zugunsten der Beschwerdeführerin zu 1) bestellte Nießbrauch belastet ihren ehemaligen Miteigentumsanteil ($\frac{1}{18}$). Gleiches gilt hinsichtlich des vom Beschwerdeführer zu 2) übertragenen Miteigentumsanteils.

Dies wird auch vom Grundbuchamt nicht bezweifelt. Es hat vielmehr (...) zutreffend ausgeführt, es sei zulässig, einen Teil eines Miteigentumsanteils mit einem Nießbrauch zu belasten. Einzutragen sei dieses Recht jedoch gleichwohl am ganzen ideellen Miteigentumsanteil des Nießbrauchbestellers.

Dem Grundbuchamt ist insoweit zuzustimmen, dass grundsätzlich ein Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks nicht gesondert belastet werden kann (*Bay-ObLG*, Rpfleger 1968, 211, 222; *Demharter*, § 7 Rdnr. 19). Hierauf dürften sich auch die Ausführungen des Grundbuchamts im Nichtabhilfebeschluss zur Eintragung mehrerer Auflassungsvormerkungen beziehen. Allerdings ist diese Regel auf den Nießbrauch nicht anwendbar (*Demharter*, § 7 Rdnr. 19).

Bei dem hier vorliegenden Bruchteilsnießbrauch haftet nicht der gesamte Miteigentumsanteil, sondern nur ein Bruchteil davon. Eine Eintragung hat daher auch nur am haftenden Bruchteil zu erfolgen.

Da aber für den Nießbrauch der Beschwerdeführerin zu 1) einerseits und des Beschwerdeführers zu 2) andererseits unterschiedliche ideelle Bruchteile des Eigentums haften, liegen unterschiedliche Haftungsmassen vor. Ein Rangverhältnis zwischen den eingetragenen Rechten besteht folglich nicht.

Diese Ungenauigkeit der Grundbucheintragung ist durch Löschung der Gleichrangvermerke richtig zu stellen. Der Inhalt des eingetragenen Rechts wird dadurch nicht tangiert.

Etwas anderes würde bei der Eintragung eines so genannten Quotennießbrauchs gelten. Dabei wird ein ganzes Grundstück bzw. ein ganzer Miteigentumsanteil mit dem Bruchteil eines Nießbrauchs belastet (vgl. *LG Wuppertal*, Rpfleger 1995, 209). Bei einer derartigen Konstruktion ist Haftungsgegenstand dann das gesamte Grundstück bzw. der gesamte Miteigentumsanteil. Daran erhält dann der Nießbraucher die Nutzungen zu einer Quote (*Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 40). Der Quotennießbrauch ist demnach auch am gesamten Grundstück bzw. Miteigentumsanteil einzutragen. Ein Quotennießbrauch liegt aber hier nach der eindeutigen Fassung der notariellen Urkunden nicht vor.

Anmerkung:

Die Quote macht's! Diese für manche Fernsehsender lebenswichtige Frage spielt auch im Nießbrauchsrecht eine Rolle, wengleich auch nicht was die Höhe der Quote betrifft, sondern ihre Abgrenzung zum Bruchteil. Die Unterscheidung zwischen Bruchteils- und Quotennießbrauch ist nicht immer einfach (vgl. *Staudinger/Frank*, BGB, Bearb. 2002, § 1030 Rdnr. 41) und wird häufig verkannt, wie auch die vorliegende Entscheidung zeigt. Die Abgrenzung spielt in der Praxis nicht nur eine Rolle, wenn dem Nießbraucher nur ein Teil der Nutzungen einer Sache zustehen soll, sondern auch dann, wenn der Nießbrauch zugunsten mehrerer Personen gemeinschaftlich bestellt wird. Neben der im letzten Fall verbreiteten und zulässigen Bestellung zur Mitberechtigung nach § 428 BGB (hierzu *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1030 Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl., § 1030 Rdnr. 4; *Schippers*, MittRhNotK 1996, 197, 207 f.) besteht auch die Möglichkeit der Einräumung in Bruchteilsberechtigung nach §§ 741 ff. BGB (*Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, 310 f.; *Münch-Komm/Petzoldt*, § 1030 Rdnr. 16; *Bauer/v. Oefele/Bayer*, Grundbuchrecht, AT Rdnr. III 524). In diesem Fall stehen jedem Nießbraucher – wengleich auch in Gemeinschaft mit den anderen Nießbrauchsberechtigten – die Nutzungen nur zu einem Bruchteil zu. Fällt einer der Nießbraucher weg, lebt in Höhe dessen Nutzungsquote das Nutzungsrecht des Eigentümers wieder auf (*Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 38 und § 1061 Rdnr. 4 m. w. N.). Da in einem solchen Fall aber die ganze Sache mit dem Nießbrauch belastet ist, entsteht hier ein sog. *Quotennießbrauch* (*Schippers*, a. a. O., S. 207) und kein Bruchteilsnießbrauch, der also nicht mit dem Nießbrauch in Bruchteilsberechtigung zu verwechseln ist. Der Quotennießbrauch kann aber nicht nur beim Wegfall eines von mehreren Bruchteilsberechtigten entstehen, sondern auch von vornherein in der Weise bestellt werden, dass dem Nießbraucher nur ein Teil der gesamten Nutzungen der Sache zusteht (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1366; *BGH*, DNotI-Report 2003, 134; *LG Wuppertal*, MittRhNotK 1994, 317). Da mit dem Nießbrauch aber auch nur der Anteil eines Miteigentümers belastet werden kann (§ 1066 BGB) und wegen der Möglichkeit, nach § 1030 Abs. 2 BGB den Nießbrauch inhaltlich zu beschränken, wurde es schon immer als zulässig angesehen, nur den Bruchteil einer im Allein- oder Miteigentum einer Person stehenden Sache mit einem Nießbrauch zu belasten (*Soergel/Stürner*, § 1030 Rdnr. 6; *Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, § 1030 Rdnr. 28; *Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 21 ff.; aM DNotI-Report 2003, 134). Die Zulässigkeit dieses sog. *Bruchteilsnießbrauchs* folgt auch aus der Tatsache, dass im Nießbrauchsrecht eine dem dinglichen Vorkaufrecht, der Reallast, Hypothek, Grund- und Rentenschuld vergleichbare Regelung des Inhalts fehlt, wonach nur der Anteil eines Miteigentümers belastet werden kann. Eine im Ersten Entwurf des BGB vorgesehene entsprechende Regelung (§ 981) wurde gestrichen, weil man sie für selbstverständlich erachtete (Prot. II 384). Aus § 7 GBO lässt sich für die Zulässigkeit des Bruchteilsnießbrauchs allerdings (entgegen der Meinung des *LG München*) nichts entnehmen, denn die Vorschrift regelt zum einen nur die grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung und ist nur auf Belastung realer Grundstücksteile anwendbar (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 9). Kennzeichnend für den Bruchteilsnießbrauch ist die Tatsache, dass dem Nießbraucher die (vollen) Erträge des belasteten Teils einer Sache zustehen und der Nießbrauch die Sache nicht als Ganzes erfasst, während der Quotennießbrauch die ganze Sache belastet und dem Nießbraucher nur ein Teil der Gesamterträge hieraus gebühren. Damit gibt es beim Bruchteilsnießbrauch einen belasteten und einen unbelasteten Teil, nicht aber beim Quotennießbrauch.

Vor diesem Hintergrund verdient die vorliegende Entscheidung des LG München volle Zustimmung: Die Eltern übertrugen nach dem mitgeteilten Sachverhalt offenbar aus steuerlichen Erwägungen Bruchteile eines Grundstücks an ihre Tochter und wollten sich die Erträge hieran vorbehalten, jedoch in der Weise, dass diese jedem der Übergeber zunächst für seinen übertragenen Miteigentumsanteil zustehen sollten und erst nach dessen Ableben dem überlebenden Elternteil. Daher wurde der Nießbrauch nur an dem jeweils übertragenen ursprünglichen Miteigentumsanteil von $\frac{1}{18}$ bestellt. Dafür spricht nicht zuletzt die Übertragung und Nießbrauchseineräumung in getrennten Urkunden. Auch wenn die Tochter (Nießbrauchsbesteller) im Grundbuch als Eigentümer eines dann (insgesamt) $\frac{1}{9}$ -Miteigentumsanteils eingetragen wurde, war eine Bruchteilsbelastung dieses einheitlichen Miteigentumsanteils zulässig. Aus den oben genannten Gründen entstand hier auch nicht ein einheitliches Recht in der Form eines Nießbrauchs in Bruchteilsgemeinschaft, sondern nebeneinander bestehende, selbständige Nießbrauchsberechtigungen an unterschiedlichen Teilen dieses Miteigentumsanteils. Das gleiche Recht wurde daher nicht unterschiedlich belastet, wie es für ein Rangverhältnis notwendig ist, vielmehr wurden eigenständige Belastungen an verschiedenen Miteigentumsbruchteilen begründet. Damit bleibt aber kein Raum für ein Rangverhältnis (*Staudinger/Kutter*, BGB, Bearb. 2000, Rdnr. 6; KGJ 52, 213). Ein solches bestand nur zwischen den für den Übergeber und aufschiebend bedingt für dessen Ehepartner bestellten Nießbrauchsrechten an den ursprünglichen Miteigentumsanteilen. Der Rangvermerk zwischen den Rechten in Abt. II lfd. Nr. 10 und 11 einerseits und Nr. 12 und 13 andererseits war damit im vorliegenden Fall nicht nur überflüssig, sondern inhaltlich unzulässig, so dass sich an die Eintragung ein Gutgläubenserwerb nicht anschließen konnte und damit auch der Weg zur Beschwerde eröffnet war.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

5. EheG a. F. §§ 15 a, 17 Abs. 2 (EGBGB n. F. Art. 13 Abs. 3 Satz 2; BGB n. F. § 1310); GG Art. 6 Abs. 1 (*Unwirksame Eheschließung durch Geistlichen und anwaltliche Hinweispflicht*)

Eine vor einem nicht gemäß § 15 a Abs. 1 EheG ermächtigten Geistlichen in Deutschland geschlossene Ehe kann zivilrechtlich nicht allein durch ein Zusammenleben der Verheirateten als Ehegatten geheilt werden.

BGB §§ 675, 276, 1310 Abs. 1 (EheG a. F. § 11 Abs. 1)

Den Grundsatz, dass Ehen in Deutschland regelmäßig nur unter Mitwirkung eines Standesbeamten wirksam geschlossen werden können, muss jeder Rechtsanwalt beachten, der einen Mandanten in einer eherechtlichen Auseinandersetzung berät.

BGB §§ 675, 249, 254, 839 Abs. 2 Satz 1

Betreibt ein Rechtsanwalt eine Ehescheidungsklage für einen Mandanten, obwohl dieser erkennbar keine wirksame Ehe geschlossen hatte, so wird die Haftung des Anwalts für die Schäden, die dem Mandanten aus der Scheidung erwachsen, regelmäßig nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass auch das Familiengericht das Vorliegen einer Nichtehe hätte erkennen und deswegen die Scheidungsklage hätte abweisen müssen.

BGH, Urteil vom 13.3.2003, IX ZR 181/99; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

6. BGB § 2265 (*Gemeinschaftliches Testament in getrennten Urkunden*)

- Ein gemeinschaftliches Testament scheidet nicht schon deshalb aus, weil die Ehegatten in zwei getrennten Urkunden testiert haben.**
- Haben die Eheleute ohne Bezugnahme aufeinander in getrennten Schriftstücken ihre letztwilligen Verfügungen getroffen, liegt ein gemeinschaftliches Testament jedoch nur dann vor, wenn den beiden Testamentsurkunden selbst eine gemeinschaftliche Erklärung zu entnehmen ist (Anschluss an Senat, FGPrax 2000, 244).**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.7.2002, 3 W 82/02; mitgeteilt von Wilfried Hengesbach, Richter am OLG

Aus den Gründen:

(...)

1. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht angenommen, dass die Erblasserin ihr eigenhändiges Testament vom 29.11.1987, in dem sie die Beteiligte zu 1) als Alleinerbin eingesetzt hatte, durch das notarielle Testament vom 5.9.2000 wirksam widerrufen hat. Sie war dabei nicht durch ein gemeinschaftliches Testament in ihrer Testierfreiheit beschränkt.

Hierzu hat das Landgericht ausgeführt, dass die von der Erblasserin am 29.11.1987 und von ihrem vorverstorbenen Ehemann am 6.10.1987 inhaltsgleich errichteten letztwilligen Verfügungen nicht als ein gemeinschaftliches Testament im Sinne von § 2265 BGB anzusehen seien. Nur ein solches Testament hätte jedoch wechselbezügliche Verfügungen im Sinne von § 2270 Abs. 1 und 2 BGB enthalten können, an die die Erblasserin gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BGB gebunden gewesen wäre. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

a) Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass ein gemeinschaftliches Testament im Sinne von § 2265 BGB nicht schon deshalb ausscheidet, weil die Eheleute in zwei getrennten Urkunden testiert haben. Das ist richtig, denn die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in getrennten Urkunden wird allgemein für zulässig erachtet (BayObLG, FamRZ 1991, 1485, 1486; FamRZ 1993, 240, 241; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 61. Aufl., Einf. vor § 2265 Rdnr. 9).

b) Haben Eheleute ihren letzten Willen – wie hier – ohne Bezugnahme aufeinander in getrennten Schriftstücken niedergelegt, liegt ein gemeinschaftliches Testament jedoch nur dann vor, wenn ihr Wille, gemeinsam letztwillig über ihren Nachlass zu verfügen, zu einer gemeinschaftlichen Erklärung geführt hat, die aus den beiden Einzeltestamenten selbst nach außen erkennbar ist. Diese – vom Senat geteilte – Auffassung beruht auf der Erwägung, dass sich nur auf diese Weise sowohl eine unnötige Formstrenge vermeiden als auch die der Rechtssicherheit entsprechende zuverlässige Wiedergabe des Willens des Erblassers sicherstellen lässt (BGHZ 9, 113, 115 ff.; Senat, FamRZ 2001, 518; BayObLG, jew. a. a. O.; OLG Köln, OLGZ 1968, 321, 322 ff.; OLG Celle, OLGZ 1969, 84, 87; OLG Frankfurt am Main, OLGZ 1978, 267, 268 ff.; OLG Hamm OLGZ 1979, 262, 265 f.; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., vor § 2265 Rdnr. 7; *Palandt/Edenhofer*, a. a. O.). Die Ausführungen von *Pfeiffer* (FamRZ 1993, 1266), auf die sich die Rechtsbeschwerde beruft, geben dem Senat schon deshalb keinen Anlass zu einer Abweichung von der gefestigten Rechtsprechung, weil dort die auch von den Gerichten vertretene Andeutungstheorie nicht in Frage gestellt wird (a. a. O., S. 1271). Die von der weiteren Beschwerde hervorgehobene

Kritik an der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 11.2.1991, BReg. 1 a Z 66/90 (FamRZ 1991, 1485) knüpft lediglich an die Umstände des dort entschiedenen Einzelfalles an (vgl. Pfeiffer, a. a. O.; ebenso Soergel/Wolf, a. a. O., § 2265 Rdnr. 3).

aa) Das Landgericht hat es rechtsfehlerfrei abgelehnt, aus dem Inhalt der eigenhändigen Testamente vom 6.10. und 29.11.1987 den Schluss zu ziehen, die Eheleute hätten gemeinschaftlich testiert. Eine gemeinschaftliche Erklärung ist nämlich, auch wenn man alle von der Rechtsbeschwerde angeführten Umstände zusammennimmt, den beiden Testamenten der Ehegatten selbst nicht zu entnehmen. Dass sie am selben Ort in einem zeitlichen Abstand von knapp acht Wochen errichtet worden sind und sich nach Inhalt und Fassung in allen wesentlichen Punkten gleichen, ist angesichts der entscheidenden Tatsache, dass die Eheleute nicht als gemeinschaftlich handelnd (erklärend) aufgetreten sind, unerheblich. Nach außen sind die beiden Testamente selbständige Einzelverfügungen geblieben und in keiner Weise – jedenfalls nicht aus den Urkunden selbst erkennbar – als Einheit anzusehen. Jeder Ehegatte hat sein Testament für sich ohne Bezugnahme auf die letztwillige Verfügung des anderen errichtet. So haben beide Eheleute etwa die Worte „ich“ und „mein gesamtes Vermögen“ verwendet (vgl. BGHZ 9, 17; BayObLG, FamRZ 1991, 1485, 1486; FamRZ 1993, 240, 241; OLG Köln, OLGZ 1968, 321, 322; OLG Hamm, OLGZ 1979, 262, 266 f.).

bb) Geben – wie hier – Einzeltestamente von Eheleuten selbst keinen Anhalt dafür, dass es sich um ein gemeinschaftliches Testament handelt, kommt es nach der vom Senat geteilten Auffassung der Rechtsprechung nicht darauf an, ob der Wille der Ehegatten, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, auf andere Weise, d. h. durch außerhalb der Testamente liegende Umstände, erweisbar ist (vgl. die Zitate unter Ziff. 1. b). Insoweit kommt es auf die von der weiteren Beschwerde vorgetragene Indizien für eine übereinstimmende Willensbildung der Eheleute nicht an.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

7. BGB § 168; HGB §§ 12 Abs. 2, 162 Abs. 1 und 3 (*Nachweis der Erbfolge in Kommanditanteil durch Erbschein auch bei Generalvollmacht über den Tod hinaus*)

Bei der Anmeldung des Ausscheidens des verstorbenen Kommanditisten und des Eintritts seiner Erben in die Gesellschaft ist die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis einer auf privatschriftlichem Testament beruhenden Erbfolge auch dann regelmäßig erforderlich, wenn die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten des verstorbenen Kommanditisten aufgrund einer über den Tod hinaus erteilten Generalvollmacht erfolgt.

KG, Beschluss vom 12.11.2002, 1 W 462/01

Aus den Gründen:

(...)

2. (...) Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Erbfolge nach der verstorbenen Kommanditistin vorliegend gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen ist und die Vorlage eines

Erbscheins nicht deshalb entbehrlich ist, weil die Beteiligten nicht nur Testamentsvollstrecker über den Nachlass der Erblasserin sind, sondern auch durch die ihnen erteilte notarielle Generalvollmacht vom 11.2.1993 zu ihrer Vertretung über ihren Tod hinaus bevollmächtigt worden sind.

a) Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99 (FGPrax 2000, 249) dargelegt hat, ist gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB bei Anmeldungen, die der Rechtsnachfolger eines im Handelsregister eingetragenen Beteiligten vornimmt, die Rechtsnachfolge regelmäßig durch öffentliche Urkunden (vgl. § 415 ZPO) nachzuweisen. Es ist nicht Aufgabe des Registergerichts, die Rechtsnachfolge zu prüfen und darüber zu entscheiden, sondern Sache des Anmeldenden, diese nachzuweisen. Ebenso wenig ist es befugt, die Eintragung einer Rechtsnachfolge allein aufgrund der Angaben in der Anmeldung vorzunehmen. Soweit die Erbfolge auf gesetzlichem Erbrecht oder auf einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht, ist sie daher regelmäßig durch Erbschein (§ 2353 BGB) nachzuweisen. Letzteres ist vorliegend der Fall; die Erblasserin hat ihre Erben durch das privatschriftliche Testament vom 5.8.1998 bestimmt, während die eingereichten notariellen Erbverträge lediglich die Aussetzung von Vermächtnissen betrafen.

b) Weiter zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass ein Erbnachweis auch nicht im Hinblick auf die angeordnete Testamentsvollstreckung entbehrlich ist. Denn das von den Beteiligten eingereichte Testamentsvollstreckerzeugnis vom 22.9.1999 bezeugt gemäß §§ 2368 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 2353 BGB nur ihre Rechtsstellung als Testamentsvollstrecker, nämlich ihre wirksame Ernennung sowie den Umfang ihrer Befugnisse über den Nachlass, die entsprechend der Anordnung der Erblasserin im Testament vom 5.8.1998 auf die Auseinandersetzung des Nachlasses beschränkt sind (s. a. zum Umfang der Anmeldebefugnis des bloßen Abwicklungsvollstreckers Senat, OLGZ 1991, 261/265 m. w. N.). Es bezeugt jedoch nicht die Personen der Erben, die Gesamtrechtsnachfolger in den Kommanditanteil der Erblasserin geworden und als solche im Handelsregister einzutragen sind (vgl. Senat, FGPrax 2000, 249/250 m. w. N.). Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB bedarf es daher weiterhin der Vorlage eines Erbscheins.

Dies entspricht im Übrigen der Rechtslage im Grundbuchberichtigungsverfahren, auf die sich die Beteiligten in anderem Zusammenhang berufen. Auch soweit der Testamentsvollstrecker die Eintragung der Erben selbst im Grundbuch beantragt, hat er gemäß § 35 Abs. 1 GBO nach ganz einhelliger Auffassung regelmäßig einen Erbschein vorzulegen. Denn er ist kraft seines Amtes nicht dazu ermächtigt, aufgrund eigener verantwortlicher Prüfung die Erbfolge selbst verbindlich festzustellen. Diese Prüfung obliegt vielmehr dem Grundbuchamt. Eine Ausnahme gilt lediglich für den grundbuchmäßigen Vollzug von Verfügungen des Testamentsvollstreckers über ein Nachlassgrundstück, bei denen es gemäß § 40 GBO keiner Voreintragung der Erben (anstelle des Erblassers) bedarf (vgl. zu Vorstehendem KG, JW 1938, 122; OLG Köln, Rpfleger 1992, 342; Demharter, GBO, 24. Aufl., § 35 Rdnr. 4 und 9). Eine vergleichbare Ausnahme besteht für die Übertragung eines Kommanditanteils durch die Erben des Kommanditisten nicht, sondern es bedarf zunächst deren Eintragung als Gesamtrechtsnachfolger.

c) Schließlich hat das Landgericht frei von Rechtsfehlern die Vorlage eines Erbscheins auch nicht im Hinblick auf die den Beteiligten seitens der verstorbenen Kommanditistin erteilte Generalvollmacht vom 11.2.1993 als entbehrlich angesehen, durch die sie zu ihrer Vertretung in allen ihren Angelegenheiten, bezogen auf alle Rechtsgeschäfte und Rechts-

handlungen, die von ihr vorgenommen werden können, soweit Vertretung gesetzlich zulässig ist, bevollmächtigt worden sind und die durch ihren Tod nicht erlöschen sollte.

Es ist allgemein anerkannt, dass eine über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilte Vollmacht für und gegen die Erben wirkt und der Bevollmächtigte im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht mit Wirkung für sie – jedoch nur bezogen auf den Nachlass – alle Geschäfte vornehmen kann, zu denen der Erblasser in der Lage war. Bei entsprechendem Umfang der Vollmacht kann er daher auch Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen, wobei er das Bestehen der Vollmacht in der Form des § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB nachzuweisen hat (vgl. *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl., § 168 Rdnr. 31–34 m. w. N.).

Allerdings erscheint bereits zweifelhaft, ob eine Generalvollmacht über den Tod hinaus auch zur Anmeldung des Ausscheidens des Vollmacht gebenden Kommanditisten durch Tod und des Eintritts seiner Erben als Gesamtrechtsnachfolger zum Handelsregister ermächtigt (so aber OLG Hamburg, MDR 1974, 1022). Denn naturgemäß handelt es sich hierbei um eine Anmeldung, die der Vollmachtgeber nicht selbst hätte vornehmen können. Auch liegen der Anmeldung keinerlei rechtsgeschäftliche Vorgänge zugrunde, auf die sich eine Vollmacht nur beziehen kann. Generell ist schließlich zu berücksichtigen, dass sich für den Erben aus der Gesellschafterstellung des Erblassers zahlreiche Anmeldungen ergeben können, von denen nicht nur der Nachlass, sondern auch sein Eigenvermögen betroffen ist. Da sich die Vollmacht auf den Nachlass beschränkt, wird der Bevollmächtigte in diesen Fällen weder materiell für den Erben handeln noch Registeranmeldungen für ihn vornehmen können (vgl. *Gustavus*, GmbHR 1978, 219/222 f.). Vorliegend kann diese Frage jedoch dahingestellt bleiben, da Gegenstand dieses Verfahrens lediglich die auf Vorlage eines Erbscheins gerichtete Zwischenverfügung des Registergerichts ist.

Die Notwendigkeit des Nachweises der Erbfolge trotz Bestehens einer Vollmacht über den Tod hinaus ergibt sich wiederum aus dem Umstand, dass die Erben der ausgeschiedenen Kommanditistin zunächst als Gesamtrechtsnachfolger im Handelsregister einzutragen sind und das Registergericht sich insoweit nicht mit der Erklärung des Bevollmächtigten über den Eintritt der Rechtsnachfolge begnügen darf, sondern diese nachzuprüfen hat.

Auch dies entspricht der vergleichbaren Rechtslage im Grundbuchberichtigungsverfahren. Nach allgemeiner Meinung hat auch der über den Tod hinaus Bevollmächtigte – ebenso wie der Testamentsvollstrecker – in der Regel einen Erbschein vorzulegen, wenn er die Eintragung der Erben selbst im Grundbuch gemäß § 35 Abs. 1 GBO beantragt. Auch das Grundbuchamt kann sich nicht mit bloßen Erklärungen des Bevollmächtigten begnügen, sondern ist verpflichtet, von Amts wegen gemäß §§ 51, 52 GBO für die Eintragung des Bestehens einer Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung Sorge zu tragen, und hat daher die Erbfolge nachzuprüfen (vgl. zu Vorstehendem LG Heidelberg, NJW 1973, 1088; *Meikel/Roth*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 27; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3571 m. Fn. 10). Anderes gilt wiederum nur dann, wenn der Bevollmächtigte über ein Nachlassgrundstück verfügt. Da die Vollmacht ihn mit Wirkung gegenüber den Erben ermächtigt, alle Geschäfte vorzunehmen, zu denen der Erblasser in der Lage war, wozu auch Verfügungen über Nachlassgrundstücke gehören, genügt die Vorlage der Vollmacht zum Nachweis seiner Verfügungsbefugnis, soweit es nicht der Voreintragung der Erben bedarf (vgl. KG, DNotZ 1935, 600 = JW 1935, 2153 = JFG 12, 274;

Demharter, § 35 Rdnr. 9). Ein vergleichbarer Fall ist – wie dargelegt – hier nicht gegeben.

Die hier vertretene Auffassung steht auch nicht im Widerspruch zu der von den Beteiligten angezogenen Entscheidung des OLG Hamburg (DNotZ 1967, 30; die bereits zitierte Entscheidung MDR 1974, 1022 äußert sich zur Frage des Nachweises der Erbfolge nicht). Denn sie betraf eine durch einen über den Tod hinaus Bevollmächtigten vorgenommene Anmeldung des Wechsels des Inhabers einer Firma, dem die Übertragung einer dem Erblasser gehörenden Firma auf eine KG zugrunde lag. Aus dem Umstand, dass eine Eintragung der Erben des Inhabers als solche im Handelsregister nicht erfolgt, sondern aufgrund der Anmeldung der bisherige Inhaber zu löschen und der neue einzutragen ist, folgert das Gericht, dass es eines Nachweises der Erbfolge nicht bedürfe. Denn der Bevollmächtigte, der nach dem Tode des Inhabers die Übertragung der ihm gehörenden Firma vornimmt und den Inhaberwechsel anmeldet, handele aufgrund der Vollmacht des Erblassers und sei damit zum Nachweis der Erbfolge nicht verpflichtet (ähnlich *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhahn*, HGB, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 19: Der über den Tod hinaus Bevollmächtigte könne die Anmeldung noch im Namen des Rechtsvorgängers vornehmen und müsse dann keinen Erbnachweis vornehmen).

Es kann dahinstehen, ob der Ansicht des OLG Hamburg zu folgen ist. Denn die die Entscheidung tragende Erwägung, dass es der Eintragung der Erben des verstorbenen Inhabers nicht bedürfe, trifft – wie dargelegt – im Fall der Anmeldung des Ausscheidens eines Kommanditisten durch Tod, des Eintritts der Erben an dessen Stelle und der anschließenden Übertragung des Kommanditanteils auf einen Dritten nicht zu. Vielmehr bedarf es gerade zunächst der Eintragung der Erben als Gesamtrechtsnachfolger des ausgeschiedenen Kommanditisten im Handelsregister, so dass ein Nachweis der Erbfolge gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB nicht entbehrlich ist. Eine Anmeldung des Bevollmächtigten im Namen des Rechtsvorgängers liegt in diesem Fall naturgemäß nicht vor, so dass auf einen Erbnachweis aus diesem Grunde nicht verzichtet werden kann.

8. HGB §§ 13 d, 13 e, 13 g (*Eintragung einer Zweigniederlassung einer in einem anderen Mitgliedstaat der EU gegründeten Kapitalgesellschaft*)

Die Eintragung einer Zweigniederlassung einer in einem anderen Mitgliedstaat der EU gegründeten Kapitalgesellschaft kann nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, die Gesellschaft sei im Inland nicht rechtsfähig, weil sie im Ausland nur einen statuarischen Sitz und damit keine Hauptniederlassung habe. (Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 26.3.2003, 3 W 21/03

Zum Sachverhalt:

Die betroffene Gesellschaft ist eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft englischen Rechts (limited), die mit der deutschen GmbH vergleichbar ist, Sie wurde am 4.12.2001 gegründet und im Gesellschaftsregister für England und Wales eingetragen. Gegenstand des Unternehmens, das im Vereinigten Königreich nicht werbend tätig ist, ist die Herstellung und der Vertrieb von Video-CD-ROMs und DVDs. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 100 britische Pfund. Mit Notarurkunde vom 24.1.2002 meldete der Direktor (Ge-

schaftsführer) der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister eine Zweigniederlassung mit dem Sitz in Frankenthal (Pfalz) an. Das Amtsgericht lehnte die Eintragung mit u. a. der Begründung ab, dass die Gesellschaft nicht rechtsfähig sei, weil sie im Ausland nur einen statuarischen Sitz habe. Die dagegen eingelegte Beschwerde der Gesellschaft ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. In dessen Entscheidung vom 6.12.2002 (NJW 2003, 762; BB 2003, 542) wird ausgeführt: Zwar sei die Gesellschaft im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 5.11.2002 in der Rechtssache „Überseering“ in Deutschland als rechts- und parteifähig anzuerkennen. Indes folge daraus nicht zugleich, dass ihre Eintragung ins Handelsregister als beschränkt haftende Gesellschaft nach englischem Recht erfolgen müsse. Unabhängig davon stehe der beantragten Eintragung einer Zweigniederlassung entgegen, dass es mangels wirtschaftlicher Betätigung der Gesellschaft im Vereinigten Königreich bereits begrifflich an einer Hauptniederlassung fehle. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

(...)

II. 1. (...) Die betroffene Gesellschaft ist, wie im Weiteren noch auszuführen ist, nach ihrem dafür maßgebenden Gründungsstatut rechts- und damit am Verfahren beteiligtenfähig. Ihre Befugnis zur Einlegung der weiteren Beschwerde ergibt sich gemäß §§ 20 Abs. 2, 29 Abs. 4 FGG schon aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde.

2. Das sonach zulässige Rechtsmittel führt in der Sache zu einem jedenfalls vorläufigen Erfolg. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts ist aufzuheben, weil er – wie bereits die Entscheidung des Amtsgerichts – auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Aus den von den Vorinstanzen angeführten Gründen darf die beantragte Eintragung der betroffenen Gesellschaft in das Handelsregister nicht abgelehnt werden.

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

a) Für die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung einer beschränkt haftenden Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland in das Handelsregister gelten die §§ 13 d Abs. 1 und Abs. 2, 13 e, 13 g HGB.

Ist – wie im vorliegenden Fall – eine Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat des EG-Vertrages betroffen, sind diese Vorschriften im Lichte der Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.

b) Im Ausgangspunkt ist richtig, dass eine Registereintragung das rechtliche Bestehen, also die Rechtsfähigkeit, der betreffenden ausländischen Gesellschaft voraussetzt (BayObLGZ 1998, 195, 117 = NJW-RR 1999, 401).

Das deutsche internationale Privatrecht enthält keine Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts. Die nationale deutsche Rechtsprechung hat bisher die Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften nach der so genannten Sitztheorie beurteilt. Diese besagt, dass sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach dem Recht desjenigen Staates beurteilen, in dem sich der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung, der effektive Verwaltungssitz befindet (BGHZ 97, 269, 271; BGHZ 151, 204, 206 = ZIP 2002, 1763, 1164 = WM 2002, 1929, jeweils m. w. N.).

In Anwendung der Sitztheorie könnte die betroffene Gesellschaft nicht entsprechend ihrem Gründungsstatut als englische Limited in das Register eingetragen werden, weil sie auch nach eigener Darstellung im Vereinigten Königreich nicht geschäftlich tätig ist und ihr deshalb in Deutschland die rechtliche Anerkennung zu versagen wäre (so noch BayObLGZ, a. a. O.).

c) An dieser Rechtsauffassung kann indes, jedenfalls soweit es um Gesellschaften geht, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften wirksam gegründet worden sind und dort ihren satzungsmäßigen Sitz haben, nicht festgehalten werden.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat bereits in seiner Entscheidung „Centros“ vom 9.3.1999 in der Rechtssache C 212/97 (NJW 1999, 2027 = DB 1999, 625 = ZIP 1999, 438) festgestellt, dass eine Sachlage, in der eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründete Gesellschaft eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründen will, unter das Gemeinschaftsrecht fällt. Dass die Gesellschaft im ersten Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in dem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll, ist dabei ohne Belang (Centros Rdnr. 17). Verweigert ein Mitgliedstaat die Eintragung einer solchen Zweigniederlassung in das Handelsregister, wird diese an der Wahrnehmung ihres Niederlassungsrechts aus den Art. 43 und 48 EGV (Amsterdamer Fassung) gehindert (Centros Rdnr. 21). Ein Mitgliedstaat ist zwar berechtigt, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen (Centros Rdnr. 24). Für sich allein stellt es aber keine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Staatsangehöriger, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Denn das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, ist im Binnenmarkt unmittelbarer Ausfluss der vertraglich gewährtesten Niederlassungsfreiheit (Centros Rdnr. 27). Die Eintragung einer solchen Zweigniederlassung darf deshalb grundsätzlich nicht verweigert werden (Centros Rdnr. 38).

Auf Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs vom 30.3.2000 (DB 2000, 1114) hat der Europäische Gerichtshof seine „Centros-Rechtsprechung“ in dem Urteil „Überseering“ vom 5.11.2002 in der Rechtssache C-208/00 (NJW 2002, 3614 = ZIP 2002, 2037 = WM 2002, 2372 = BB 2002, 2402 = DNotZ 2003, 139) dahin fortentwickelt, dass es gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten und dort satzungsgemäß ansässigen Gesellschaft im Anschluss an die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Aufnahmemitgliedstaat die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen wird. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten nach Art. 43, 48 EGV verpflichtet, die Rechtsfähigkeit „zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt“ (Überseering Rdnr. 94, 95).

Dieser für die nationalen Gerichte verbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof in der Sache „Überseering“ ist der Bundesgerichtshof zwischenzeitlich gefolgt. Er hat mit Urteil vom 13.3.2003 (VII ZR 370/98) entschieden, dass eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, berechtigt ist, ihre Rechte in jedem Mitgliedstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei deshalb für die Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft deren Personalstatut maßgebend.

d) Aufgrund der vorerwähnten Entscheidungen des EuGH und des BGH in der Sache „Überseering“ darf somit die beantragte Eintragung der betroffenen Gesellschaft nicht mit der Begründung ihrer angeblich fehlenden (inländischen) Rechtsfähigkeit als Limited nach englischem Recht abgelehnt werden.

Zwar hat der EuGH in der Sache „Überseering“ unmittelbar nur über die Verlegung des faktischen Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen entschieden. Aus der Begründung der Entscheidung (Rdnr. 80, 81, 93, 95) ergibt sich jedoch, dass die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV auch die Fälle erfasst, in denen – wie hier – eine Gesellschaft wirksam nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurde und dort Rechtsfähigkeit erlangt hat, ihren faktischen Sitz aber stets nur in Deutschland hatte und dies von Anfang an so beabsichtigt war.

Auch für den hier zu entscheidenden Fall der Eintragung einer Zweigniederlassung kann im Ergebnis nichts anderes gelten (vgl. insoweit EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* vom 30.1.2003 in der Rechtssache C-167/01 „Inspire Art Ltd.“, dort insbesondere Rdnr. 76, 99, 103, DB 2003, 377 ff.).

e) Soweit das Landgericht meint, der Eintragung einer Zweigniederlassung der betroffenen Gesellschaft stehe nach deutschem Recht schon begrifflich das Fehlen einer Hauptniederlassung entgegen, wird verkannt, dass es in diesem Zusammenhang allein auf den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung ankommt. Dieser setzt, wie dem Centros-Urteil des EuGH zu entnehmen ist, das Bestehen einer Hauptniederlassung nicht voraus (vgl. dort Rdnr. 14, 17, 21, 29; ebenso bereits EuGH, Urteil vom 10.7.1986 in der Rechtssache 78/85 „Seegers“, Rdnr. 16, NJW 1987, 571, 572; siehe auch Stellungnahme des Generalanwalts *Alber* in der Sache Inspire Art, dort Rdnr. 99, 103; *Leible/Hoffmann*, BB 2003, 543, 544).

f) Nach Art. 46 EGV kann das Recht der freien Niederlassung durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften eingeschränkt werden, die eine Sonderregelung für Ausländer aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit vorsehen. Des Weiteren ist eine missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet (vgl. Centros Rdnr. 24, 38).

In „Centros“ hat der EuGH dazu allerdings klargestellt dass der Missbrauch nicht schon darin liegt, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größere Freiheit lassen (Rdnr. 27).

Der von der weiter beteiligten IHK in diesem Zusammenhang angeführte Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes ist in Art. 46 EGV nicht ausdrücklich erwähnt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH fällt er als Schutz wirtschaftlicher Interessen auch nicht unter die Begriffe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit (Centros Rdnr. 32, 34). Er vermag deshalb die Versagung der Registereintragung nicht zu rechtfertigen (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* in Inspire Art, Rdnr. 113).

Ein der Eintragung einer durch die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages geschützten Gesellschaft entgegenstehender Missbrauch kann danach allenfalls dann angenommen wer-

den, wenn ein Inländer, dem aufgrund einer gemeinschaftsrechtskonformen gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung untersagt ist, ein bestimmtes Gewerbe zu führen, sich einer „Scheinauslandsgesellschaft“ bedienen will, um die ihm untersagte Tätigkeit trotzdem im Inland auszuüben (vgl. *Knapp*, DNotZ 2003, 85, 89 m. w. N.). Anhaltspunkte in diese Richtung sind in Bezug auf die verantwortlichen Personen der betroffenen Gesellschaft nach den bisher getroffenen Feststellungen allerdings nicht ersichtlich.

Dem Eintragungsantrag der betroffenen Gesellschaft wird danach voraussichtlich zu entsprechen sein (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.11.2002, 3 Wx 111/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 6.12.2002, 7 Wx 3/02; OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2002, 9 W 168/01; vgl. weiter auch BayObLG, Beschluss vom 19.12.2002, 2Z BR 7/02, ZfIR 2003, 200, betreffend die – bejahte – Grundbuchfähigkeit einer im EU-Ausland gegründeten Kapitalgesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland; *Leible/Hoffmann*, BB 2003, 543, 544; *Meilicke*, DB 1999, 627).

III. Mit seiner Entscheidung setzt sich der Senat in Widerspruch zu dem Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 26.8.1998, 3Z BR 78/98 (BayObLGZ 1998, 195 = NJW-RR 1999, 401). Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG ist jedoch nicht veranlasst. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat a. a. O. in einer vom Tatsächlichen her gleich gelagerten Fallgestaltung die Ablehnung der Registereintragung als rechtens erachtet, weil die dort betroffene englische Limited in Anwendung der Sitztheorie nicht als rechtsfähig anerkannt wurde. Diese Entscheidung ist jedoch durch das mittlerweile ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.3.2003 (VII ZR 370/98) zumindest für Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten der EU überholt. Nachdem der Senat als Gericht der weiteren Beschwerde in Übereinstimmung mit der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erkennt, wäre eine Vorlage nicht zulässig (vgl. BayObLGZ 1986, 253, 259; *Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 21 m. w. N.).

9. BGB § 873 Abs. 1; GBO § 47; GBV § 15 Abs. 3 Satz 1 (*Keine Grundbuchfähigkeit der GbR*)

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig. (Leitsatz des Einsenders)

LG Aachen, Beschluss vom 27.5.2003, 3 T 42/03; mitgeteilt von *Michael Küppers*, Richter am LG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) bis 3) sowie die vormaligen Gesellschafter H. L. und E. L. wurden am 18.4.2002 in Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung „L-Vermögensverwaltungsgesellschaft“ als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit Übertragungsvertrag vom 21.2.2002 erwarben die Beteiligten zu 4) bis 6) die Gesellschaftsanteile der vormaligen Gesellschafter H. L. und L. L. an der Gesellschaft, die seitdem die Bezeichnung „Vermögensverwaltungsgesellschaft L. und Partner GbR“ führte, und bilden nunmehr mit den Beteiligten zu 1) bis 3) die Gesamtheit der Gesellschafter der Beteiligten zu 7). Nach der Übertragung der Gesellschaftsanteile wurde von den Beteiligten zu 1) bis 6) sowie von den oben genannten früheren Gesellschaftern mit Schriftsatz des Notars Dr. P. vom 18.6.2002 die Berichtigung des Grundbuchs gemäß der Urkunde URNr. ... vom 26.4.2002 wie folgt bewilligt und beantragt:

„Wir, die Unterzeichnenden, die verbliebenen, die ausgeschiedenen und die neuen Gesellschafter, bewilligen und beantragen die Berichtigung des Grundbuches von ... dahingehend, dass Eigentümer des Grundbesitzes ... in Gesellschaft bürgerlichen Rechts nunmehr sind:

[folgt namentliche Aufzählung der Gesellschafter].

Die Gesellschaft führt die Bezeichnung „Vermögensverwaltungsgesellschaft L. & Partner GbR“ und soll unter dieser Bezeichnung auch im Grundbuch eingetragen werden, was hiermit allseits bewilligt und beantragt wird.“

Daraufhin wurde am 26.6.2002 als Eigentümerin die Vermögensverwaltungsgesellschaft L. & Partner GbR“ eingetragen; eine Eintragung der Gesellschafter der GbR erfolgte nicht. Mit Schriftsatz vom 2.8.2002 beanstandete der Notar daraufhin, dass die Gesellschafter neben der Gesellschaft nicht namentlich eingetragen worden seien, und regte an, die Eintragung diesbezüglich zu ergänzen. Das Grundbuchamt teilte mit, dass die Urkunde vom 26.4.2002 die ausdrückliche Bewilligung sowie den Antrag der Beteiligten enthalte, die Gesellschaft mit dem Namen der Gesellschaft einzutragen. Im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei eine Eintragung der Gesellschafter mit Namen nicht mehr praktikabel. Eine Änderung der Eintragung sei daher nicht vorgesehen.

Mit Schriftsatz vom 21.8.2002 widersprach der Notar der Auffassung der Rechtspflegerin und verwies auf den Wortlaut des in der Urkunde enthaltenen Antrags. Er wiederholte seinen Antrag, die Beteiligten zu 1) bis 6) als Gesellschafter namentlich neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Grundbuch einzutragen. Diesen Antrag hat die Rechtspflegerin zurückgewiesen. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1) bis 7) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten „Erinnerung“ eingelegt. Zur Begründung wird vorgetragen, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht grundbuchfähig sei. Sie könne daher nicht allein unter ihrem Namen eingetragen werden. Das Grundbuchamt hat der „Erinnerung“ nicht abgeholfen und die Sache der Kammer vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Beteiligten ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO als Beschwerde statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Bezeichnung als „Erinnerung“ in der Beschwerdeschrift vom 7.1.2003 ist unschädlich. Auch in der Sache selbst hat das Rechtsmittel Erfolg (...)

Das Grundbuchamt hat nach Auffassung der Kammer den Antrag der Beschwerdeführer vom 18.6.2002 und 21.8.2002 auf Berichtigung des Grundbuchs und Eintragung der Beschwerdeführer zu 1) bis 6) neben der Beschwerdeführerin zu 7) zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solche grundbuchfähig sei und es einer Eintragung der Gesellschafter nicht bedürfe.

Die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung lagen und liegen vor.

Die Beteiligten haben die erforderlichen Berichtigungsbewilligungen eingereicht. Die Berichtigungsbewilligung ist eine Unterart der Eintragungsbewilligung (*Demharter*, § 22 Rdnr. 31) und führt neben § 22 GBO zur Berichtigung des Grundbuchs. Die Bewilligung muss erkennen lassen, dass das Grundbuch berichtigt werden soll und inwieweit es unrichtig ist (a. a. O.). Wegen dieser vorgelegten Berichtigungsbewilligungen ist auch kein weiterer Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verlangen (*Demharter*, § 22 Rdnr. 28). Maßgeblicher Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs ist der Antrag der Beteiligten vom 18.6.2002. Denn diesem Antrag war die Bewilligung sämtlicher Beteiligten beigefügt. Zudem ergibt sich aus dem Vorbringen der Beteiligten, dass sie bereits mit diesem Antrag die Berichtigung der Eintragung der bestehenden Gesellschafterverhältnisse an der Vermögensverwaltungsgesellschaft L. & P GbR begehren.

Das Grundbuch ist auch unrichtig. Die Unrichtigkeit folgt zunächst einerseits daraus, dass sich der Gesellschafterbestand der Beteiligten zu 7) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den Übertragungsvertrag vom 21.2.2002 verändert hat, ohne dass diese Änderung bislang im Grundbuch vollzogen wurde und die hinzugetretenen Gesellschafter eingetragen wurden. Die Unrichtigkeit folgt andererseits daraus, dass das Grundbuchamt auf den Berichtigungsantrag der Beteiligten lediglich die Beteiligte zu 7) ohne die namentliche Nennung ihrer Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen hat.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes war eine namentliche Eintragung der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht deshalb entbehrlich, weil diese nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2001, 1056) als solche „rechtsfähig“ ist. Die Frage, ob aus der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts folgt, dass diese auch grundbuchfähig ist, ist umstritten (bejahend *Ott*, NJW 2003, 1223; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 33 ff.; *Demuth*, BB 2002, 1555 ff.; *Dümmig*, Rpfleger 2002, 53 ff.; a. A. *Heil*, NJW 2002, 2158 ff.; *Ann*, MittBayNot 2001, 197 ff.; *Demharter*, Rpfleger 2001, 330 ff.; *Münch*, DNotZ 2001, 535 ff.). Nach richtiger Auffassung ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts trotz der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu ihrer Rechtsfähigkeit weiterhin als solche nicht grundbuchfähig. Sie kann unter ihrem Namen weiterhin weder als Eigentümerin eines Grundstücks noch als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLG, NJW 2003, 70 ff. m. w. N. = MittBayNot 2003, 60 ff.).

Die hier vertretene Auffassung widerspricht nicht der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Der Bundesgerichtshof hat über die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nämlich bislang nicht entschieden. Allerdings kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, soweit sie nach außen am Rechtsverkehr teilnimmt und spezielle Gesichtspunkte nicht entgegenstehen, als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter eigene Rechte und Pflichten begründen (BGH, NJW 2001, 1056 ff. m. w. N.). In diesem Rahmen ist sie rechtsfähig (a. a. O.). Sie ist aber dennoch keine juristische Person (a. a. O.). Es bleiben damit auch Rechtspositionen übrig, die die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der derzeitigen Rechtslage nicht wie eine eigene Rechtspersönlichkeit einnehmen kann und für die die Beteiligung der Gesellschafter neben der Gesellschaft erforderlich ist.

Der Annahme der Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehen solche speziellen Gesichtspunkte entgegen. Diese ergeben sich aus dem Grundbuchrecht. Denn der Erwerb von dinglichen Rechten an einem Grundstück setzt nach § 873 Abs. 1 BGB neben der Auflassung die Eintragung des Rechts im Grundbuch voraus. Die Eintragung im Grundbuch folgt den grundbuchrechtlichen Bestimmungen. Diese enthalten keine gesetzlichen Regelungen über die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Lediglich mittelbar lässt sich § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV entnehmen, dass das dingliche Recht den Mitgliedern der Gesellschaft zur gesamten Hand, nicht aber der Gesellschaft selbst zusteht. Für den Fall der Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft ist das Grundbuch zu berichtigen, da das Eigentum nunmehr der Gesellschaft selbst zusteht. Dementsprechend ist gemäß § 47 GBO für Gesamthandsgemeinschaften neben die einzelnen Berechtigten das sie verbindende maßgebliche Rechtsverhältnis hinzuzusetzen. Eine Angabe allein der Gesellschaftsbezeichnung

ohne die Gesellschafter verletzt den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Nach diesem sind klare und eindeutige Eintragungen erforderlich. Denn der Zweck des Grundbuchs ist, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten (*Demharter*, Anh. zu § 13 Rdnr. 5). Dazu genügt es, wenn gewisse objektive Umstände außerhalb des Grundbuchs liegen, die nachvollziehbar und in der Eintragungsbeurteilung angedeutet sind (a. a. O.). An dieser Nachvollziehbarkeit fehlt es aber, wenn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden soll. Denn weder der Sitz der Gesellschaft noch die Geschäftsführer und die Vertretungsverhältnisse sind daraus ablesbar. Zudem ist die Gefahr der Verwechslung jedenfalls erheblich geringer, wenn entsprechend der bisherigen Eintragungspraxis neben die Bezeichnung der Gesellschaft auch die Gesellschafter mit ihrem Geburtsort und dem Geburtsdatum eingetragen werden. Die fehlende Bestimmtheit kann auch nicht durch Eintragung der Gesellschaftsverhältnisse in das Grundbuch ersetzt werden. Diese Funktion kann und soll das Grundbuch nicht erfüllen. Für eine Eintragung solcher Informationen sieht das Grundbuch zunächst keinen Raum vor. Dies kann auch nicht dadurch erfolgen, dass der gesamte Gesellschaftsvertrag zum Grundbuch genommen und vom Grundbuchamt aufbewahrt wird. Eine solche Aufbewahrung ist nicht vorgesehen. Zwar sind gemäß § 10 Abs. 1 GBO solche Urkunden aufzubewahren, auf die sich eine Eintragung gründet oder auf die sie Bezug nimmt. Darunter fallen durchaus auch Legitimationsurkunden (*Demharter*, § 10 Rdnr. 5). Dennoch scheitert dieser Ansatz bereits, wenn die Gesellschaft über keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag verfügt. Selbst wenn man aber öffentlich beglaubigte Gesellschafterlisten (*Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 337) ausreichen lassen würde, ist der praktische Vorteil zweifelhaft. Sollen dadurch die Gesellschaftsverhältnisse im Grundbuch dokumentiert werden müsste es ebenso jeweils dem aktuellen Stand entsprechend berichtigt werden. Ferner tritt hinzu, dass es im Gegensatz zum Handelsregister weder eine gesetzliche Anmeldepflicht noch die Möglichkeit der Festsetzung eines Zwangsgeldes gibt.

Eine entsprechende Anwendung des § 124 Abs. 1 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet ebenso aus. Die Personenhandelsgesellschaften können nach den §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Das Problem der Grundbuchfähigkeit stellt sich mithin bei den Personenhandelsgesellschaften nicht. Die Personenhandelsgesellschaften sind jedoch durch die Eintragung im Handelsregister klar gekennzeichnet. Die wesentlichen Informationen über sie sind aus dem Handelsregister für jedermann ablesbar. Hinsichtlich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet dies mangels Eintragung in ein öffentliches Register aus. Nichts anderes folgt daraus, dass die juristischen Personen des Handelsrechts schon vor ihrer Eintragung in das Handelsregister grundbuchfähig sind und eine Auflassung und sonstige dingliche Einigung an sie möglich ist (BayObLG, Rpfleger 1984, 13). Zu einem Vollzug der Auflassung oder sonstigen Einigung kommt es dennoch nur, wenn die Eintragung erfolgt ist. Im Hinblick auf die fehlende Publizität der Gesellschaftsverhältnisse der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt jedenfalls eine analoge Anwendung des § 124 Abs. 1 HGB nicht in Betracht.

Soweit für die Grundbuchfähigkeit die praktischen Schwierigkeiten der Eintragung der Gesellschafter neben der Gesellschaft, insbesondere bei Massengesellschaften, angeführt wer-

den (*Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 331), dringt dies nicht durch. Daraus folgt keine zwingende Notwendigkeit, die Rechtslage bezüglich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Rechtslage hinsichtlich der Personenhandelsgesellschaften anzugleichen. Diese Erwägung spricht vielmehr dafür, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der derzeitigen Rechtslage für bestimmte Gesellschaftszwecke nicht geeignet ist.

Eine Eintragung der Gesellschaft allein unter ihrem Namen kommt deshalb nicht in Betracht. Vielmehr müssen zusätzlich die Namen der Gesellschafter eingetragen werden. Da der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 29.1.2001 selbst auf die Probleme hinweist, die sich aus der fehlenden Registerpublizität ergeben können, ergibt sich auch kein unlösbarer dogmatischer Konflikt mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Da diese nur teilrechtsfähig ist, handelt es sich bei im Grundbuch eingetragenen Rechtspositionen um solche, für die die Gesellschaft weiterhin nicht rechtsfähig ist.

Die Versagung der Grundbuchfähigkeit verletzt schließlich nicht das Grundrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf Eigentum gemäß Art. 14 GG (a. A. *Ott*, NJW 2003, 1223). Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich in dem Nichtannahmebeschluss vom 2.9.2002 (NJW 2002, 3533) auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hat jedoch, wie bereits dargelegt, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur eine eingeschränkte Rechtsfähigkeit zugesprochen.

Es verbleibt damit dabei, dass es auch weiterhin zwingend einer Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch bedarf, um die Gesamtheit zu bestimmen. Folgerichtig wird durch einen Gesellschafterwechsel das Grundbuch unrichtig, und es bedarf der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO oder einer entsprechenden Berichtigungsbewilligung.

Kostenrecht

10. BNotO § 113; FGG § 12; KostO § 156 Abs. 4 Satz 4 (*Notwendige Beteiligung der Notarkasse in Kostenverfahren*)

In gerichtlichen Verfahren, die eine Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars zum Gegenstand haben, muss der Notarkasse Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 23.7.2003, 3Z BR 42/03

Zum Sachverhalt:

Der beteiligte Notar beglaubigte am 17.4.2002 die Unterschrift des Beteiligten unter einer Anmeldung zum Handelsregister, die unter anderem das Ausscheiden des Beteiligten als Kommanditist zum Gegenstand hat. Er setzte unter den Beglaubigungsvermerk eine Kostenberechnung über 150,80 €. Dieser Betrag wurde vom Beteiligten sofort bar bezahlt.

Mit seiner Beschwerde beanstandete der Beteiligte den vom Notar zugrunde gelegten Geschäftswert von 467.832,07 €. Nicht die Summe der Einlagen aller ausgeschiedenen Kommanditisten von 915.000 DM, die diesem Eurobetrag entspricht, sondern nur seine Einlage von 305.000 DM sei für den Geschäftswert maßgeblich. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die vom Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassene und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO) ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, weil die Notarkasse bisher keine Gelegenheit hatte, zu der zur Überprüfung stehenden Angelegenheit Stellung zu nehmen. In einem Beschwerdeverfahren zur Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars (§ 156 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 6 Satz 1 KostO) muss der Notarkasse (§ 113 Abs. 1 BNotO) eine solche Gelegenheit eingeräumt werden.

Die Notarkasse, eine juristische Person des öffentlichen Rechts, erhebt Abgaben nach der Summe der durch den Notar zu erhebenden Kosten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 8 Satz 1, 4 und 5 BNotO). Deshalb ist sie befugt, die zugrunde liegenden Kostenberechnungen nachzuprüfen (§ 113 Abs. 8 Satz 7 BNotO). Der Notar ist ihr gegenüber insoweit zur Offenlegung verpflichtet (§ 113 Abs. 8 Satz 8 BNotO). Gebühren-erlasse und -ermäßigungen ohne gesetzliche Grundlage sind nur mit ihrer Zustimmung zulässig (§ 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 BNotO). Soweit sie Kostenberechnungen geprüft hat, ist eine Prüfung durch die vorgesetzte Dienstbehörde des Notars nicht erforderlich (§ 93 Abs. 3 Satz 4 BNotO).

Diese gesetzlichen Befugnisse legen es nahe, dass der Notarkasse in gerichtlichen Verfahren, die eine Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars zum Gegenstand haben, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Dadurch wird im Rahmen der Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände (§ 12 FGG, § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO) die besondere Sachkompetenz der Notarkasse in Kostenfragen, fußend auf langjähriger Prüfungserfahrung, nutzbar gemacht. Dies geschieht zweckmäßigerweise wie üblich dadurch, dass die vorgesetzte Dienstbehörde des Notars vor Abgabe ihrer Stellungnahme (§ 156 Abs. 1 Satz 2 KostO) die Verfahrens-akten der Notarkasse zuleitet, wenn diese nicht schon zuvor Gelegenheit zu Kenntnisnahme und Äußerung hatte.

Eine solche Verfahrensweise entspricht im Übrigen der Handhabung im Bereich der Ländernotarkasse, deren gesetzliche Grundlage (§ 113 a BNotO) den Regelungen für die Notarkasse nachgebildet ist. Insoweit wurde bereits entschieden, dass ohne eine Stellungnahme der Ländernotarkasse eine Entscheidung in Notarkostenbeschwerdesachen nicht ergehen darf (vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 1380; ThürOLG, FGPrax 2000, 251; OLG Rostock, NotBZ 2003, 38 m. Anm. Lappe; siehe auch Hartmann, Kostengesetze, 32. Aufl., § 156 Rdnr. 27). Auch in dem Diskussionsentwurf für eine Neufassung der Kostenordnung (Stand: März 2003), der Grundlage für die weiteren Arbeiten einer vom Bundesministerium der Justiz einzusetzenden Expertenkommission oder für einen Referentenentwurf zur Neufassung der Kostenordnung sein soll, ist vorgesehen, § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO (im Entwurf § 32 Abs. 1 Satz 2 KostO) dahin zu ändern, dass vor der Entscheidung „die Aufsichtsbehörde des Notars oder, soweit die kostenrechtliche Prüfung von einer Notarkasse vorgenommen wird, diese“ gehört werden soll.

Steuerrecht

11. GrEStG § 6 Abs. 3 (Grunderwerbsteuervergünstigung bei formwechselnder Umwandlung)

Die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 ist (auch) dann nicht zu gewähren, wenn in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die erwerbende Gesamthand diese entsprechend einer zu diesem Zeitpunkt zwischen den an der Gesamthand Beteiligten getroffenen Absprache formwechselnd in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird.

BFH, Urteil vom 18.12.2002, II R 13/01

Zum Sachverhalt:

A und B waren in Erbengemeinschaft Eigentümer eines inländischen Grundstücks. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom August 1997 übertrugen sie dieses Grundstück auf eine GmbH & Co. KG (KG) – die Rechtsvorgängerin der Klägerin. An der KG waren A und B seit Juli 1997 zu je 50 v. H. vermögensmäßig beteiligt. Durch notariell beurkundete Vereinbarungen ebenfalls vom August 1997 übertrugen A und B jeweils ein Viertel ihrer Beteiligung an der KG auf eine AG bzw. eine GmbH. Diese Übertragungen wurden im September 1997 in das Handelsregister eingetragen. Durch notariell beurkundeten Beschluss der Gesellschafterversammlung der KG ebenfalls vom August 1997 wurde die formwechselnde Umwandlung der KG in eine (weitere) AG (Klägerin) beschlossen. Die Umwandlung wurde im Dezember 1997 in das Handelsregister eingetragen. Die Umwandlung der KG in eine AG entsprach einer schriftlichen Beteiligungsvereinbarung der beteiligten Gesellschafter vom April 1997.

Mit Grunderwerbsteuerbescheid vom 28.10.1999 setzte das beklagte Finanzamt gegen die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der KG wegen des Grundstückserwerbs vom 21.8.1997 Grunderwerbsteuer fest. Die Voraussetzungen für eine Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 3 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983 wurden vom FA verneint. Hiergegen richtete sich nach erfolglosem Einspruchsverfahren die Klage, mit der Herabsetzung der Grunderwerbsteuer begehrt wurde. Das Finanzgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Zutreffend hat das FG die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheids bejaht. Die Voraussetzungen für eine Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GrEStG 1983 liegen nicht vor.

1. Der notariell beurkundete Vertrag vom August 1997, mit dem der Anspruch der KG auf Übereignung des Grundstücks durch die Erbengemeinschaft A und B begründet wurde, ist ein Rechtsgeschäft, das nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer unterliegt.

Für diesen Vorgang ist die Steuer entgegen der Auffassung der Revision in vollem Umfang zu erheben, da die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 a. F. nicht vorliegen.

Nach dieser Vorschrift ist in entsprechender Anwendung des § 6 Abs. 1 GrEStG 1983 beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand die Steuer nicht zu erheben, wenn und soweit an der übertragenden und an der erwerbenden Gesamthandsgemeinschaft dieselben Personen mit gleichem Anteilsverhältnis beteiligt sind. Im Streitfall sind A und B zum maßgeblichen Zeitpunkt zwar sowohl an der übertragenden Erbengemeinschaft (ausschließlich) als auch an der erwerbenden KG (zumindest zu insgesamt

75 v. H.) vermögensmäßig beteiligt, gleichwohl kommt eine Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 nicht in Betracht.

2. Sinn der §§ 5 und 6 GrEStG 1983 ist es, die Besteuerung von Erwerbsvorgängen, an denen Gesamthandsgemeinschaften beteiligt sind, auf den eigentlichen Besteuerungszweck zu reduzieren. Einerseits sind Grundstücksübertragungen von und auf Gesamthandsgemeinschaften wegen der grunderwerbsteuerrechtlichen Selbständigkeit der (meisten) Gesamthandsgemeinschaften grundsätzlich steuerbar. Andererseits liegt jedoch – unter wirtschaftlicher Sicht – ein besteuertwürdiger Grundstücksumsatz dann und insoweit nicht vor, als sich eine bereits vor der infrage stehenden Grundstücksübertragung an dem Grundstück bestehende dingliche Berechtigung als Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentümer nach Übertragung auf eine (andere) Gesamthandsgemeinschaft nunmehr in Form einer gesamthänderischen Mitberechtigung an der erwerbenden Gesamthandsgemeinschaft mit unveränderter (anteiliger) vermögensmäßiger Beteiligung fortsetzt oder – umgekehrt – eine zuvor bestehende gesamthänderische Mitberechtigung an dem Grundstück nach dessen Übertragung in Form von Allein- bzw. Miteigentum unter Beibehaltung der bisherigen anteiligen vermögensmäßigen Beteiligung weitergeführt wird. Eine Begünstigung der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich die bisher bestehende (Mit-)Berechtigung am Grundstück nicht nur formal, sondern auch tatsächlich am Gesamthandseigentum fortsetzt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats liegt die Voraussetzung für die Steuervergünstigung deshalb nicht vor, wenn und soweit in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung von einer Gesamthand auf die andere Gesamthand die Gesamthänder entsprechend einer zu diesem Zeitpunkt bereits getroffenen Absprache ihre gesamthänderische Beteiligung völlig oder teilweise aufgeben oder sich ihre Beteiligung durch Zutritt weiterer Gesamthänder verringert (BFH, Urteil vom 24.4.1996, II R 52/93, BFHE 180, 472, BStBl II 1996, 458; Beschluss vom 4.8.1999, II B 3/99, BFHE 189, 547, BStBl II 1999, 834).

3. Die nach dieser Rechtsprechung die Steuervergünstigung rechtfertigende Fortsetzung der gesamthänderischen Berechtigung am Grundstück geht (auch) dann verloren, wenn die erwerbende Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird. Das Fehlen eines Rechtsträgerwechsels bei der bloßen formwechselnden Umwandlung ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Es geht nicht um einen durch die Umwandlung verwirklichten Erwerb, sondern um die Besteuerung des der Umwandlung vorangegangenen Erwerbs der KG. Entscheidend ist, dass durch den Formwechsel die Personengesellschaft zur Kapitalgesellschaft und damit aus dem Gesamthandsvermögen Vermögen der Kapitalgesellschaft wird. Damit besteht keine dingliche gesamthänderische Mitberechtigung der Gesellschafter der grundstücksübertragenden Personengesellschaft an den übertragenen Grundstücken mehr. Die wirtschaftlichen Überlegungen, die die Steuervergünstigung rechtfertigen, wenn die bisher bestehende Mitberechtigung am Grundstück in Form einer Beteiligung am Gesamthandsvermögen der erwerbenden Gesellschaft fortgeführt wird, lassen sich auf eine Beteiligung als Gesellschafter an einer Kapitalgesellschaft nicht übertragen. Den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft steht keine dingliche Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen und damit auch nicht an deren Grundstücken zu. Die bloße mittelbare Teilhabe der Gesellschafter der Kapitalgesellschaft an Wertveränderungen der Gesellschaftsgrundstücke über ihre allgemeine Beteiligung an den Erträgen der Gesellschaft reicht dazu nicht aus.

Das Grunderwerbsteuerrecht respektiert uneingeschränkt die zivilrechtliche Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft auch gegenüber deren Gesellschaftern. Dementsprechend sind die Kapitalgesellschaften in den Steuervergünstigungen nach § 5 f. GrEStG 1983 nicht berücksichtigt. Diese grundsätzliche Entscheidung des Gesetzes verbietet es, die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als Fortführung einer bisher bestehenden dinglichen Mitberechtigung am Grundstück anzusehen. Nach den Grundsätzen der vom Senat entwickelten Rechtsprechung ist die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 daher (auch) dann nicht zu gewähren, wenn in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die erwerbende Gesamthand diese formwechselnd in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird (*Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 18; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 28; *Viskorf* in Boruttau, Grunderwerbsteuer, 15. Aufl., § 5 Rdnr. 67).

Der Senat hat nicht zu entscheiden, ob dieser Auffassung die Anfügung des neuen Abs. 3 in § 5 GrEStG 1983 durch Art. 15 Nr. 3 des Gesetzes vom 24.3.1999 (BGBl I, 402) und die Einfügung des neuen Satzes 2 in § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 durch Art. 13 Nr. 3 des Steueränderungsgesetzes vom 20.12.2001 (BGBl I, 1794) – wie die Klägerin meint – entgegenstünde, da beide Neuregelungen zeitlich auf den Streitfall nicht anwendbar sind (§ 23 Abs. 6 Satz 2 und Abs. 7 Satz 1 GrEStG 1983).

4. Nach den Feststellungen des FG haben die einbringenden Gesamthänder A und B ihre Gesamthandsbeteiligungen an der erwerbenden KG in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung entsprechend einer zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Absprache durch die formwechselnde Umwandlung der KG in eine AG verloren. Dies schließt eine Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG 1983 aus.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2003, 438 (in diesem Heft).

12. EStG §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 1, 15 Abs. 1 Nr. 2, 12 Nr. 2; BGB §§ 526, 607 (*Kein Zinsabzug als Betriebsausgabe bei Schenkung mit Rückdarlehen*)

Verpflichtet sich der beherrschende Gesellschafter einer Personengesellschaft in einem notariellen Vertrag, seinem Kind zu Lasten seines Darlehenskontos einen Geldbetrag unter der Bedingung zuzuwenden, dass er der Gesellschaft sogleich wieder als Darlehen zur Verfügung zu stellen ist, können die Zinsen bei der steuerlichen Gewinnermittlung der Gesellschaft nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden. Das gilt auch bei längeren Abständen zwischen Schenkungs- und Darlehensvertrag, wenn zwischen beiden Verträgen eine auf einem Gesamtplan beruhende sachliche Verknüpfung besteht (Anschluss an BFH, Urteil vom 18.1.2001, IV R 58/99, BFHE 194, 377, BStBl II 2001, 393).

BFH, Urteil vom 22.1.2002, VIII R 46/00

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin zu 2 und Revisionsklägerin zu 1 (Klägerin zu 2 oder KG) ist eine GmbH & Co. KG, an deren Gewinn die persönlich haftende GmbH nicht, der persönlich haftende Kläger zu 1 und Revi-

sionskläger zu 2 (Kläger) mit 52 v. H. und seine drei Söhne als Kommanditisten mit jeweils 16 v. H. beteiligt waren. Mit notariellem Vertrag vom 15.5.1986 schenkte der – die Gesellschaft beherrschende – Kläger seiner volljährigen Tochter, der Klägerin und Revisionsklägerin zu 3 (Klägerin zu 3 oder Tochter), im Wege der vorweggenommenen Erbfolge einen Geldbetrag von 990.000 DM, den er am 30.5.1986 zu Lasten seines Darlehenskontos bei der KG auf ein Bankkonto seiner Tochter überweisen ließ. Die Schenkung sollte mit Wirkung vom 26.5.1986 wirksam und der Geldbetrag in der Weise verwendet werden, dass die Tochter über 90.000 DM sofort verfügen konnte, der Restbetrag von 900.000 DM aber der KG mit folgenden Auflagen als Darlehen zur Verfügung zu stellen war:

- Verzinsung des Darlehens ab dem 1.6.1986 mit jährlich 6 v. H., zahlbar jeweils zum Ende eines Kalendermonats;
- Kündigungsmöglichkeit der KG mit einer Frist von drei Monaten zum Schluss eines jeden Kalendermonats ganz oder in Teilbeträgen von mindestens 100.000 DM;
- Kündigungsmöglichkeit der Tochter erstmals nach Ablauf von zehn Jahren in jährlichen Teilbeträgen von höchstens 100.000 DM;
- kein Anspruch der Tochter auf dingliche Besicherung des Darlehens;
- Verbot der Abtretung oder Belastung der Darlehensforderung;
- Verpflichtung der Tochter, den geschenkten Betrag in Höhe von 900.000 DM an ihre Abkömmlinge bzw. – bei deren Fehlen – an ihre Geschwister weiter zu übertragen. Insoweit sollte die Tochter die Stellung einer befreiten Vorerbin haben.

In einem weiteren notariellen Vertrag vom 15.5.1986 verzichtete die Tochter auf ihr Erb- und Pflichtteilsrecht. Am 28.5.1986 schloss sie mit der KG einen Darlehensvertrag entsprechend den im Schenkungsvertrag eingegangenen Verpflichtungen. Am 4.6.1986 überwies sie den Darlehensbetrag auf ein Bankkonto der KG, die eine entsprechende Darlehensschuld passivierte und die in den Folgejahren die an die Tochter gezahlten Schuldzinsen als Betriebsausgaben geltend machte. Am 7.1.1993 sicherte die KG unter Abänderung des Darlehensvertrages die Darlehensforderung der Tochter durch zwei Grundschulden über jeweils 500.000 DM an einem ihrer Betriebsgrundstücke ab.

Das beklagte Finanzamt vertrat im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung für das Streitjahr 1993 die Ansicht, dass der Darlehensvertrag steuerrechtlich nicht anzuerkennen sei, weil er dem unter fremden Dritten Üblichen nicht entspreche. Demgemäß erhöhte er den Gewinn der KG in diesem Jahr um 53.036 DM und rechnete diesen Betrag dem Gewinnanteil des Klägers hinzu.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Revision ist nicht begründet (...)

Die Klägerin kann die von ihr als Darlehenszinsen gezahlten Beträge nicht als Betriebsausgaben abziehen (§ 4 Abs. 4 EStG); es handelt sich um steuerrechtlich unbeachtliche mittelbare Zuwendungen des Klägers an seine Tochter (§§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 4 Abs. 1 Satz 2, 12 Nr. 2, 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EStG).

1. Die von der Klägerin zu 2 gezahlten Zinsen sind nicht betrieblich veranlasst (§ 4 Abs. 4 EStG). Das ergibt sich im Streitfall bereits daraus, dass die Tochter des Klägers bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung der Klägerin zu 2 kein Darlehen aus eigenem Vermögen gewährt hat.

a) Der erkennende Senat hat für einen Einzelunternehmer bereits in seinem Urteil vom 10.4.1984, VIII R 134/81 (BFHE 141, 308, BStBl II 1984, 705), entschieden, dass es an der betrieblichen Veranlassung eines Darlehens fehlen kann, wenn der Betriebsinhaber seinen Kindern Geldbeträge unentgeltlich zuwendet, die ihm die Kinder entsprechend dem Schenkungsvertrag sogleich wieder als Darlehen zur Verfügung

stellen müssen (ebenso Urteile des BFH vom 12.2.1992, X R 121/88, BFHE 167, 119, BStBl II 1992, 468, und vom 17.6.1994, III R 30/92, BFH/NV 1995, 197). Das gilt auch für Schenkungen des eine Personengesellschaft beherrschenden Gesellschaftern an eine ihm nahe stehende Person, wenn der Darlehensvertrag mit der Gesellschaft geschlossen wird (BFH, Urteile vom 28.1.1993, IV R 109/91, BFH/NV 1993, 590; vom 15.4.1999, IV R 60/98, BFHE 188, 556, BStBl II 1999, 524, unter 2. d cc der Gründe; vom 18.1.2001, IV R 58/99, BFHE 194, 377, BStBl II 2001, 393, unter 2. der Gründe).

Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass unter den genannten Voraussetzungen im Zeitpunkt der „Schenkungs“ eine endgültige Vermögensverschiebung zwischen dem (Mit-)Unternehmer und den ihm nahe stehenden Personen noch nicht vorliegt. Vielmehr existiert lediglich ein privat veranlasstes Versprechen, künftige Geldbeträge (bei „Darlehensrückgewähr“) mit der Folge zuzuwenden, dass die Zinsen keine abziehbaren Betriebsausgaben, sondern nicht abziehbare Zuwendungen sind. Die angeblichen Darlehensbeträge bleiben bis zum Vollzug der Schenkung steuerrechtlich Kapital des Schenkers.

Das ist auch dann nicht anders, wenn Gegenstand der Schenkung kein (erst später zufließender) Geldbetrag, sondern eine dem Mitunternehmer gegen die Gesellschaft zustehende Darlehensforderung ist oder wenn der Sachverhalt als Abtretung einer solchen Forderung (mittelbare Forderungsschenkungs) zu beurteilen ist. Ein einkommensteuerrechtlich beachtlicher Vollzug der Schenkung liegt nicht schon dann vor, wenn der Beschenkte den Darlehensvertrag mit der Gesellschaft abschließt und dieser den Darlehensbetrag überlässt, sondern erst dann, wenn der Beschenkte frei über die Darlehensforderung verfügen kann. Erst ab diesem Zeitpunkt überlässt er – wie dies für die persönliche Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen erforderlich ist (vgl. u. a. BFH, Urteile vom 24.4.1990, VIII R 170/83, BFHE 160, 256, BStBl II 1990, 539, und vom 30.3.1999, VIII R 19/98, BFH/NV 1999, 1325, m. w. N.) – dem Darlehensnehmer aufgrund eigener Verfügungsmacht Kapital zur Nutzung (vgl. dazu näher BFHE 167, 119, BStBl II 1992, 468, unter 5. und 6. der Gründe; ablehnend u. a. *Groh*, DStR 2000, 753, 755). Dementsprechend wäre der Streitfall nicht anders zu beurteilen, wenn nicht Geldbeträge hin- und zurückgezahlt worden wären, sondern wenn der Kläger einen Teil seiner ihm gegen die Klägerin zu 2 zustehenden Darlehensforderung unentgeltlich an seine Tochter abgetreten hätte. Dass die Tochter im Zusammenhang mit den Zuwendungen ihres Vaters auf ihren Erb- und Pflichtteil verzichtet hat, ändert an der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts nichts (vgl. BFH, Urteil vom 7.4.1992, VIII R 59/89, BFHE 167, 515, BStBl II 1992, 809; BFH, Beschluss vom 16.3.2001, IV B 96/00, BFH/NV 2001, 1113, und – zum Schenkungssteuerrecht – BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440, BStBl II 2001, 456).

b) Die Frage, ob der geschenkte Betrag dem Schenker im Sinne der o. g. Rechtsprechung „sogleich“ wieder als Darlehen zurückgewährt wird, ist von der Rechtsprechung zunächst nur für Fälle entschieden worden, in denen Schenkungs- und Darlehensvertrag in ein und derselben Vertragsurkunde niedergelegt worden sind. Die Anwendung dieser Grundsätze ist jedoch nicht auf diese Fälle beschränkt (vgl. bereits BFHE 167, 119, BStBl II 1992, 468; in BFH/NV 1993, 590 unter I. 5. der Gründe). In seinem Urteil in BFHE 188, 556, BStBl II 1999, 524, hat sie der IV. Senat des BFH auch auf Verträge angewendet, die lediglich am selben Tag abgeschlossen wurden. Darüber hinaus hat er inzwischen entschieden,

dass er auch bei längeren Abständen zwischen den Verträgen keine steuerrechtlich beachtliche Schenkung mit betrieblich veranlasstem Darlehen annehmen würde, wenn zwischen den Verträgen eine auf einem Gesamtplan beruhende sachliche Verknüpfung besteht (BFHE 194, 377, BStBl II 2001, 393; so auch Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 1.12.1992, BStBl I 1992, 729; *Söhn* in Kirchhof/Söhn, EStG, § 4 Rdnr. E 1053; *Märkle*, Beilage 2 zu BB 1993, 5). Der erkennende Senat schließt sich dieser Beurteilung an. Ob ein die beiden Verträge verbindender Gesamtplan vorliegt, hat das FG anhand von Indizien festzustellen. Die Kürze des zwischen Schenkung und Darlehensgewährung liegenden Zeitraums ist nur eines der hierbei zu berücksichtigenden Beweisanzeichen.

c) Im Streitfall liegt ein solcher Gesamtplan vor.

Die Verwendung des zugewendeten – 90.000 DM übersteigenden – Betrags und alle Modalitäten des Darlehensverhältnisses waren bereits im Schenkungsvertrag verbindlich festgelegt, die Einhaltung der Vereinbarungen dadurch gesichert, dass die Auszahlung des zugewendeten Betrags erst nach dem Abschluss aller Verträge (Schenkungs-, Erbverzichts- und Darlehensvertrag) vorgenommen wurde. Damit konnte die Tochter über den ihr zugewendeten Betrag von 900.000 DM zu keinem Zeitpunkt frei verfügen. Das gilt nicht nur hinsichtlich seiner Überlassung zur Nutzung an die Klägerin zu 2, sondern auch hinsichtlich des von der Forderung verkörperten Werts; denn sie konnte diesen Wert weder gegenüber der Klägerin zu 2 noch wegen des Abtretungs- und Belastungsverbot gegenüber Dritten realisieren. Dem kurzen Zeitraum zwischen dem Schenkungs- und dem Darlehensvertrag (13 Tage) bzw. der Überweisung und Rücküberweisung des Darlehensbetrags (5 Tage) kommt unter diesen Umständen nur noch ein geringer (den Gesamtplan bestätigender) Beweiswert zu.

Der Senat weicht mit dieser Beurteilung nicht von der Rechtsprechung des III. Senats des BFH ab. Dieser hat zwar in seinem Urteil vom 20.3.1987, III R 197/83 (BFHE 149, 464, BStBl II 1988, 603), angenommen, dass zwischen einer Schenkung mit aufschiebender Bedingung und einer – hier vorliegenden – Schenkung mit Auflage unterschieden werden müsse; er hat jedoch diese Unterscheidung in seinem Urteil in BFH/NV 1995, 197 für den Fall nicht mehr fortgeführt, dass die Zuwendung der Beträge von vornherein an die Voraussetzung geknüpft war, sie dem Zuwendenden wieder zur Nutzung zu überlassen. In diesem Fall bleibt auch nach der Rechtsprechung des III. Senats der Darlehensbetrag tatsächlich und wirtschaftlich beim Schenker.

d) Bei diesem Ergebnis ist es ohne Bedeutung, ob der Darlehensvertrag und seine Durchführung in allen Punkten der zwischen Fremden üblichen Gestaltung entsprechen. Der Senat braucht deshalb zu den vom FG hierzu angestellten zusätzlichen Erwägungen und zu den dagegen im Revisionsverfahren erhobenen Einwendungen der Kläger nicht Stellung zu nehmen. Insbesondere hat es auf die Entscheidung im Streitfall keinen Einfluss, dass die Klägerin zu 2 das Darlehen ab 7.1.1993 durch Grundschulden abgesichert hat (vgl. dazu auch den dem Urteil in BFHE 188, 556, BStBl II 1999, 524, zugrunde liegenden Sachverhalt).

13. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1; BewG § 15 Abs. 1 (*Zur mittelbaren Schenkung eines noch herzustellenden Gebäudes*)

1. **Bei der mittelbaren Schenkung eines noch herzustellenden Gebäudes gibt der Herstellungsaufwand die Höhe vor, bis zu der der Schenker die Finanzierung übernehmen kann. Soweit der Bedachte zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, ist der Herstellungsaufwand mit den Nettobeträgen anzusetzen.**
2. **Wendet der Schenker dem Bedachten einen den Herstellungsaufwand übersteigenden Betrag zu, liegt darin eine zusätzliche Schenkung, und zwar in Gestalt einer Geldschenkung.**
3. **Stellt der Schenker dem Bedachten den Betrag in Höhe des maßgeblichen Herstellungsaufwandes im Voraus zinslos zur Verfügung, liegt darin eine weitere freigebige Zuwendung, und zwar in Gestalt einer Gewährung der Möglichkeit zur Kapitalnutzung, die unter Berücksichtigung der Fälligkeit(en) der Herstellungskosten gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 15 Abs. 1 BewG mit jährlich 5,5 v. H. des Kapitals zu bewerten ist.**

BFH, Urteil vom 4.12.2002, II R 75/00

14. EigZulG §§ 2 Abs. 2, 8, 9 Abs. 2, 11 Abs. 2; HGB § 255 Abs. 2 Satz 1 (*Eigenheimzulage bei Vergrößerung einer bereits geförderten Wohnung durch Hinzuerwerb*)

Die Erweiterung einer bereits geförderten Wohnung durch bauliche Verbindung mit hinzu gekauftem benachbarten Wohnraum führt zu einer Erhöhung und Neufestsetzung der Eigenheimzulage. (Leitsatz der Schriftleitung)

Thüringer FG, Urteil vom 10.7.2002, I 805/01, rkr.

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob die Bemessungsgrundlage für eine bereits mit Eigenheimzulage geförderte Wohnung zu erhöhen ist, wenn die Anspruchsberechtigten in einem späteren Jahr Teile der Nachbarwohnung hinzu erwerben und diese mit der bereits geförderten Wohnung verbinden.

Die Kläger sind Ehegatten. Sie erwarben mit notariellem Kaufvertrag je zur Hälfte einen Miteigentumsanteil von 25,1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung. Die Kläger und das Nachbarhepaar beabsichtigten, ihre jeweiligen Eigentumswohnungen zu vergrößern. Sie erwarben mit notariellem Vertrag gemeinsam eine dritte zwischen ihren Wohnungen liegende Eigentumswohnung. In derselben Vertragsurkunde erklärten sie übereinstimmend, dass das Sondereigentum an der gemeinsam erworbenen Wohnung zwischen ihnen aufgeteilt und mit dem jeweiligen Sondereigentum an den von ihnen bereits genutzten Wohnungen vereinigt werden solle. Die Kläger verbanden sodann ihre bisherige Wohnung und die hinzu erworbenen Räume auch baulich zu einer größeren von ihnen genutzten Wohnung. Für die Baukosten der Verbindung erhielten sie Investitionszulage nach § 4 des Investitionszulagengesetzes 1999.

Die Kläger stellten beim Finanzamt den Antrag, die bisherige Bemessungsgrundlage für die Eigenheimzulage ab dem Jahr 2000 auf den Höchstbetrag von 100.000 DM zu erhöhen und die Eigenheimzulage auf 2.500 DM festzusetzen. Der Beklagte lehnte den Antrag mit der Begründung ab, dass zwei Objekte vorlägen und der zwischen ihnen bestehende räumliche Zusammenhang einer weiteren Förderung entgegenstehe.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Die Aufwendungen der Kläger zum Erwerb der weiteren Räume sind bei der Bemessungsgrundlage bis zum Höchstbetrag von 100.000 DM zu berücksichtigen.

Gemäß § 11 Abs. 2 EigZulG ist die Eigenheimzulage unter anderem dann neu festzusetzen, wenn sich die Verhältnisse geändert haben, die bei der zuletzt festgesetzten Eigenheimzulage für die Höhe des Fördergrundbetrags nach § 9 Abs. 2 EigZulG zugrunde gelegt worden sind. Für die Höhe der Eigenheimzulage ist die Bemessungsgrundlage im Sinne des § 8 EigZulG maßgeblich; die Bemessungsgrundlage wird wiederum von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Wohnung und des Grund und Bodens bestimmt. Im Streitfall sind während des Förderzeitraums weitere Herstellungskosten angefallen; diese Änderung der Verhältnisse wirkt sich in einer Erhöhung und Neufestsetzung der Eigenheimzulage aus.

Die Merkmale Anschaffungs- und Herstellungskosten haben nach allgemeiner Ansicht im EigZulG keinen anderen Begriffsinhalt als allgemein im Handels- und Steuerrecht (Nachweise bei Wacker, EigZulG, Kommentar, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 12). Zu den Herstellungskosten rechnen nach § 255 Abs. 2 Satz 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) die Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten für die Erweiterung oder für eine über den ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung eines Vermögensgegenstands entstehen. Nach dieser auch für das Steuerrecht maßgebenden Begriffsbestimmung sind Aufwendungen für die Erweiterung einer selbständig bewertbaren Wohnung als (nachträgliche) Herstellungskosten zu beurteilen (BFH, Urteile vom 9.5.1995, IX R 88/90, BStBl II 1996, 628, und IX R 69/92, BStBl II 1996, 630, und vom 13.10.1998, IX R 80/95, BFH/NV 1999, 605). Das gilt auch im Streitfall für die von den Klägern vorgenommene Erweiterung.

Die Ausführungen des Beklagten zur Kausalität zwischen ursprünglicher Anschaffung und späteren Kosten betreffen den Fall der nachträglichen Anschaffungskosten (vgl. BFH, Urteil vom 3.7.1997, III R 114/95, BStBl II 1997, 811). Solche liegen nach Auffassung des Senats im Streitfall nicht vor. Die Bejahung von Anschaffungskosten ist aber nicht erforderlich. Nach der Anschaffung eines begünstigten Wirtschaftsguts führen auch nachträgliche Herstellungskosten einschließlich eines anschaffungsnahe Herstellungsaufwands zu einer Änderung der Bemessungsgrundlage (so auch BMF-Schreiben vom 10.2.1998, BStBl I 1998, 190, Tz. 56, 57).

Der Beklagte lehnt, soweit ersichtlich, die Annahme nachträglicher Herstellungskosten ab, weil die Kläger mit dem betreffenden Aufwand hätten neuen Wohnraum herstellen müssen; sie hätten einen solchen aber nur angeschafft. Letzteres trifft nicht zu. Die Kläger haben unter Einsatz von angeschafftem alten Wohnraum („Verbrauch von Gütern“ im Sinne des § 255 Abs. 2 Satz 1 HGB) und unter Inanspruchnahme von Bauleistungen („Diensten“) ihre vorhandene Eigentumswohnung erweitert. Dass für einen (anderen) Teil der entsprechenden Herstellungskosten Investitionszulage gewährt wurde, ist ohne Belang, ebenso dass Erweiterungen unter bestimmten hinzutretenden Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 EigZulG einen eigenen Fördertatbestand erfüllen können (wie hier auch Wacker, a. a. O., § 2 Rdnr. 122 a. E., § 8 Rdnr. 55 ff.).

Es liegt in der Natur der Sache, dass Herstellungsarbeiten in Form von Erweiterungen den bereits vorhandenen Teil des erweiterten Wirtschaftsgut nicht notwendig verbessern, wie es

der Beklagte im Streitfall fordert. Eine solche Verbesserung wird aber vom Gesetz nicht verlangt. Die Änderung der Verhältnisse kann sich aus einer Änderung des Kaufpreises oder Werklohns, aus nachträglichen Baumaßnahmen oder aus einer geänderten Nutzung von Teilen der Wohnung ergeben (vgl. im Einzelnen Wacker, a. a. O., § 8 Rdnr. 50–66). Die Änderungen können sich also am Preis, an der Beschaffenheit oder an der Fläche des Objekts zeigen. Eine Vergrößerung der Fläche wie im Streitfall erfüllt, für sich genommen, die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 EigZulG (so – für § 10 e EStG – auch B. Meyer, Finanzrundschau 1995, 129, 139), ohne dass es darauf ankäme, ob die Fläche durch nachträgliche Umwidmung (so im Beispiel Tz. 36 des zu § 10 e EStG ergangenen BMF-Schreibens vom 31.12.1994, BStBl I 1994, 887) oder nachträgliche Herstellung vergrößert wurde.

15. EigZulG §§ 6 Abs. 2 Satz 3, 9 Abs. 2 Satz 3; AO § 39 Abs. 2 Nr. 2; BGB §§ 1992, 2032; GG Art. 6 (*Eigenheimzulage bei Tod eines Ehegatten vor Nutzen- und Lastenwechsel und anschließender Erbauseinandersetzung*)

Stirbt ein Ehegatte, bevor Nutzen und Lasten einer gemeinsam angeschafften Eigentumswohnung übergehen, und erwirbt der überlebende Ehegatte dessen Miteigentumsanteil erst durch eine Erbauseinandersetzung mit den gemeinsamen Kindern, so erhält der Überlebende für diesen Miteigentumsanteil Eigenheimzulage analog § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG des Landes Brandenburg, Urteil vom 19.3.2003, 2 K 595/01

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und ihr Ehemann kauften am 15.12.1997 eine Eigentumswohnung in der L-Straße zum Preis von DM 146.405 zu je einem halben Miteigentumsanteil. Der Nutzen- und Lastenwechsel war für den 15.12.1998 vereinbart. Die Klägerin und ihr Ehemann waren leibliche Eltern von zwei unterhaltspflichtigen Kindern. Der Ehemann war des Weiteren Eigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks in N.

Noch vor dem Nutzen- und Lastenwechsel verstarb der Ehemann der Klägerin am 1.5.1998. Gesetzliche Erbin waren die Klägerin zu $\frac{1}{2}$ sowie die beiden Kinder zu je $\frac{1}{4}$. Am 14.7.1999 kam es zu einer notariell beglaubigten Erbauseinandersetzung zwischen der Klägerin und ihren durch einen Ergänzungspfleger vertretenen Kindern. Danach sollten die Klägerin Alleineigentümerin der Eigentumswohnung und ihre Kinder zu je $\frac{1}{2}$ Miteigentümer des Grundstücks werden; des Weiteren sollten die beiden Kinder aus der Mithaftung der für die Eigentumswohnung eingetragenen Grundschuld in Höhe von DM 200.000 entlassen werden. Nach der Auseinandersetzungsvereinbarung betrug der Verkehrswert der auf die Klägerin vorgenommenen Übertragung DM 50.000, der Verkehrswert der auf die beiden Kinder erfolgten Übertragung DM 105.000. Eine Eigentumsumschreibung hinsichtlich der Eigentumswohnung war am 14.7.1999 noch nicht erfolgt, sondern es bestand lediglich eine Auflassungsvormerkung zu Gunsten der Klägerin und ihres verstorbenen Ehemannes.

In ihrem Antrag auf Eigenheimzulage ab 1998 beehrte die Klägerin die Eigenheimzulage für die Eigentumswohnung zu 100 Prozent. Zur Begründung führte sie an, dass sie aufgrund der Erbauseinandersetzung nunmehr alleinige Eigentümerin der Wohnung geworden sei. Bei der Festsetzung der Eigenheimzulage ging der Beklagte von einem Miteigentumsanteil der Klägerin von nur 75 % aus. Zur Begründung führte er aus, dass die Klägerin aufgrund des Kaufvertrags vom 15.12.1997 nur zu 50 % Eigentümerin geworden sei und infolge des Erbfalls weitere 25 % hinzu erworben habe. Erst nach Abschluss der Erbauseinandersetzung könne die Eigenheimzulage gegebenenfalls mit 100 % berücksichtigt werden.

Hiergegen legte die Klägerin fristgerecht Einspruch ein, der vom Beklagten zurückgewiesen wurde. Der Beklagte vertrat die Ansicht, dass die Klägerin aufgrund des Erbfalls im Jahr 1998 nur zu 75 % Miteigentümerin der streitigen Wohnung geworden sei. Die im Jahr 1999 erfolgte Erbaueinandersetzung habe zu einem teilentgeltlichen Erwerb hinsichtlich der Miteigentumsanteile der beiden Kinder geführt. Dieser teilentgeltliche Erwerb stelle einen rechtlich selbständigen Anschaffungsvorgang dar, dessen Begünstigung nach dem EigZulG wegen Objektverbrauchs ausgeschlossen sei. Die Kinder der Klägerin hätten die Möglichkeit, für das Jahr 1998 die Eigenheimzulage anteilig zu beantragen; jedoch führe dies zu einem Objektverbrauch bei den Kindern. Mit ihrer fristgerecht erhobenen Klage begehrt die Klägerin nunmehr die volle Eigenheimzulage nur noch ab 1999.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist begründet. Der angefochtene Bescheid und die Einspruchsentscheidung sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung – FGO –), soweit die Eigenheimzulage ab dem Jahr 1999 nur in Höhe von 75 % festgesetzt worden ist.

Der Klägerin steht ab 1999 die Eigenheimzulage in voller Höhe zu, da sie mit Abschluss der Erbaueinandersetzung im Jahr 1999 eigenheimzulagenrechtlich wirtschaftliche Alleineigentümerin geworden ist; der hierbei erfolgte Hinzuerwerb des im Gesamthandsvermögen befindlichen Miteigentumsanteils stellt nach analoger Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG keinen Objektverbrauch dar.

Zum besseren Verständnis fasst der Senat den zivilrechtlichen sowie den eigenheimzulagerechtlichen Verlauf des Erwerbs wie folgt zusammen:

Zivilrechtlich erwarben die Klägerin und ihr Ehemann mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung jeweils ein Anwartschaftsrecht. Mit dem Tod des Ehemanns der Klägerin ist dessen Anwartschaftsrecht in das Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft übergegangen, an der die Klägerin zu $\frac{1}{2}$ und ihren beiden Kindern zu je $\frac{1}{4}$ beteiligt waren. Mit der Erbaueinandersetzung am 14.5.1999 hat die Klägerin das Anwartschaftsrecht des Ehemanns an der streitigen Eigentumswohnung erworben und wurde später mit der Eintragung im Grundbuch Alleineigentümerin der Eigentumswohnung.

Eigenheimzulagenrechtlich hingegen ist der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums, der durch den Nutzen- und Lastenwechsel konkretisiert wird, maßgeblich. Danach hat die Klägerin am Tag des Nutzen- und Lastenwechsels, dem 15.12.1998, ihren im Kaufvertrag vom 15.12.1997 bezeichneten hälftigen Miteigentumsanteil angeschafft. Den anderen – zivilrechtlich der Erbengemeinschaft zuzurechnenden – Miteigentumsanteil hat die Erbengemeinschaft angeschafft, wobei die Anspruchsberechtigung nach § 1 EigZulG in Verbindung mit § 39 Abs. 2 Nr. 2 Abgabenordnung 1977 – AO 1977 – den einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft zusteht, so dass die Klägerin am 15.12.1997 entsprechend ihrer Erbquote einen weiteren Miteigentumsanteil in Höhe von $\frac{1}{4}$ des Gesamtobjekts (= $\frac{1}{2}$ des Miteigentumsanteils) angeschafft hat. Mit der Erbaueinandersetzung am 14.5.1999 hat die Klägerin sodann von ihren Kindern die beiden verbleibenden Miteigentumsanteile von je $\frac{1}{8}$ des Gesamtobjekts, zusammen $\frac{1}{4}$, erworben. Dieser – streitige – zweite Erwerb im Jahr 1999 unterliegt nicht dem Objektverbrauch, weil er nach § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG analog begünstigt ist.

Das EigZulG geht davon aus, dass die Eigenheimzulage – ebenso wie die Steuerbegünstigung gemäß § 10 e EStG – generell nur wohnungsbezogen gewährt wird (vgl. BFH, Urteil

vom 6.4.2000, IX R 90/97, BStBl II 2000, 414, 416). Begünstigt ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 EigZulG die Herstellung oder Anschaffung einer Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus und einer im Inland belegenen eigenen Eigentumswohnung. In den Fällen des Miteigentums an einer Wohnung ist jeder Miteigentümer zur anteiligen Inanspruchnahme der Eigenheimzulage berechtigt. Jeder Erwerbsvorgang ist in Miteigentumsfällen bezogen auf den Miteigentumsanteil eigenständig zu werten mit der Folge eines jeweils eigenständigen Förderzeitraums, einer nur quotalen Zulagengewährung und des grundsätzlich vollen Objektverbrauchs. Dementsprechend regelt § 6 Abs. 2 EigZulG, dass für den Objektverbrauch der Anteil an einer Wohnung einer Wohnung gleichsteht, während § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG sicherstellt, dass der Fördergrundbetrag nur anteilig in Anspruch genommen werden kann. Der enge Zusammenhang zwischen diesen beiden Regelungen wird durch die gleichartige Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen verdeutlicht (vgl. BFH, BStBl II 2000, 414, 416).

Unter Anschaffung ist die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums, mithin der Nutzen- und Lastenwechsel, zu verstehen (vgl. BFH, Urteil vom 27.4.2001, X R 67/00, BFH/NV 2002, 327, zu § 10 e EStG; Wacker, EigZulG, 3. Aufl., § 2 Rdnr. 61). Aufgrund ihrer Stellung als Käuferin eines Miteigentumsanteils von $\frac{1}{2}$ erwarb die Klägerin wirtschaftliches Eigentum an ihrem Miteigentumsanteil am 15.12.1998, dem Tag des vereinbarten Nutzen- und Lastenwechsels. Die andere Miteigentumshälfte erwarb – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht der am 1.5.1998 verstorbene Ehemann der Klägerin; denn er war bereits vor dem Tag des Nutzen- und Lastenwechsels verstorben (in diesem Sinne bei einem vergleichbaren Fall: FG Köln, Urteil vom 11.7.2002, 7 K 3697/02, EFG 2002, 1361). Vielmehr trat in seine Rechtsposition, die sich zivilrechtlich aufgrund der bereits erfolgten Auflassungsvormerkung zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hatte, die Erbengemeinschaft ein, der gesamthänderisch gemäß §§ 1922, 2032 ff. Bürgerliches Gesetzbuch – BGB – das Anwartschaftsrecht an dem anderen Miteigentumsanteil zustand. Da nach § 1 EigZulG nur unbeschränkt steuerpflichtige Anspruchsberechtigte im Sinne des Eigenheimzulagengesetzes sein können, die Erbengemeinschaft jedoch kein steuerpflichtiger ist, wird das wirtschaftliche Eigentum an dem anderen Miteigentumsanteil den einzelnen Erben gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 Abgabenordnung 1977 – AO 1977 – zugerechnet (vgl. Wacker, a. a. O., § 1 Rdnr. 4). Dementsprechend erwarb die Klägerin als Erbin mit einer Erbquote von $\frac{1}{2}$ die Hälfte des anderen Miteigentumsanteils – mithin einen weiteren Miteigentumsanteil von $\frac{1}{4}$ des Gesamtobjekts – am 15.12.1998 hinzu. Der Klägerin standen somit insgesamt $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$, d. h. 75 %, des Fördergrundbetrags gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 EigZulG im Jahr 1998 zu. Der eigenheimzulagenrechtliche Erwerb von einem Miteigentumsanteil von $\frac{1}{2}$ sowie von $\frac{1}{4}$ an der Eigentumswohnung, zusammen $\frac{3}{4}$, stellt sich als einheitlicher Anschaffungsvorgang im Jahr 1998 dar, ohne dass insoweit bereits ein Objektverbrauch eingetreten ist (in diesem Sinne auch: BMF-Schreiben vom 10.2.1998, IV B 3 – EZ 1010 – 11/98, BStBl I 1998, 190, Tz. 68). Weitere Anspruchsberechtigte im Jahr 1998 waren die beiden Kinder der Klägerin zu je $\frac{1}{8}$.

Infolge der Erbaueinandersetzung am 14.7.1999 erwarb die Klägerin wirtschaftliches Eigentum an den verbleibenden, bis dahin den Kindern eigenheimzulagenrechtlich zuzurechnenden Miteigentumsanteilen von jeweils $\frac{1}{4}$ am vererbten Miteigentumsanteil (jeweils $\frac{1}{8}$ des Gesamtobjekts) hinzu. Dieser Erwerb stellt einen eigenständigen – d. h. zweiten – Erwerbsvorgang im Sinne des Eigenheimzulagengesetzes dar, der

jedoch nach analoger Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG nicht dem Objektverbrauch unterliegt.

Die Erbauseinandersetzung führte zu einem selbständigen, unentgeltlichem Erwerb des verbleibenden Miteigentumsanteils von zusammen $\frac{1}{4}$ an der Eigentumswohnung. Die Unentgeltlichkeit ergibt sich daraus, dass die Erbauseinandersetzung durch Realteilung ohne Abfindung (Spitzenausgleich) beendet wurde. Aus diesem Grund ist der Erwerb im Rahmen der Erbauseinandersetzung nicht in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Anschaffungsvorgang aufzuteilen (vgl. hierzu BFH, Urteil vom 24.10.2000, IX R 95/97, HFR 2001, 677; *Wacker*, a. a. O., § 2 Rdnr. 185; BMF-Schreiben in BStBl I 1998, 190, Tz. 70). Wenngleich der Erwerb der Klägerin unentgeltlich erfolgt ist, steht dies einem Anspruch auf Eigenheimzulage nicht entgegen. Der Erwerb ohne Abfindungszahlung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung, bei der der Miterbe einen Miteigentumsanteil oder eine Wohnung im Rahmen seiner Erbquote erhält, ist nämlich als eigenständiger und unentgeltlicher Erwerb anzusehen, der den Miterben – trotz der Unentgeltlichkeit – berechtigt, die Förderung durch die Eigenheimzulage wie der Erblasser in Anspruch zu nehmen (vgl. *Wacker*, a. a. O., § 2 Rdnr. 182). In diesem Zusammenhang ist es unschädlich, dass der Erblasser zu keinem Zeitpunkt berechtigt war, die Förderung nach dem Eigenheimzulagengesetz zu beanspruchen, sondern ein entsprechender Anspruch nur den Miterben (Kindern) zustand; im Streitfall besteht die Besonderheit, dass der Todesfall noch vor der Anschaffung der Wohnung und die Erbauseinandersetzung erst nach der Anschaffung erfolgt sind, so dass weder der Erblasser einen Anspruch auf die Förderung nach dem Eigenheimzulagengesetz erlangen noch die Klägerin – mangels vor der Anschaffung beendeter Erbauseinandersetzung – einen einheitlichen Anschaffungsvorgang in eigener Person verwirklichen konnten. Da die Berechtigung zur Fortführung der Förderung des Erblassers durch den Erben an die Regelung zur Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 45 AO 1977 anknüpft, findet dieser Grundsatz auch dann Anwendung, wenn Gegenstand der Erbauseinandersetzung wirtschaftliches Eigentum an einem Miteigentumsanteil ist, das erst im Laufe der Erbengemeinschaft (hier am 15.12.1998) wegen des eingetretenen Nutzen- und Lastenwechsels entstanden ist.

Der Annahme eines selbständigen Erwerbsvorgangs steht nicht entgegen, dass die Finanzverwaltung zu Gunsten der Anspruchsberechtigten einen eigenständigen Erwerbsvorgang verneint, wenn – neben weiteren, hier nicht streitigen Voraussetzungen – die Erbauseinandersetzung innerhalb eines halben Jahres nach dem Erbfall erfolgt (vgl. BMF-Schreiben in BStBl I 1998, 190, Tz. 69 Satz 4 in Verbindung mit dem BMF-Schreiben vom 11.1.1993, IV B 2-2 2242-86/92, BStBl I 1993, 62, Tz. 8 f.; vgl. auch BMF-Schreiben vom 5.12.2002, IV A 6 – S 2242 – 25/02, BStBl I 2002, 1392; *Wacker*, a. a. O., § 2 Rdnr. 176). Diese Frist ist im Streitfall nicht eingehalten worden, da der Ehemann der Kläger am 1.5.1998 verstorben, die Erbauseinandersetzung hingegen erst am 14.5.1999 erfolgt ist. Der Senat sieht keinen Anlass, eine Überschreitung des Sechsmonatszeitraums als unschädlich im Sinne des Eigenheimzulagenrechts anzusehen. Die Regelung in dem BMF-Schreiben (a. a. O.) stellt eine Billigkeitsmaßnahme dar, die an die Rechtsprechung anknüpft, nach der eine Erbengemeinschaft mit Rückwirkung für die Zurechnung von Einkünften eine Auseinandersetzungsvereinbarung treffen kann, wenn sich die Rückwirkung nur über eine kurze Zeit erstreckt und mit der Rückwirkung eine Vereinfachung der Besteuerung bezweckt wird (vgl. BFH, Urteile vom 18.9.1984, VIII R 119/81, BStBl II 1985, 55, 57, vom 4.5.2000, IV R 10/99, BFH/NV 2000, 1039, zur Erbauseinandersetzung nach zwei

Jahren und drei Monaten). Für eine Erweiterung des Sechsmonatszeitraums sieht der Senat keinen Anlass, weil sich die genannte Rechtsprechung auf die Zurechnung von Einkünften bezieht, nicht aber auf die Zurechnung von – nicht der Einkünftezielung dienendem – Vermögen (zur Kritik an dem Sechsmonatszeitraum s. *Wacker*, a. a. O., § 2 Rdnr. 176).

Erweist sich danach der Erwerb der verbleibenden Miteigentumsanteile von je $\frac{1}{8}$ am Gesamtobjekt im Jahr 1999 als selbständiger, unentgeltlicher Vorgang, so steht dem Anspruch der Klägerin auf die Gewährung von Eigenheimzulage die Regelung über die Objektbeschränkung nach § 6 EigZulG nicht entgegen. Denn § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG ist analog anzuwenden.

Eine unmittelbare Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG scheidet aus, weil Voraussetzung dieser Vorschrift ist, dass bereits der Erblasser anspruchsberechtigt gewesen ist, d. h. einen Miteigentumsanteil an dem konkreten Objekt angeschafft und die Wohnung auch selbst genutzt hat (insoweit zutreffend FG Köln, EFG 2002, 1361). Im Streitfall besteht aber die Besonderheit, dass der Ehemann der Klägerin noch vor dem Lastenwechsel verstorben ist und dementsprechend den Miteigentumsanteil nicht im eigenheimzulagenrechtlichen Sinne angeschafft hat. Die Analogie ist geboten, weil das Gesetz eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Regelungslücke enthält und ohne Analogie eine verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Schlechterstellung von Anspruchsberechtigten, die Eltern sind, entstünde. § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG regelt den Fall, dass ein Ehegatte nach Anschaffung stirbt. Stirbt ein kinderloser Ehegatte hingegen nach Abschluss des Kaufvertrags, aber vor dem Nutzen- und Lastenwechsel, so bedarf es einer Regelung wie in § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG nicht, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe ist; denn in diesem Fall kann er den Anschaffungsvorgang in eigener Person vollumfänglich verwirklichen. Sind jedoch in dem zuletzt genannten Fall Kinder vorhanden, so kommt es – sofern kein Testament vorhanden ist – zwangsläufig zu einer Erbengemeinschaft, die unabhängig von der späteren Erbauseinandersetzung zunächst verhindert, dass der überlebende Ehegatte in eigener Person den Anschaffungsvorgang vollziehen kann; eine Erbauseinandersetzung noch vor dem ursprünglich vereinbarten Nutzen- und Lastenwechsel wird angesichts der zeitlichen Umstände und der Anforderungen des Familien- und Erbrechts bei Beteiligung minderjähriger Kinder nur im Einzelfall möglich sein. Wollte man in diesem Fall, den der Gesetzgeber nicht gesehen hat, dem überlebenden Ehegatten die Begünstigung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG versagen, so stünde er allein deshalb schlechter, weil kraft Gesetzes erbberechtigte Kinder vorhanden sind. Dieses Ergebnis wäre mit Art. 6 Grundgesetz nicht vereinbar. Der Senat folgt damit nicht dem FG Köln (EFG 2002, 1361, 1362), das unter Berufung auf das Urteil des BFH vom 20.3.2002 (X R 9/00, BStBl II 2002, 414) eine Analogie mangels bisheriger Förderung des verstorbenen Ehegatten ablehnt. Ohne Analogie ginge die Förderung für den in das Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft übergegangenen Miteigentumsanteil (Anwartschaftsrecht) in diesen Fällen verloren, weil die spätere Erbauseinandersetzung – vorbehaltlich der Billigkeitsregelung in Tz. 69 des BMF-Schreibens in BStBl I 1998, 190, bei Erbauseinandersetzung innerhalb eines halben Jahres nach dem Erbfall – zu einem zweiten selbständigen Erwerbsvorgang durch den überlebenden Ehepartner führen würde, der unweigerlich wegen Objektverbrauchs nicht begünstigt wäre. Eine analoge Anwendung führt im Streitfall nicht zu einer Mehrfachbegünstigung, wie sie in den Fällen des BFH (in BStBl II 2002, 414; Beschluss vom 20.3.2002, IX B 160/01, BFH/NV 2002, 903) des FG Nürnberg (Urteil vom 23.10.2001, I

329/1999, EFG 2002, 283, nicht rechtskräftig) und des Schleswig-Holsteinischen FG (Urteile vom 23.9.2002, 5 K 75/02, EFG 2002, 1499, nicht rechtskräftig, vom 28.1.2002, II 258/01, EFG 2003, 28, nicht rechtskräftig) anzunehmen gewesen wäre. Denn der im Rahmen der Erbauseinandersetzung erworbene Miteigentumsanteil (zivilrechtlich ein Anwartschaftsrecht) beruht auf einem Hinzuerwerb hinsichtlich desselben Gesamtobjekts im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 3, § 2 EigZulG (Eigentumswohnung in der L-Straße). Es handelt sich somit nicht um einen Miteigentumsanteil an einem anderen Objekt (Zweitobjekt), sondern an einem Objekt (Eigentumswohnung L-Straße), an dem die Klägerin bereits einen Miteigentumsanteil besaß.

Die analoge Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EigZulG beschränkt sich entgegen der Ansicht des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung nicht nur auf den Anteil am Miteigentumsanteil, der der Klägerin nach ihrer Erbquote von $\frac{1}{2}$ zustand (also auf die Hälfte des Miteigentumsanteils = $\frac{1}{4}$ des Gesamtobjekts), sondern er erfasst den gesamten Miteigentumsanteil, den die Klägerin aufgrund der Erbauseinandersetzung erhielt (= $\frac{1}{2}$ des Gesamtobjekts). Hierfür spricht zum einen der Wortlaut des § 6 Abs 2 Satz 3 EigZulG, der auf den Hinzuerwerb eines Miteigentumsanteils infolge Erbfalls ab-

stellt, nicht aber auf den sich nach der Erbquote ergebenden Miteigentumsanteil. Zum anderen liegt der Wert des Miteigentumsanteils, den die Klägerin im Rahmen der Erbauseinandersetzung erhalten hat, nicht über dem sich aufgrund ihrer Erbquote ergebenden Anspruch; tatsächlich hat die Klägerin mit diesem Miteigentumsanteil nicht mehr erhalten, als ihr nach der Erbquote zustand. Der Wert des hälftigen Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung belief sich ausweislich der notariellen Urkunde über die Erbauseinandersetzung auf DM 100.000, der Wert des bebauten Grundstücks in N hingegen auf DM 210.000 (Gesamtwert des Nachlasses somit DM 310.000). Angesichts ihrer Erbquote von $\frac{1}{2}$ hätte die Klägerin damit einen Anspruch auf DM 155.000 ($\frac{1}{2}$ von DM 310.000) gehabt. Tatsächlich erhielt die Klägerin aber nur DM 100.000 (Wert der hälftigen Eigentumswohnung) und entließ zugleich ihre Kinder insoweit von der Mithaftung aus der Grundschuld. Dass die Klägerin im Übrigen keine Anschaffungskosten in Gestalt von Abfindungszahlungen geleistet hat, die eigenheimzulagenrechtlich zu zwei selbständigen Erwerbsvorgängen geführt hätten, hat der Senat bereits oben ausgeführt. Die Klägerin ist damit so zu behandeln, als ob der Erblasser ihr den streitigen Miteigentumsanteil und den Kindern jeweils einen Miteigentumsanteil von $\frac{1}{2}$ an dem Haus in N testamentarisch vermacht hätte.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Materialien zum Beitrag von Knapp, MittBayNot 2003, 421 (in diesem Heft)

1. Gemeinschaftsrecht

a) Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; ABI L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.)

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Artikel 100 a,

auf Vorschlag der Kommission (1),

in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament (2),

nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (3),

in Erwägung nachstehender Gründe:

[...]

[4.] Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, dass die mit den Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine missbräuchlichen Klauseln enthalten.

[...]

[10.] Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet missbräuchlicher Klauseln kann der Verbraucher besser geschützt werden. Diese Vorschriften sollten für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten. Von dieser Richtlinie ausgenommen sind daher insbesondere Arbeitsverträge sowie Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

[...]

[16.] Die Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln müssen generell festgelegt werden.

[17.] Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Klauseln, insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungsnehmer kollektive Dienste erbringen, muss durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden. Diese stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden. Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss, loyal und billig verhält.

[18.] Die Liste der Klauseln im Anhang kann für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben; infolge dieses Minimalcharakters kann sie von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs dieser Klauseln, ergänzt oder restriktiver formuliert werden.

[19.] Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln ist der Art der Güter bzw. Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

[20.] Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-/Leistungsverhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung beschreiben, nicht als missbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden. Daraus folgt unter anderem, dass bei Versicherungsverträgen die Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als missbräuchlich beurteilt werden, sofern diese Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung finden.“

[...]

Artikel 1

(1) Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.

[...]

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie bedeuten:

a) missbräuchliche Klauseln: Vertragsklauseln, wie sie in Artikel 3 definiert sind;

b) Verbraucher: eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;

c) Gewerbetreibender: eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist.

Artikel 3

(1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

[...]

(3) Der Anhang enthält eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können.

Artikel 4

(1) Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.

(2) Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

[...]

Artikel 6

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.

[...]

Artikel 7

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.

[...]

ANHANG

KLAUSELN GEMÄSS ARTIKEL 3 ABSATZ 3

1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass
[...]

q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschließlich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge.

[...]

b) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl L 12 vom 16.1.2001, S. 1 ff.)

[...]

Artikel 38

(1) Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind.

[...]

Artikel 57

(1) Öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat auf Antrag in dem Verfahren nach den Artikeln 38 ff. für vollstreckbar erklärt. Die Vollstreckbarerklärung ist von dem mit einem Rechtsbehelf nach Artikel 43 oder 44 befassten Gericht nur zu versagen, wenn die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Vollstreckungsmitgliedstaats offensichtlich widersprechen würde.

(2) Als öffentliche Urkunden im Sinne von Absatz 1 werden auch vor Verwaltungsbehörden geschlossene oder von ihnen beurkundete Unterhaltsvereinbarungen oder -verpflichtungen angesehen.

(3) Die vorgelegte Urkunde muss die Voraussetzungen für ihre Beweiskraft erfüllen, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie aufgenommen wurde, erforderlich sind.

[...]

c) Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (KOM [2002] 159 endgültig)

Die Kommission hat am 18.4.2002 den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vorgelegt. Er lautet im Auszug:

Artikel 3

[...]

(7) Als „öffentliche Urkunde“ gilt:

- a) ein Schriftstück, das als öffentliche Urkunde ausgestellt worden ist und dessen Beurkundung:
 - i) sich auf den Inhalt der Urkunde bezieht, und
 - ii) von einer Behörde oder einer anderen von dem Ursprungsmitgliedstaat hierzu ermächtigten Stelle vorgenommen worden ist; oder
- b) eine vor einer Verwaltungsbehörde geschlossene oder von ihr beurkundete Unterhaltsvereinbarung.

[...]

Artikel 4

Eine über eine unbestrittene Forderung ergangene Entscheidung, die im Ursprungsmitgliedstaat als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt worden ist, wird in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt, ohne dass es hierzu im Vollstreckungsmitgliedstaat eines besonderen Verfahrens bedarf.

[...]

Artikel 26

(1) Öffentliche Urkunden über eine Forderung, die in einem Mitgliedstaat vollstreckbar sind, werden auf Antrag des Gläubigers von der Stelle, die die Urkunde ausgestellt hat, als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt.

[...]

2. Grunderwerbsteuer; Erwerbsgegenstand bei einem auf ein Grundstück gerichteten Kaufrechtsvermächtnis

(Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Erlass vom 14.7.2003, Gz 36 – S 4505 – 016 – 28587/03)

Der Bundesfinanzhof hat mit seinen beiden zur Erbschaftsteuer ergangenen Urteilen vom 6.6.2001 (BStBl 2001 II S. 605 und S. 725) entschieden, dass Gegenstand eines Kaufrechtsvermächtnisses, durch das der Erblasser dem Bedachten das Recht einräumt, einen Nachlassgegenstand zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu erwerben, das durch den Erbfall begründete Gestaltungsrecht und nicht das Grundstück selbst ist. Dieses Gestaltungsrecht unterliegt als Erwerb von Todes wegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) der Erbschaftsteuer.

Diese Rechtsprechung ist nach Auffassung der für Verkehrssteuern zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden

des Bundes und der Länder auf die Grunderwerbsteuer nicht übertragbar. Zur Grunderwerbsteuer hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 21.7.1993 (BStBl 1993 II S. 765) entschieden, dass die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht nur Grundstückserwerbe erfasst, die unmittelbar von Todes wegen eintreten, sondern auch Grundstückserwerbe, die aufgrund einer durch Erwerb von Todes wegen entstandenen Übereignungsverpflichtung erfolgen; danach ist der Erwerb eines Grundstücks durch den Bedachten eines Kaufrechtsvermächtnisses von der Grunderwerbsteuer befreit. Dieses Urteil ist auch nach der Änderung der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuer weiter anzuwenden. Bei der Grunderwerbsteuer kommt es nicht darauf an, was der Bedachte „durch das Vermächtnis“ erworben hat, sondern darauf, was er „aufgrund des Vermächtnisses“ – bei einem Kaufrechtsvermächtnis durch die Ausübung des Gestaltungsrechts – erworben hat. Dadurch wird eine mehrfache Belastung des Erwerbs durch Erbschaftsteuer und Grunderwerbsteuer vermieden.

3. Ausländer als GmbH-Geschäftsführer – Staatenliste zur Visumpflicht

Bei der Bestellung von Ausländern aus Nicht-EU-Staaten zu GmbH-Geschäftsführern ist nach überwiegender Rechtsprechung unter Berufung auf § 6 Abs. 2 GmbHG zu prüfen, ob der Geschäftsführer die Möglichkeit hat, jederzeit nach

Deutschland einreisen zu können (vgl. die Nachweise in DNotI-Report 2003, 110 f.). In diesem Zusammenhang sei auf die „Staatenliste zur Visumpflicht bzw. -freiheit“ des Auswärtigen Amtes verwiesen, die bei der Prüfung helfen kann (http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/willkommen/einreisebestimmungen/liste_html).

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Karl Winkler, München, wurde zum Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München bestellt.

2. Verstorben:

Notar a.D. Christian Forster, Passau, verstorben am 28.8.2003

Amtsärztin i. N. Gisela Brucklacher, Schwabmünchen, verstorben im Juli 2003

Amtmann i. N. Georg Gerber, Pirmasens, verstorben am 28.7.2003

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.9.2003:

Notarin Dr. Helene Förtig, Neumarkt i. d. Opf. (Geschäftsführerin der Notarkasse München)

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Notar Dr. Dieter Döhner, Mühldorf a. Inn

Mit Wirkung vom 1.3.2004:

Notar Bernd Füger, Augsburg

Notar Josef Pölsterl, München

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Notar Dr. Hans Huber, Kempten

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

Notar Dr. Egbert Gutmann, Würzburg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2003:

Grünstadt	dem Notarassessor Dr. Gunther Philippsen (bisher in Germersheim, Notarstelle Dr. Wolf)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.9.2003:

Neumarkt i. d. Opf.	der Notarassessorin Dr. Helene Förtig (bisher in München, Geschäftsführerin der Notarkasse)
---------------------	---

Neumarkt i. d. Opf.	dem Notarassessor Martin Walter (bisher in Schweinfurt, Notarstellen Dr. Kutter/ Dr. Ott)
---------------------	---

Mit Wirkung vom 1.10.2003:

Bad Neustadt a. d. Saale	dem Notarassessor Dr. Klaus Macht (bisher in München, Notarstellen Dr. Korte/ Dr. Basty)
--------------------------	--

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Freising	dem Notar Christian Leupold (bisher in Werneck)
----------	---

Garmisch-Partenkirchen (in Sozietät mit Notar Dr. Friedrich Brenner)	dem Notar Dr. Rainer Pannhausen (bisher in Bad Berneck)
--	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2003:

Diana Burkhardt, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/
Vorau)

Monika Pöppel, Simbach a. Inn (Notarstelle Dr. Stumpp)

Oliver Portenhauser, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Thomas Wurm, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb)

Mit Wirkung vom 1.10.2003:

Bianca Dähnert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/
Dr. Kornexl)

Sebastian Franck, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Natascha Hühnerbein, Aschaffenburg (Notarstellen Schil-
ler/Holzheu)

Tobias Kappler, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/
Dr. Thalhammer)

David König, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Florian Kroier, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Weigl)

Verena Maier, Weiden i. d. Opf. (Notarstelle Baltzer)

Julia Dölfel, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Verena Maier, Weiden i. d. Opf. (Notarstelle Baltzer)

Josef Massinger, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Markus Huber, Regensburg, wurde mit Wirkung vom 25.6.2003 promoviert.

Notarassessorin Constanze Kübel, Uffenheim (Notarstelle Thiede), wurde mit Wirkung vom 24.7.2003 promoviert.

Notarassessor Christian Berringer, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann), wurde mit Wirkung vom 28.8.2003 promoviert.

Notarassessor Michael Inninger, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht), ab 8.9.2003 in München (Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)

Notarassessor Philipp Hruschka, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 15.10.2003 in München (Notarstelle Dr. Karl)

Notarassessor Hagmaier Thomas, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb), ab 1.12.2003 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Notarassessorin Sylvia Rundel, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), ab 13.10.2003 in München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf v. Stosch)

Notarassessorin Yvonne Eickels, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 20.10.2004 in Straubing (Notarstellen Dr. Schneeweiß/Lautner)

Inspektorin i. N. Daniela Löffler, Augsburg (Notarstelle Dr. Koch), ab 1.7.2003 in Zusmarshausen (Notarstelle Schmid)

Amtmann i. N. Thomas Bauer, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl), ab 1.9.2003 in Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger)

Oberinspektor i. N. Oliver Günther Mann, Grünstadt (Notarstelle Dr. Philippsen), ab 1. 9. 2003 in Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/ Rohr)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.6.2003:

Zum Amtmann i. N. (VerGr. IV a BAT):

Thomas Zimmermann, Notarkasse München

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Verwaltungsangestellte in der Notarkammer Pfalz Ursula Stephan, Frankenthal/Pfalz, ab 1.7.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Heinrich Kraus, Friedberg (Notarstellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil), ab 1.8.2003 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Birgit Heubuch, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch), ab 1.10.2003

Amtsrat i. N. Günther Geßenich, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter), ab 1.12.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Clemens Kübert, Karlstadt (Notarstelle Kessler), ab 1.12.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hermann Steck, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.12.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Guggenberger, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp), ab 31.12.2003

Oberinspektorin i. N. Nicoletta Schlosser, Babenhausen (Notarstelle Schneider), ab 31.12.2003

Oberinspektor i. N. Bernhard Zeindl, Passau (Notarstelle Bächer), ab 31.12.2003

Oberamtsrat i. N. Herbert Strocka, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.1.2004 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Robert Tremel, Waldsassen (Notarstelle Taubeneder), ab 1.1.2004 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstelle Weichselbaumer, Hermanstraße 1, 86150 Augsburg, info@notar-weichselbaumer.de

Freyung, Notarstelle Burghart, neue Telefonnummer: 08551 9141-0, Fax: 08551 914122

Kirchheimbolanden, Notarstelle Dr. Schulte, neue Telefonnummer: 06352 40195-0

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.